

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit

Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

École doctorale Droit et Science Politique (ED 461)

**Unité de recherche :
UMR 5815 Dynamiques du droit**

LA JUSTICE PÉNALE MALGACHE : ENTRE L'HÉRITAGE COLONIAL ET LE DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE

**Présentée par Rindra RANDRIAMAHEFARILALA
Le 14 décembre 2021**

Sous la direction de M. Olivier SAUTEL

Devant le jury composé de

M. Marie Christine SORDINO
Professeur à l'Université de Montpellier

Président

M. Bruno PY
Professeur à l'Université de Nancy

Rapporteur

M. Faratiana ESOAVELOMANDROSO
Professeur à l'Université d'Antananarivo

Examineur

M. Gilles MATHIEU
Maître de conférences - Université Aix-Marseille

Rapporteur

M. Olivier SAUTEL
Maître de conférences - Université de Montpellier

Directeur



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit

Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

École doctorale Droit et Science Politique (ED 461)

**Unité de recherche :
UMR 5815 Dynamiques du droit**

LA JUSTICE PÉNALE MALGACHE : ENTRE L'HÉRITAGE COLONIAL ET LE DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE

**Présentée par Rindra RANDRIAMAHEFARILALA
Le 14 décembre 2021**

Sous la direction de M. Olivier SAUTEL

Devant le jury composé de

M. Marie Christine SORDINO
Professeur à l'Université de Montpellier

Président

M. Bruno PY
Professeur à l'Université de Nancy

Rapporteur

M. Faratiana ESOAVELOMANDROSO
Professeur à l'Université d'Antananarivo

Examineur

M. Gilles MATHIEU
Maître de conférences - Université Aix-Marseille

Rapporteur

M. Olivier SAUTEL
Maître de conférences - Université de Montpellier

Directeur



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Le doctorat est un long parcours solitaire pendant lequel le doctorant est continuellement mis à l'épreuve de ses propres pensées et de ses propres limites. Mon doctorat vient à terme grâce aux nombreuses personnes qui m'ont aidé et soutenu.

Ma gratitude s'adresse en premier à mon Directeur de thèse, Monsieur Olivier Sautel. Je le remercie pour la liberté de pensée qu'il m'a accordée, pour sa disponibilité et pour sa confiance. Je tiens à souligner l'humanisme dont il a fait preuve à mon égard dans les moments les plus durs de ce parcours.

Que mon premier Directeur de thèse, Monsieur Éric De Mari, trouve ici la preuve de ma reconnaissance pour les longues heures d'échanges. Ses conseils avisés m'ont permis de démarrer ce doctorat dans les meilleures conditions.

Que l'École Doctorale Droit et Science Politique de Montpellier reçoive également mes remerciements. Je pense particulièrement à Madame Sophie Ségui dont la bienveillance a été le dernier rempart pour que je n'abandonne pas ce projet.

J'adresse mes sincères remerciements à mes amis de l'Unité Mixte de Recherche 5815. Dominique Taurisson-Mouret, dans sa gentillesse, m'a pris sous ses ailes. Étant la première personne à lire mon manuscrit, ses conseils sont à l'origine de la grande partie de ce qui peut être considérée comme mon évolution. Abdramane Traoré a été « mon binôme » dans ce chantier interminable, un conseiller objectif et un ami fidèle. Les journées à discuter de mon plan avec Monica Cardillo m'ont aidé à m'expliquer tout d'abord ma thèse avant de l'écrire. Grace à eux trois, ce parcours solitaire n'a pas été trop pesant.

J'ai une pensée reconnaissante et amicale pour les doctorants de l'Institut de l'Histoire de Droit de Montpellier qui m'ont accueilli dans leur laboratoire. Je pense particulièrement à Mélissa Bouchard qui a tout fait pour que je m'imprègne de la vie universitaire en France.

J'ai également des pensées émues pour Marina Rakotondrasedo et Hatice Kelle, les garanties d'un séjour joyeux à Montpellier, et avec qui j'ai désormais des liens d'amitiés précieux.

Je remercie tous mes collègues magistrats qui m'ont soutenu, m'ont remplacé pendant mes absences fréquentes, ont relu mon travail, et ceux qui, le temps d'une discussion peut-être anodine, m'ont ouvert des pistes de réflexion. Je pense particulièrement à Eddy Randriamamy avec qui les échanges ont modelé le contenu de la troisième partie de ce travail. Merci à Feno Harizo, à Hanitra Fanoboha, à Maria Patrick, à Joël Orimbato et à Sitraka Ainarivony.

Je remercie mes sœurs Lanto Harizo et Feno Harizo pour leurs soutiens indéfectibles. Et j'ai une tendre pensée pour ma mère qui m'a donnée ces merveilleuses sœurs.

*Ho an'i Dada sy i Mama izay nampianatra ahy,
Ho an'i Lanto sy i Harizo, rahavaviko, izay manohana hatrany,*

*Ho an'ireo rehetra tsy manan-tsiny nefa voaheloka,
Ho an'ireo niharam-boina nefa tsy nahazo rariny,
Ho an'ireo namana mpitsara malagasy mbola mijoro hitondra fiovana!*

Pour Dada et Mama qui m'ont envoyée à l'école,
Pour Lanto et Harizo, mes sœurs, qui m'ont toujours soutenue,

Pour les innocents condamnés à tort,
Pour les victimes qui n'ont pas eu justice,
Pour les amis magistrats malgaches qui s'efforcent d'apporter le changement !

SOMMAIRE

LA JUSTICE PÉNALE MALGACHE :
ENTRE L'HÉRITAGE COLONIAL ET LE DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE LES POUVOIRS RÉPRESSIFS SUBTILISÉS

TITRE 1. L'ACCAPAREMENT DU POUVOIR : LES CONTRADICTIONS EN MILIEU COLONIAL

Chapitre 1. Les droits humains en milieu colonial : l'humanisme par l'asservissement

Chapitre 2. La justice coloniale : l'ordre par le désordre

TITRE 2. LE DETOURNEMENT DU POUVOIR : LES ILLOGISMES EN MILIEU POSTCOLONIAL

Chapitre 1. Les droits humains en milieu postcolonial : de l'extranéité vers des paradoxes

Chapitre 2. La justice postcoloniale : d'une justice coloniale à une justice à la coloniale

DEUXIÈME PARTIE LES POUVOIRS RÉPRESSIFS RAJUSTÉS

TITRE 1. LA RECONQUÊTE DU POUVOIR PAR LE MAGISTRAT

Chapitre 1. La consécration des valeurs éthiques exigibles au magistrat

Chapitre 2. Le déséquilibre des garanties des valeurs éthiques

TITRE 2. LA CONSÉCRATION DU POUVOIR DU JUSTICIABLE

Chapitre 1. La volonté d'encadrer le délai du procès

Chapitre 2. La volonté de limiter les atteintes provisoires à la liberté

TROISIÈME PARTIE. LES POUVOIRS RÉPRESSIFS FRAGILISÉS

TITRE 1. LE STATISME DU POUVOIR DE SE FAIRE RENDRE JUSTICE

Chapitre 1. La persistance des limites à l'accès au juge

Chapitre 2. La persistance des limites de l'utilité du recours

TITRE 2. L'ÉCLATEMENT DU POUVOIR DE RENDRE JUSTICE

Chapitre 1. L'éclatement de la compétence du juge : une menace contre le droit au procès équitable

Chapitre 2. L'éclatement de l'emprise du juge : un fait capitalisable pour le droit au procès équitable

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AFDI : Annuaire Français de Droit International	N° Numéro
Al. Alinéa	
APC : Archives de Politique Criminelle	Obs. Observation
	Op. cit. opus citatum, ouvrage précité
CADHP : Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples	OPJ : Officier de Police Judiciaire
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme	OUA : Organisation de l'Union Africaine
CESDH : Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme	p. page
CDH : Comité des Droits de l'Homme (des Nations Unies)	PAC : Pôles Anti-Corruption
CDM : Code de Déontologie des Magistrats	PIDCP : Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
CSM : Conseil Supérieur de la Magistrature (Madagascar)	PIDESC : Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels
CPPM : Code de Procédure Pénale Malgache	PUF : Presse Universitaire de France
CDP : Chambre de Détention Préventive	PUAM : Presse Universitaire d'Aix- Marseille
Dir. Sous la direction de	RDC : République Démocratique du Congo
DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme	RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
	RIDP : Revue Internationale de Droit Pénal
Ibid. ibidem Au même endroit	RIEJ : Revue Interdisciplinaire des Études Juridiques
	RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel
JORDM : Journal Officiel de la République Démocratique de Madagascar	RSC : Revue des Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé
JDJ : Journal des Droits de Jeunes (Revue)	RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
LDGJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence	s. et suivants
	SFDI : Société Française pour le Droit international
	SMOTIG : Service de Mains d'œuvre pour les Travaux d'Intérêt Général
	Spéc. Spécialement
	t. Tome
	UA : Union Africaine
	Vol. Volume

« La hantise du mauvais juge est commune à toutes les cultures, à tous les pays ».
G. Canivet et J. Joly-Hurard

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La justice pénale, à la différence de la justice civile, suscite un engouement populaire, un sentiment mitigé de curiosité, de crainte et de mépris.
2. Elle éveille, tout d'abord, la curiosité parce que « la justice est aux prises avec la matière humaine brute, avec l'aspiration de l'homme au juste mais aussi avec ses fantasmes et sa violence, avec la part nocturne du politique dont on n'aime pas parler¹ ». Également, elle attise la curiosité parce qu'elle est entourée d'une aura née des rituels séculaires, étranges scènes et matières à sensation pour les profanes. « L'instance pénale bénéficie (...) d'une résonance médiatique sans comparaison avec celle du procès civil. (...) Les enjeux du procès pénal s'accordent mieux aux exigences dramaturgiques des médias² ». Les rituels atteignent l'esprit de toute personne présente au prétoire. « L'aspect théâtral d'une audience intimide les usagers et entrer dans un palais de justice reste toujours impressionnante³ ». Cet aspect traumatise le mis en examen par la solennité de l'évènement de juger et l'impassibilité du juge qui tranche son sort. Il rassurent le plaignant par la rigueur du déroulement d'une audience méticuleusement règlementée. Les rituels du prétoire marquent la rupture entre le désordre social, cause du procès, et l'ordre rétabli.
3. Ensuite, la justice pénale suscite la peur. La probabilité de la privation de liberté entretient chez l'opinion publique la crainte constante de la justice pénale qui peut l'ordonner. En effet, la justice pénale est chargée de veiller à l'application du droit pénal qui sanctionne les comportements déviants. Elle garantit, dans ce sens, le « vivre ensemble⁴ », l'harmonie de la vie collective en assurant l'application de la sanction à l'encontre de l'individu qui met cette harmonie en péril. Elle dispose, pour ce faire, du pouvoir de l'écarter de la société par l'incarcération. Comme la liberté est sacrosainte pour l'individu, la justice pénale qui peut disposer de cette liberté s'aligne dans cette religiosité. Plus loin encore, jusqu'à il y a quelques années, la privation a pu atteindre, non seulement la liberté à travers l'incarcération, mais également la vie à travers la peine de mort.

¹ A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 19.

² D. Rebut, « Justice pénale et justice civile. Évolution, instrumentalisation, effet pervers... », *Pouvoirs*, 2009, N°128, p. 49-59, p. 50.

³ F. Esoavelomandroso, « Accès au droit et à la justice à Madagascar : entre ce qui est et ce qui doit être », *Annales Droit*, Nouvelle série, N° 10, p. 177-188, p. 184

⁴ Conseil Constitutionnel français, N°2010-613 DC du 07 octobre 2010, JORF du 12 octobre 2010, 18 345.

4. Cette religiosité résulte également de la dimension divine qu'accorde l'entendement populaire au pouvoir de juger. Ce pouvoir, du temps des monarchies, était celui du roi qui tient son trône des dieux, justifiant les procédures ordaliques. Les juges en étaient des délégués. Aujourd'hui, les Républiques se substituent aux monarchies, les juges reçoivent leur mandat de ces Républiques mais l'aura d'une dimension divine défie le temps, le tribunal reste le « temple » de la justice. Cette dimension est palpable au prétoire. « Ce respect, cette sainte frayeur, et cette espèce de religion, avec laquelle on dirait que le timide plaideur y vient invoquer la puissance du magistrat [...], l'autorité suprême et le destin irrévocable des oracles qui sortent de sa bouche, tout semble l'élever au-dessus de l'homme, et l'approcher de la divinité⁵ ». Pour juger les hommes, il faut s'élever au-dessus d'eux, revêtir d'un sacerdoce. Dotée d'un pouvoir redoutable, la justice pénale est redoutée.

5. Toutefois, la religiosité de la justice pénale, autrefois incontestée, régresse pour laisser place à la redevabilité de tout tenant du pouvoir public, dont celui de juger. La justice, service public, est dorénavant soumise au contrôle du citoyen. « Le public (...) apprit que les juges sont humains et que le pouvoir judiciaire n'a pas à être considéré plus sacré que n'importe quel autre pouvoir... Le temps d'un instant, il risqua un coup d'œil par-dessus le symbole du droit divin des juges, vers les réalités du pouvoir judiciaire. Il osa regarder la tête de Méduse judiciaire, et, surprise ! Il ne fut pas changé en statue de pierre⁶ ». Il ne suffit plus de juger, le citoyen exige d'être bien jugé. « La légitimité actuelle du juge, son autorité, ne reposeraient donc plus uniquement sur le pouvoir de juger que lui confère la loi, mais aussi sur sa manière de juger⁷ ». Pour la justice criminelle, le contrôle citoyen va plus loin, dans la participation citoyenne à l'acte de juger.

6. Ce contrôle citoyen résulte de la conscience de l'origine pragmatique du pouvoir du juge. Le juge n'est que le délégué de ses semblables. « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la direction de la volonté générale⁸ » afin d'instaurer une harmonie de la vie collective. Chacun accepte des limites à ses libertés, posées par la discipline nécessaire d'une vie en société. Les libertés de vengeance et de justice privée, nocives car

⁵ H. F. D'Aguesseau, « L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », in *ID., Œuvres complètes*, Paris : Didot, 1858, p. 85.

⁶ M. Lerner, *Ideas for the Ice Age*, New York, Viking Press, 1941, cité par C.H. Pritchett, "The development of judicial research", in *Frontiers of judicial research*, J. B. Grossman et J. Tanenhaus (dir.), New York, Wiley, 1969, p. 30.

⁷ G. Canivet et J. Joly-Hurard, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, Vol. 58, N°4, p. 1049-1093, p. 1050.

⁸ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, 10/18, 1989, p. 74.

arbitraires, relèvent de ces libertés cédées. Rendre justice n'est plus l'apanage de chacun, il devient celui du juge. Le droit pénal orchestre « la réglementation de la réaction spécifiquement sociale à la commission d'une infraction⁹ ». Cette réaction est coordonnée à travers la justice étatique.

7. De ce fait, le juge est l'acteur central de cette réaction sociale face aux comportements déviants. Pour corriger la déviance, le correcteur ne peut qu'être droit, contrairement à l'individu à corriger. « Du droit au juge, on passe alors au droit au « vrai » juge, et, pourquoi pas, au droit au « bon juge ». Le droit au juge peut aller même jusqu'au droit au jugement, voire au droit à l'exécution du jugement. Derrière le droit au juge se profile ainsi l'aspiration, sinon le droit à la justice¹⁰ ». Il est demandé au juge, non plus de rendre jugement, mais de rendre justice.

8. L'insatisfaction de cette attente citoyenne de justice fait que la justice pénale malgache fasse aujourd'hui l'objet du mépris populaire. La lenteur judiciaire est pointée du doigt pour la justice criminelle. Les accusés, dont l'innocence reste présumée, passent des mois voire des années en attente des procès. Parallèlement, la procédure est trop expéditive pour la justice correctionnelle. Le temps d'enquête, le temps de défense, et même le temps du prétoire s'estompent sous le volume des affaires. Les citoyens se soumettent à une justice qui n'a plus les moyens de ses missions et de ses ambitions. Les déchaînements sur les médias et les réseaux sociaux démontrent qu'une réforme est nécessaire. La justice malgache est perçue comme injuste.

Définitions

9. Au préalable, il faut circonscrire et définir ce qu'est la justice. Tout d'abord, la justice désigne une vertu, « une aspiration qui ne peut trouver son fondement que dans une morale, l'organe étatique chargé de « rendre la justice » ne peut, qu'il le veuille ou non, se débarrasser tout à fait de cette dimension¹¹ ». Elle est « une vertu éminemment politique » qui « consiste à donner à chacun ce qui lui est dû¹² ». Elle est un idéal auquel tendent toutes les lois, une

⁹ V. Sizaire, *La fragilité de l'ordre pénal républicain. La loi pénale à l'épreuve du bon sens répressif*, Thèse en droit, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 33.

¹⁰ G. Guillaume, Droit au slogan ? Séance publique du 24 octobre 2011, Académie des sciences morales et politiques.

¹¹ D. Main, « Regard désabusé sur l'acte de juger », *Pouvoirs*, N°55, 1990, p.107-121, p.108-109.

¹² J.-M. Pontier, « Bien commun et intérêt général », *Les cahiers Portalis*, 2017, N°4, p. 33-52, p. 36.

« préoccupation permanente inhérente à la nature humaine¹³ » d'une distribution des biens et des pouvoirs. Dans ce sens, la justice est une réparation face à une infraction définie comme « un acte réel, concret et maléfisant qui trouble la société¹⁴ ». Cette réparation se fait à travers une décision judiciaire, un « rappel solennel des valeurs les plus importantes que la société entend protéger et de la hiérarchie qu'elle établit entre ces valeurs, réparation de l'atteinte portée à ces valeurs au-delà du tort causé à une victime privée¹⁵ ». Ces valeurs sont protégées par le droit pénal, elles sont multiples : les « biens juridiques de premières importances (...) : la vie, l'intégrité physique, l'honneur et la réputation¹⁶ », le patrimoine et les représentations sociales comme la sûreté de l'État, les mœurs et l'économie.

10. La justice est également une institution, celle qui orchestre le cheminement vers la restauration, ou l'instauration, de cet idéal d'ordre social. « Saisir la justice » consiste, dans ce sens, à actionner le mécanisme menant à la restauration de l'harmonie sociale. Cette justice-institution regroupe des éléments systémiques, « l'ensemble des mécanismes permettant de reconstruire des liens de droits substantiels¹⁷ ». Elle est composée d'acteurs, d'une part, qui se côtoient dans une procédure formée des actes et des actions, d'autre part. Ces éléments sont mobilisés dans un cheminement aux fins de rétablissement d'un ordre et disposent, pour remplir cette mission, du pouvoir répressif. Ce foisonnement de plusieurs éléments interactifs fait que la justice est une institution dynamique.

11. Cette thèse traite la justice telle qu'elle est définie dans cette approche matérielle. Elle n'est pas seulement le fait des magistrats dans les tribunaux, elle est plus définie par son objet que par les acteurs. Les administrateurs disposent également d'un pouvoir répressif dans certains contextes. Elle n'est pas forcément étatique, le citoyen s'approprie un pouvoir répressif dans d'autres contextes. Il y a, de ce fait, une pluralité de titulaires des pouvoirs répressifs. Ces pouvoirs répressifs s'exercent de manière active ou passive. Les pouvoirs répressifs actifs sont les facultés de contraindre tandis que les pouvoirs répressifs passifs limitent ces facultés de contraindre. Ces derniers appartiennent aux justiciables. Ils sont accordés par le Droit des droits de l'Homme, ces « prérogatives, gouvernés par des règles que la personne physique ou morale

¹³ W. Djie Bouin, *Le droit à un procès équitable et la justice transitionnelle dans la reconstruction du système juridique et politique ivoirien*, Thèse en droit, Toulouse Capitole, 2018, p. 1.

¹⁴ M.-L. Drago, *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Thèse en droit, Montpellier, 2016, p. 22.

¹⁵ Main, 1990, *op.cit.*, p.108.

¹⁶ M. Delmas-Marty et C. L. De Leyssac, « Le paradoxe pénal », in *Liberté et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996, p. 368.

¹⁷ W. Djie Bouin, 2018, *op.cit.*, p. 3.

détient en propre dans ses relations avec d'autres personnes physiques ou morales ou avec le pouvoir »¹⁸, des « droits inhérents à sa nature (...) »¹⁹.

12. Le dynamisme de la notion de justice résulte également, en plus de l'évolution de ces composantes, de la notion d'ordre à rétablir. La définition de l'ordre découle de la loi et de l'interprétation par le magistrat. La loi s'entend ici au sens large, l'ensemble du droit écrit. L'interprétation, acte du magistrat, est « toute opération à travers laquelle on attribue une signification à une formulation normative, ambiguë ou non²⁰ ». À travers l'interprétation, « la prise de décision constitue une activité subjective qui s'inscrit dans un contexte social et politique spécifique²¹ ». La notion d'ordre est la passerelle par laquelle la volonté politique s'insère dans la sphère judiciaire pour réglementer la société.

13. L'ordre se définit comme l'idéal d'organisation de la société qui répond à la satisfaction de l'intérêt général, qui en est donc l'objectif. Cette satisfaction « n'est pas assurée spontanément, il faut l'intervention d'un pouvoir qui est, dans nos sociétés, d'abord le pouvoir de l'État²² ». Ce dernier réalise l'intérêt général en créant et en protégeant l'ordre, le cas échéant, en rétablissant l'ordre par la mobilisation de la Justice. « L'intérêt général s'impose peu à peu comme le moyen de légitimer l'action de l'État et de contraindre les individus ou de restreindre leurs droits. (...) La notion justifie les pouvoirs des représentants de l'État et la distinction de ceux-ci par rapport aux justiciables²³ ».

14. La notion d'intérêt général est changeante, expliquant la flexibilité de celle de la Justice. L'intérêt général « se caractérise par une évolutivité, qui est sa force, mais qui porte aussi en elle sa faiblesse, en la condamnant à la relativité²⁴ ». Notion flexible, l'intérêt général constitue le prétexte discursif de beaucoup de dérives. Notion abstraite, elle va s'écarter de la référence primaire à l'intérêt de la majorité dans certains contextes historiques. En effet, l'État peut être perverti et devenir une construction au service du groupe qui gouverne. « L'administration est destinée à satisfaire l'intérêt général, elle en est convaincue, elle le fait parfois bien, mais elle

¹⁸ J. Mourgeon, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, Que sais-je ? 2003, p.10.

¹⁹ J. Rivero, H. Moutouh, *Les libertés publiques*, 9ème édition, Paris, PUF, N°10.1, p.7.

²⁰ M.-I. Garrido Gómez, « Évaluation de la fonction judiciaire à partir des paramètres de son activité d'interprétation et d'application du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/2, Vol. 63, p. 133-154, p. 138-139.

²¹ F. Prates, « Magistrature pénale et production de la vérité judiciaire au Brésil », *Déviance et Société*, vol. 42, 2018, N° 3, p. 431-463, p. 433.

²² Pontier, 2017, *op.cit.*, p. 32-33.

²³ J. Bossan, *L'intérêt général dans le procès pénal*, Thèse en Droit, Poitiers, 2007, p. 30.

²⁴ D. Ribes, « À la recherche du bien commun », *Les cahiers Portalis*, 2017, N° 4, p. 5-8, p. 6.

représente également, par sa puissance, un risque considérable d'atteinte aux libertés²⁵ ». Dans cette perversion, la machine de l'État devient un protecteur des intérêts particuliers, ceux de la classe dominante, au détriment de l'intérêt de la majorité.

15. Ce détournement de l'intérêt général, qui se répercute sur la notion d'ordre public et par ricochet de justice, est contemporain des périodes d'occupation dont celle de Madagascar. L'occupation française à Madagascar se divise en quatre étapes au regard des actes juridiques qui l'a instaurée : le protectorat (du 17 février 1885 au 5 août 1896 en vertu du traité de protectorat), la colonisation (du 6 août 1896 au 27 octobre 1946 en vertu de la loi d'annexion), le statut du territoire d'outre-mer (du 28 octobre 1946 au 13 octobre 1958 en vertu de la Constitution de la quatrième République française) et enfin la République au sein de la communauté française (du 14 octobre 1958 au 26 juin 1960 en vertu de la Constitution de la Cinquième République française).

16. Pendant l'occupation, indifféremment du texte de lois qui en est le fondement, l'ordre public est celui qui permet l'exploitation de la masse au profit des colons, en infériorité numérique. Toutes les ressources d'État concourent à la construction d'un ordre colonial d'exploitation du territoire occupé. « La nécessité d'une pratique de violence permanente pour maintenir et la domination métropolitaine sur les espaces colonisés et une structure inégalitaire entre blancs et colonisés est une condition nécessaire au maintien de l'hégémonie de la métropole²⁶ ».

17. Cette politique d'exploitation qui définit l'ordre public colonial investit une autorité administrative puissante disposant du pouvoir législatif et assujettissant la machine judiciaire. Les dispositions législatives coloniales sont « destinées à asservir les autochtones, à garantir les prérogatives des colons et, en dernière analyse, à assurer la domination sans faille des seconds sur les premiers²⁷ ». L'appareil administratif et l'appareil judiciaire sont affectés à la réalisation de cette domination. « Tout ce qui peut avoir pour effet de la consolider et de la garantir est bon, tout ce qui peut l'affaiblir et la compromettre est mauvais. Tel est l'aphorisme fondamental qui doit guider toute la conduite du dominateur et en régler les limites²⁸ ». L'ordre

²⁵ Pontier, 2017, *op.cit.*, p. 41.

²⁶ N. Bancel, P. Blanchard et F. Vergès, *La République coloniale. Essai sur une utopie*, Paris, Albin Michel, 2003, p. 56.

²⁷ O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique, Le Droit colonial en Algérie et dans l'empire français*, Paris, La découverte, 2010, p. 15.

²⁸ J. Harmand, *Domination et colonisation*, Paris, Flammarion, 1910, p. 170.

colonial est « la sujétion, la soumission à la mère patrie²⁹ ». Il est caractérisé par l'institutionnalisation de l'inégalité. L'intérêt protégé n'est pas l'intérêt général.

18. Dans cette politique, la justice coloniale se singularise par le mécanisme pénal applicable à l'indigène constitué par le Code de l'indigénat et les tribunaux indigènes. D'un côté, le Code de l'indigénat est « un véritable pouvoir de commandement » que le colonisateur s'est doté pour asseoir sa politique « au prix parfois de la violation des libertés individuelles³⁰ ». Il constitue le « dispositif juridique chargé de réguler la violence de l'État³¹ ». De l'autre côté, la procédure devant les tribunaux indigènes est singulière en raison de l'investiture d'un « administrateur-juge » et d'un temps de procès particulièrement court. La domestication de la justice par l'administration, les atteintes aux droits et aux libertés individuelles, le non-respect des droits de la défense, la discrimination et l'oppression caractérisent la Justice de l'occupation.

19. Dans un second temps, pendant la période néocoloniale malgache (de 1960 à 1972), comme dans d'autres jeunes Républiques, l'État s'engage dans la conquête de la pleine souveraineté. L'intérêt général se définit à travers cette reconquête de la souveraineté nationale par opposition à l'intérêt des colonisateurs, intérêts des particuliers. Il se déduit, dans ce contexte, de l'identité du décideur. Tant que la décision est attribuée à l'autorité malgache, et non aux colons, il est dans l'intérêt général. Mais l'abstraction de la notion permet, une fois encore, les dérives. L'intérêt effectivement protégé n'est pas celui de la majorité mais reste celui de la minorité dirigeante. Cette définition néocoloniale de l'ordre public survit au néocolonialisme et se maintient pendant les décennies socialistes (1972 à 1992).

20. Pour la Justice, la période néocoloniale et les années du socialisme sont marquées par le mimétisme. Les traits de la Justice coloniale sont entérinés et codifiés. La centralisation politique du socialisme va de concert avec l'embrigadement de la Justice qui est une pratique coloniale. La Justice peine à redresser des tares structurelles et procédurales héritées de la colonisation. Les pratiques procédurales expéditives, dont l'information sommaire des tribunaux indigènes, sont entérinées par le nouveau code de procédure pénale. Il en est de même

²⁹ R. Maunier, *Sociologie coloniale*, Paris, Doumat-Montchrestien, 1932, t. 1, p. 30.

³⁰ H. H. Mbodj, *L'organisation de la justice pénale en Afrique occidentale française. Le cas du Sénégal de 1887 à l'aube des indépendances (1887-1960)*, Thèse en Droit, Université Cote d'Azur, 2017, p. 31.

³¹ I. Merle, « Retour sur le régime de l'indigénat : genèse et contradiction des principes répressifs de l'empire français », *French Politics, Culture and society*, N°20, 2002, p. 92.

pour l'attribution de pouvoirs judiciaires à des autorités administratives dont l'officier du ministère public qui disparaît du droit français en 1953.

21. L'échec du socialisme, la mondialisation et la reconnaissance des droits de l'Homme du début des années quatre-vingt-dix redéfinissent l'intérêt général et l'ordre qu'il requiert. « Le retour au pluralisme s'est accompagné d'une abondante proclamation des droits et libertés dans les nouvelles constitutions africaines qui en présentent de véritables chartes, ce qui marque une rupture d'avec le passé autoritaire des régimes africains³² ». Toutes ces libertés bâtissent une société multiculturelle. « Le droit est devenu la seule norme commune disponible. Là où les valeurs sont multiples, contradictoires ou absentes selon les cas, le juge lui tranche. De là vient qu'il apparaisse (...) le nouveau clerc de la religion des droits de l'Homme³³ ».

22. Désormais, l'ordre public se définit comme la réalisation des droits de l'Homme. « Dans ce nouvel ordre social, l'État (...) n'a plus vocation à défendre un intérêt général abstrait, calqué sur un idéal de vie définis par des dogmes religieux, mais un intérêt général fondé sur la garantie des libertés individuelles et du choix de vie de chacun³⁴ ». Les plus importantes de ces droits et libertés protégés sont le droit à la vie et à la liberté de circuler, qui sont des préalables pour exercer les autres libertés. Ces libertés premières sont protégées par le droit à la sûreté. Ce dernier est un droit contre l'arbitraire, qu'il soit privé ou public. « L'idée de sûreté vient condamner dans un même mouvement la violence privée, sanctionnée par la loi pénale, et la violence publique des agents de la répression qui prétendent s'en affranchir³⁵ ». Elle dote l'individu de nouvelles armes contre l'autrui et contre l'État.

23. Toutefois, « la sûreté n'est (...) pas toujours une face de la liberté individuelle, une assurance de protection des droits fondamentaux de la personne humaine (...), elle est aussi cet objet de la police (...) et ce but ultime de la législation pénale, ce fondement du droit de punir accordé à la société pour se défendre contre les délinquants³⁶ ». Le droit à la sûreté impose également à l'État l'obligation d'intervenir pour protéger les droits fondamentaux. Il vient légitimer le recours au pouvoir répressif pour protéger les libertés individuelles.

³² B. Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009/2, N°129, p. 5-26, p. 9.

³³ D. Salas, « Le juge aujourd'hui », *Droits*, N°34, 2001, p. 61-72, p. 64.

³⁴ Y. Joseph-Ratineau, *La privatisation de la répression pénale*, Thèse en droit, Aix Marseille, 2013, p. 5, citant *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, J. Chevallier (dir.), Centre universitaire de recherches administratives et politiques, Picardie, t. 1, 1978, p. 11.

³⁵ Sizaire, 2013, *op.cit.*, p. 22.

³⁶ J.-L. Halpérin, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1 N° 1, p. 9-16, p. 12.

24. De ce fait, parallèlement au développement de la notion de sûreté comme un encadrement de l'exercice du pouvoir répressif étatique évolue un mouvement contraire qui renforce ce pouvoir en raison de la sûreté. Ce mouvement est la pénalisation de la société. Il se manifeste dans la multiplication des incriminations. Des agissements déviants dans des domaines qui relèvent habituellement du droit civil font l'objet de sanction pénale. Désormais, des disciplines comme le droit pénal du travail ou encore le droit pénal des affaires apparaissent. D'autres domaines qui relèvent traditionnellement de la réglementation administrative sont également pénalisés. Tel est le cas de la réglementation des évacuations des eaux usées, avec le Code de l'eau pour Madagascar. De ce fait, de nouvelles incriminations s'ajoutent aux anciennes infractions pénales faisant de plus en plus intervenir le juge.

25. Paradoxalement, ce mouvement de pénalisation qui tend à la protection des libertés peut entraîner un effet attentatoire aux droits de l'Homme. « L'aggravation de la répression peut menacer (...) les libertés de chacun quand s'effacent ou disparaissent les garanties procédurales et judiciaires attachées aux libertés fondamentales³⁷ ».

26. Entre ces deux mouvements s'émanche une nouvelle notion de la justice : la réalisation de l'équilibre, sinon le balancement, entre le pouvoir répressif et les droits de l'Homme. Le procès doit garantir la satisfaction et l'équilibre « entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompt répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la collectivité et de la défense³⁸ ». Dans le règlement des différends, le droit au procès équitable définit l'ordre dans le procès et rétablit l'ordre dans la société.

27. Pour Madagascar, plusieurs textes internationaux protecteurs des droits de l'Homme, dont le droit au procès équitable, ont été ratifiés. La ratification octroie une force supra législative aux traités en vertu de l'article 137 de la Constitution actuellement en vigueur. En plus, ces textes internationaux sont intégrés dans le corpus constitutionnel depuis la Constitution de la Troisième République à travers le préambule. Ce préambule a pleine valeur constitutionnelle en application de l'article 13 de l'Ordonnance N°62-041 du 19 septembre 1962 sur le droit interne et le droit international privé.

³⁷ Halpérin, 2010, *op.cit.*, p. 16.

³⁸ F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. 1, Paris, Plon, 2^{ème} édition, 1866, p. 4.

28. La Charte internationale des droits de l'Homme fait partie de ces traités constitutionnalisés. Elle est composée de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948, et des deux pactes onusiens dont le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, et le Pacte international des droits civils et politiques. La Constitution intègre également la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

29. Selon la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales (article 8). L'arrestation arbitraire et la détention arbitraire sont interdites (article 9). Cette Déclaration prescrit le droit, en pleine égalité, à ce que toute cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial (article 10). Elle consacre le droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la culpabilité soit établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui ont été assurées (article 11).

30. Le Pacte International des Droits Civils et Politiques énonce, dans son article 14, le droit au procès équitable. Selon cet article 14, ce droit au procès équitable inclut le droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial. Il inclut le droit à la présomption d'innocence. Plusieurs droits de la défense sont également consacrés : le droit à l'information judiciaire, le droit au conseil, le droit à être jugé dans un délai raisonnable, le droit à produire des témoignages à l'appui de sa défense, le droit à être jugé dans une langue que la personne comprend, le droit à ne pas être contraint à s'auto-incriminer et le droit à un double degré de juridiction.

31. La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples consacre le droit à ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement (article 6), le droit de saisir des juridictions compétentes, le droit à la présomption d'innocence, le droit à la défense et à un défenseur, le droit à être jugé dans un délai raisonnable et le droit à un tribunal impartial (article 7). Elle consacre également le droit à des tribunaux indépendants (article 26).

32. Ces ratifications permettent de se référer à l'interprétation internationale de ce droit. Si les législations pénales de fond restent des « expressions de la souveraineté et du particularisme national de chaque État³⁹ », le droit du procès pénal est marqué par une internationalisation en raison du développement des questions de droits de l'Homme. La tendance générale se lit dans un « affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès de défense

³⁹ R. Schmelck, « Où en est la politique criminelle ? », *Pouvoirs*, N°16, 1981, p.79-88, p.80.

(...) au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel⁴⁰ ». Les droits de l'Homme font que le procès ne soit plus l'apanage des magistrats subi par les parties privées. Ces dernières participent, désormais, de manière substantielle dans la construction de la vérité judiciaire.

33. Le procès s'entend, dans la présente étude, de la démarche déclenchée par une plainte, une dénonciation ou sur une initiative du magistrat du ministère public et menant vers l'exécution de la décision judiciaire qui en résulte. Le rapport du procès avec l'ordre est formel et substantiel. Dans le rapport formel, le procès restaure l'ordre à travers des rituels minutieusement codifiés. « L'espace judiciaire suspend, pour un instant, toutes les différences habituelles de rang entre les hommes (...). Il incarne l'ordre, il crée l'ordre, il est l'ordre. (...) Rien n'est soumis au hasard : tout obéit à la loi, tout est harmonie⁴¹ ».

34. Dans le rapport substantiel, le procès, s'il est équitable, restaure l'ordre public. Le procès est dit « équitable » quand il se déroule à travers « une procédure contradictoire avec égalité des armes pour les parties⁴² » selon Halpérin. L'équité, dans ce sens, se définit ainsi dans l'égalité des armes et le principe du contradictoire. Certains auteurs soulignent, dans la notion d'équité, les droits des victimes. « Cette équité doit se traduire d'au moins trois façons : les droits de la victime doivent être respectés, la loi doit prévoir et organiser une égalité des armes entre les parties et la victime doit pouvoir s'exprimer lors d'un débat contradictoire et public⁴³ ». D'autres invoquent les droits de la défense : « Une procédure juste et équitable [...] apparaît comme le procédé ou le processus qui permet de réaliser l'idéal de justice que représente le respect des droits de la défense⁴⁴ ».

35. Cependant, l'équité consacre l'égalité des droits de tout citoyen, victime ou suspect. « La société doit sûreté et tranquillité à tous et justice à chacun ; il faut donc que tous les citoyens puissent aisément se plaindre, que l'on puisse s'assurer d'un homme sur des soupçons mais que l'on ne juge que sur une conviction complète⁴⁵ ». Cette égalité est le fondement de la

⁴⁰ X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, N°2, 2002, p.245-261, p. 245.

⁴¹ Garapon, 2001, *op.cit.*, p. 43.

⁴² J. -L. Halpérin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 2009/1, N°84, p. 21-32, p.31.

⁴³ G. Lopez, S. Protelli, S. Clément, *Les droits des victimes*, Paris, Dalloz, États de droit, 2007, 2ème éd., p. 17

⁴⁴ Guidicelli-Dellage, Geneviève. « Les droits de la défense » in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 365.

⁴⁵ A. Duport, « Principes fondamentaux de la police et de la justice », présentés au nom du Comité de Constitution le 22 décembre 1789, in Archives parlementaires du 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome X, du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789, p. 745.

régulation contemporaine du règlement des litiges, le droit au procès équitable étant « un instrument de maintien de la paix qui investit le champ du règlement des différends⁴⁶ ».

36. L'égalité des armes se réfère aux droits à la défense de sa cause devant le juge dans des conditions préservant la possibilité de gagner le procès. Elle garantit aux parties l'opportunité d'avancer leurs moyens. Elle exclut toute faveur accordée à une partie et qui crée un déséquilibre attentatoire à cette possibilité de gagner le procès. Ce principe de l'égalité des armes génère plusieurs composantes du droit au procès équitable comme l'impartialité ou l'assistance judiciaire.

37. En vertu du principe du contradictoire, les parties sont astreintes à se communiquer leurs moyens de défenses et les éléments de preuve afin qu'ils puissent être débattus. Pour le juge, le principe du contradictoire l'oblige à ne prendre en considération que les éléments de preuve soumis aux débats. « Aucun élément de preuve ni aucun argument ne doit servir de fondement à une décision pénale sans avoir été préalablement soumis à la discussion des parties et de leurs avocats⁴⁷ ». Il doit donc écarter tout élément de preuve qui ne remplit pas cette condition du « contradictoirement débattu ».

38. L'énoncé législatif du droit au procès équitable détaille davantage ses composantes. Il est constitué de plusieurs composantes relatives au juge, à la relation du juge avec les justiciables, à la relation des parties entre elles et au procès dans son ensemble.

39. Premièrement, le juge doit être indépendant et impartial. D'un côté, l'indépendance se définit comme l'absence d'une interférence de l'extérieur dans le processus de la résolution du litige. De l'autre côté, l'impartialité se définit comme l'absence de partie prise ou de faveur accordée à l'une ou à l'autre des parties. Le principe d'indépendance protège le magistrat en premier lieu, avant de protéger le justiciable tandis que le principe d'impartialité défend l'usager de la justice contre la personne du juge. « L'indépendance est un statut (...), l'impartialité une vertu⁴⁸ », puisque l'indépendance est opposable au tiers, et l'impartialité est requise à soi-même.

40. Deuxièmement, la relation du juge avec le justiciable est gouvernée par les règles de son accessibilité, de la présomption d'innocence et des droits de la défense. L'accessibilité est la possibilité réelle pour tout citoyen de déclencher l'action pénale. Cette accessibilité doit être

⁴⁶ Djie Bouin, 2018, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁷ Sizaïre, 2013, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁸ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10^{ème} éd., 2014, p. 367.

indépendante des situations financières du plaignant. « Les États doivent veiller à ce que les personnes vivant dans la pauvreté jouissent du droit à un recours effectif par le biais de mécanismes judiciaires, quasi-judiciaires, administratifs et politiques lorsque des actes ou des omissions compromettent ou menacent leurs droits fondamentaux⁴⁹ ». Dans son interprétation, l'accessibilité recouvre également la certitude de la sanction et de la réparation en cas de condamnation.

41. La présomption d'innocence, quant à elle, est la règle selon laquelle toute personne mise en examen est innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une décision définitive d'une juridiction compétente. « La présomption d'innocence étant le principe, la conviction intime doit la renverser par une certitude raisonnable⁵⁰ ». Cette certitude naît de la preuve de la culpabilité fournie par la partie poursuivante, le ministère public. « Toute incertitude sérieuse (...) dans la culpabilité rend illégale la condamnation⁵¹ ».

42. Troisièmement, dans son ensemble, le procès doit se dérouler dans un laps de temps raisonnable. La notion de délai raisonnable fait l'objet de développements doctrinaux et jurisprudentiels considérables. Elle inclut deux délais de traitement judiciaire du dossier, le délai minimal et le délai maximal. D'un côté, « la seule idée d'une justice expéditive nous est-elle insupportable (...), les deux termes nous paraissent réciproquement se nier⁵² ». De l'autre côté, la promptitude de la sanction garantit son efficacité.

43. En outre, la notion d'équité se réfère au pouvoir modérateur du juge, « une réaction a posteriori des juges face aux applications injustes d'un droit posé a priori⁵³ ». Il « a pour objet d'atténuer la rigueur d'une règle de droit, dans son application à un cas particulier⁵⁴ ». Il s'agit d'une flexibilité encadrée. « Statuer en équité ce n'est pas rejeter ou refuser la loi, mais (...) équilibrer la mise en œuvre de cette loi en fonction de principes qui ne sont au fond que des cadres d'interprétation : la bonne foi, la loyauté, la proportionnalité, l'appréciation du caractère

⁴⁹ Conseil des droits de l'Homme, Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et des droits de l'Homme, résolution N°21/11 adoptée en Septembre 2012, §46.

⁵⁰ A. André, *Essai sur l'équité en droit pénal*, Thèse en droit, Montpellier, 2015, p.298.

⁵¹ G. Stefani, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 38. V. Cass. crim., 13 janvier 1894, DP, 1898, I, 286 et Cass. crim., 1er juin 1934, DH, 1934, p. 399.

⁵² A. Garapon, 2001, *op.cit.*, Préface de J. Carbonnier, p. 15.

⁵³ J. Fischer, *Le Pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Marseille, PUAM, 2004, p. 339.

⁵⁴ G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit, 1970-1971, p. 232.

excessif de l'application de la règle⁵⁵». Le procès équitable est alors le procès où le juge, dans un pouvoir normatif, ajuste la norme lors de l'interprétation et de l'application.

Objet de la thèse

44. Cette thèse traite de ces pouvoirs répressifs, le fondement du système de Justice qui est l'ensemble mobilisé pour le rétablissement d'un ordre bafoué. Elle tient compte de deux séries de rapports qui modèlent ces pouvoirs. Il y a, tout d'abord, les rapports internes de la Justice, parce que chacun des éléments qui la constituent évolue individuellement, générant une évolution continue des rapports intrasystémiques. Il y a, ensuite, les rapports externes compte tenu de l'ordre à rétablir, parce que cet ordre est une notion en perpétuelle construction, variant dans le temps et dans l'espace. Ces deux séries de rapports, intrasystémiques puis externes, définissent la dynamique des pouvoirs répressifs. Cette étude analyse la dynamique des pouvoirs répressifs à Madagascar depuis les années coloniales à nos jours.

45. Dans ce sens, cette étude de la justice pénale est une thèse de droit public. Le droit pénal, en ce qu'il régleme les rapports entre les particuliers en sanctionnant les comportements déviants, est traditionnellement considéré comme relevant du droit privé. Ce classement est entériné par la compétence du magistrat judiciaire en matière pénale. Toutefois, contrairement au droit civil, cette appartenance fait l'objet de discussions doctrinales parce que le droit du procès pénal régleme également les modalités d'exercice du pouvoir étatique, de la réglementation de l'action publique et de l'application des sanctions. « La prééminence de l'intérêt social dans l'ordre des intérêts pénalement protégés, et le rôle tenu par l'État tout au long du processus répressif, séparent profondément le droit pénal du droit privé pour le rapprocher davantage du droit public⁵⁶ ». Le droit pénal est, en réalité, un droit à la frontière de la *summa divisio*, regroupant des aspects le rattachant au droit privé comme au droit public. Cette étude aborde l'aspect publiciste du droit pénal parce qu'elle analyse la dynamique des pouvoirs répressifs à Madagascar à partir de 1896, début de l'occupation française.

Intérêts et objectifs de la thèse

46. L'enjeu de cette démonstration est tout d'abord académique en ce qu'elle apprécie la séparation des trois pouvoirs publics, à savoir le Législatif, l'Exécutif et le Judiciaire dans la

⁵⁵ B. Bernabé, « L'office du juge et la liturgie du juste », *Cahiers philosophiques*, 2016/4, N° 147, p. 48-67, p. 54.

⁵⁶ Joseph-Ratineau, 2013, *op. cit.*, p. 2.

sphère de la répression. Elle renseigne sur l'équilibre, le cas échéant l'ampleur du déséquilibre, entre ces pouvoirs. Elle mesure l'écart entre cet équilibre théorique et la réalité de la cohabitation des acteurs dans la Justice pénale.

47. Ensuite, elle met en rapport les pouvoirs des magistrats du ministère public, mandataires de la société dans le procès pénal, avec le pouvoir des juges, gardiens des droits aux libertés fondamentales. Elle met également en rapport le pouvoir de ces mandataires avec le pouvoir des justiciables découlant du droit au procès équitable. Cette constatation est utile pour nourrir une réflexion comparative, notamment avec le droit français. L'étude conjointe de ces deux droits demeure pertinente en raison de l'essai de juxtaposition dont ils ont fait l'objet pendant l'occupation. En effet, le statut du magistrat du ministère public fait l'objet de débats doctrinaux et jurisprudentiels en raison de son ambivalence : un magistrat qui est partie au procès. Pour le droit français, ce statut évolue grâce à la jurisprudence européenne des droits de l'Homme. Pour le droit malgache, le magistrat du ministère public continue de décerner un titre de détention tout en étant partie au procès.

48. Cette thèse revêt un intérêt académique également dans cet essai d'inventorier, malgré les fluctuations permanentes de la notion d'ordre à rétablir, des traits structurels et fonctionnels de la justice pénale malgache. Ces repères permettent d'en apprécier l'évolution, le cas échéant, d'en dresser les dérives qui bloquent la sécurisation des justiciables.

49. Un intérêt pratique découle de ces intérêts académiques. Cette thèse se destine à être un outil suscitant la réflexion chez les professionnels judiciaires. Elle avance un état des lieux de la justice. Elle propose une explication de cet état. Elle retrace une histoire dans laquelle le professionnel judiciaire, qu'il relève de la police, de la magistrature, de l'avocature ou même de l'organe d'administration de ces corps, construit la qualité de la justice. Cette qualité est le gage de la satisfaction du justiciable. En tout temps et en tout lieu, la construction de la paix sociale est tributaire de cette satisfaction, et de ce fait, de la volonté du professionnel judiciaire.

50. Cette volonté transparait dans l'interprétation de la loi. L'acte d'interprétation, nécessaire pour résoudre chaque cas, fait que la proaction normative du professionnel judiciaire intervient dans le quotidien du procès pénal. Elle est d'ailleurs rendue incontournable par la prolifération législative. « Ces libertés par rapport à la loi, ce n'est pas le juge qui les a prises, mais le législateur qui les lui a offertes par la phénoménale augmentation du volume des textes

de loi : trop de lois ont tué la Loi⁵⁷ ». Ceci est d'autant plus vrai quand l'ordre consacré par la loi rompt avec l'idée de justice. « Beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique⁵⁸ ».

51. Dans ce sens, cette étude met en évidence le déséquilibre entre les garanties de l'indépendance et les garanties de l'impartialité du magistrat à Madagascar. Elle met en exergue le besoin de renforcer le respect de la déontologie judiciaire. Cette dernière est « un complément indispensable au statut exceptionnel garanti au juge par les différentes facettes de l'indépendance judiciaire » et « représente un facteur primordial du succès des institutions judiciaires, dont elle assure la légitimité⁵⁹ ».

52. Enfin, même si l'objet premier de cette thèse n'est pas d'étudier le progrès de Madagascar dans la réalisation du droit au procès équitable, elle permet cette analyse. En effet, la ratification fait que les traités sont opposables aux autorités malgaches. En vertu de ces traités protecteurs des droits de l'Homme, Madagascar a l'obligation de respecter, de protéger et enfin de promouvoir ces droits, dont le droit au procès équitable.

53. L'obligation de respect prescrit à l'État de ne pas porter atteinte aux droits énoncés dans le traité. Il s'agit d'une obligation d'abstention. Elle s'impose aux organes centraux de l'État, ses démembrements administratifs déconcentrés ou décentralisés ainsi que les autorités judiciaires. En vertu de cette obligation étatique, les magistrats à Madagascar doivent veiller à diriger et à administrer le procès conformément aux exigences du droit au procès.

54. L'obligation de protection, quant à elle, est une obligation mettant en scène trois acteurs : l'État, le protégé et le tiers. Dans cette obligation, l'État doit empêcher que le tiers viole les droits de chaque citoyen. L'acte de protection est un acte positif tandis que l'acte de respect est acte passif, une abstention. Cette protection contre le tiers doit être effective sur l'ensemble du territoire de l'État partie.

55. L'obligation de promotion consiste dans le devoir de l'État de mettre à jour la législation interne conformément aux nouvelles obligations internationales qui lui sont opposables. Cette mise en conformité peut prendre des formes diverses : l'abrogation ou la modification, ou même la promulgation de nouvelles lois. L'obligation de promotion impose à

⁵⁷ P. Girard, « L'évolution du rôle des juges », *Les cahiers du droit*, 2001, Vol. 42, N°3, p. 361-371, p. 368.

⁵⁸ CEDH, Arrêt du 26 avr. 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, § 49.

⁵⁹ L. Huppé, « Les fondements de la déontologie judiciaire », *Les cahiers de droit*, 2004, Vol. 45, p. 93-131, p.94.

l'État de garantir « un recours effectif à l'individu dont les droits auront été méconnus ou violés chaque fois que pareil recours n'est pas prévu par le droit interne⁶⁰ ». Ce recours effectif et fonctionnel est garanti par la réalisation du droit au procès équitable.

56. À chaque étape de son histoire pénale, Madagascar va progressivement s'approprier une partie de ce triptyque d'obligations. Cette thèse permet de mesurer cette progression.

Démarche

57. L'initiative d'entamer ces travaux de thèse naît du constat du mépris du citoyen malgache envers la Justice étatique. Cet environnement d'incompréhension est le quotidien judiciaire à Madagascar. Pourtant dans les cours et les tribunaux, les salles d'audience ne désespèrent pas. Le citoyen ne peut se passer du service public de la justice.

58. Dans un premier temps, les rapports des pouvoirs répressifs dans la justice malgache a été étudiée par rapport au droit au procès équitable prévue la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. La référence à ce traité a été choisie pour la singularité que la Charte défend dans sa lettre. Très vite, il a fallu abandonner l'idée de singularité que la jurisprudence africaine elle-même n'a pu défendre. Les rapports répressifs sont, de ce fait, étudiés par rapport au droit au procès équitable, un standard international.

59. Le premier défi a été d'accéder aux sources judiciaires anciennes. Les archives judiciaires malgaches à Anosy Antananarivo sont complètement désordonnées et une grande partie détruite. Cette thèse aurait été certainement plus fournie en partant d'une archive exhaustive. Toutefois, le centre d'intérêt étant le rapport des pouvoirs et non les décisions judiciaires, les données partielles recueillies ont permis de construire et d'avancer une argumentation.

60. Le deuxième défi a été d'introduire l'aspect pratique au sein des discussions abordées dans cette thèse. Pour chaque sujet, il a fallu essayer de déceler les pratiques judiciaires du Code de procédure pénale parce que les rapports de pouvoirs se décèlent dans le quotidien et non dans les lois. Les informations et les données qui viennent de ces observations ne sont pas référencées, elles sont constatées au niveau des juridictions.

⁶⁰ P. Mertens, « Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in Rapport sur la protection internationale des droits de l'homme présenté au Centre de recherches et d'études de droit international de l'Académie de La Haye, 1967, p.447-470, p.455.

61. L'analyse est volontairement élargie au-delà des interprétations fournies dans le cadre des études sur Madagascar pour plusieurs raisons. Pour la justice coloniale, particulièrement, la législation des pays colonisés a été quasi-uniforme. Des textes réglementaires appliqués dans certaines colonies ont été transposés dans d'autres colonies. Il en est, en l'occurrence, du code de l'indigénat, repris à Madagascar.

62. Plus globalement, le droit au procès équitable, notre référence dans l'appréciation de la justesse de la justice est une notion essentiellement internationale. La lecture de ce droit n'est pas forcément une interprétation émise dans l'analyse de la situation malgache. Le Droit du procès pénal, à l'image de ce droit au procès équitable qui le régit désormais, fait l'objet d'une standardisation internationale qui échappe à l'affirmation identitaire nationale. Il est à souligner, par ailleurs, que les avis doctrinaux exprimés dans des thèses en droit sont privilégiés. Ce choix s'explique par l'intention de faire ressortir notre apport au sein de la réflexion académique sur le sujet.

Problématique

63. La Justice pénale est une arène où s'engage la lutte continue de différents acteurs pour disposer du pouvoir répressif. Ni la séparation des pouvoirs étatiques, encore moins leur équilibre, n'est acquise. Cette lutte est parfois sournoise, mais jamais interrompue. Le décideur du traitement pénal que subit le récalcitrant à l'ordre social, à un moment donné et dans un milieu donné, varie. Il convient, de ce fait, de distinguer l'appareil judiciaire d'État, donc la structure, et le pouvoir répressif, l'essence, qui devrait lui appartenir. En effet, « l'autorité judiciaire n'a pas et n'a jamais eu le monopole du droit de punir⁶¹ ».

64. Une série de questionnements permet d'agencer la démonstration, objet de la présente thèse. Ils s'articulent sur les acteurs tenants des pouvoirs répressifs, sur la répartition de ces pouvoirs entre eux, sur la consistance de ces pouvoirs, sur les moyens et la procédure d'exercer ces pouvoirs, et sur les limites qui encadrent ces exercices et les contrôles qu'elles subissent. À un temps donné dans la période étudiée (de 1896 à nos jours), en quoi consiste l'ordre à rétablir ? Quel organe distribue les pouvoirs répressifs ? Quels acteurs exercent ces pouvoirs ? Dans quel ordre de prépondérance ? Quelle est la nature de ces pouvoirs, arbitraires ou liés ?

⁶¹ A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Paris, LGDJ, 2003, p. 4.

Comment et dans quel cadre s'exerce ce pouvoir ? Quel est l'organe de contrôle ? Quelle est la sanction de ce contrôle ?

65. Après la synthèse des réponses à ces questions, quel est l'état des pouvoirs répressifs à ce moment donné ? En conséquence, sachant que la justesse se définit comme la conformité aux prescriptions du droit au procès équitable, la justice est-elle juste ?

Plan

66. Notre problématique se répartit en trois masses : des pouvoirs répressifs subtilisés des mains des magistrats vers les administrateurs, des pouvoirs répressifs rajustés en raison de leur basculement vers les magistrats et les justiciables, et des pouvoirs répressifs rajustés mais fragilisés. Cette répartition consacre les trois grandes tendances des dynamiques des pouvoirs répressifs. De ce fait, notre démonstration est agencée en trois parties, et non en deux parties comme il est d'usage pour une thèse en droit.

Partie 1. Les pouvoirs répressifs subtilisés

Partie 2. Les pouvoirs répressifs rajustés

Partie 3. Les pouvoirs répressifs fragilisés

67. Cette structuration du raisonnement par les tendances de dynamiques des pouvoirs et est choisie au détriment d'une démarche par l'équilibre des périodes de temps étudiées. Elle fait mieux ressortir l'évolution substantielle des dynamiques abordées. La première partie recouvre, en conséquence, la période entre l'année 1896, début de l'occupation française à Madagascar, et l'année 1990, fin de la Deuxième République et de l'ère socialiste. La seconde partie recouvre la période allant de l'année 1990 à l'année 2010, fin de la Troisième République. La troisième partie débute à partir de l'année 2010, avènement de la Quatrième République.

PARTIE I – LES POUVOIRS RÉPRESSIFS SUBTILISÉS

« Il n'est pas un point du droit que l'histoire ne peut éclairer⁶² ».

⁶²Hélie (F.), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Tome 1, 1866, p 454.

68. L'objet de cette première partie est de démontrer que, de 1896 à 1990, le pouvoir répressif est subtilisé des mains de l'appareil judiciaire par l'appareil exécutif. Cette subtilisation s'opère au début de l'occupation pour asseoir l'atteinte de la domination coloniale. Elle est le fait des administrateurs coloniaux qui établissent une architecture de commandement centralisé facilitant l'oppression. Les droits de l'Homme qui justifient l'entreprise coloniale dans les discours de propagande en France métropolitaine sont dénaturés et remplacés par l'asservissement aux fins d'exploitation (Titre 1).

69. Lors de l'accession à l'indépendance, cette situation de subtilisation du pouvoir est entérinée dans la jeune République malgache. La dénonciation des violations des droits de l'Homme a servi pour les luttes indépendantistes. Mais la réalisation de ces droits n'est pas une priorité. L'appareil judiciaire, démuné du pouvoir répressif, sert le dessein de la République néocoloniale puis de la République socialiste (Titre 2).

TITRE 1. L'ACCAPAREMENT DU POUVOIR : LES CONTRADICTIONS EN MILIEU COLONIAL

*« En un mot, c'est l'arbitraire établi par le droit
et au nom même du droit⁶³ ».*

70. Les actes successifs qui régissent l'occupation française à Madagascar sont le traité de protectorat (du 17 février 1885 au 5 août 1896), la loi d'annexion (du 6 août 1896 au 27 octobre 1946), la Constitution de la Quatrième République française (du 28 octobre 1946 au 13 octobre 1958) et enfin la Constitution de la Cinquième République française (du 14 octobre 1958 au 26 juin 1960). En vertu de ces textes, Madagascar est un protectorat, une colonie, un territoire d'outre-mer puis une République au sein de la Communauté française.

71. Toutefois, les actes juridiques constituent plus des évolutions de discours que des changements substantiels des rapports franco-malgaches. Les traits politiques comme la discrimination et l'exploitation demeurent malgré le changement de statut juridique du territoire occupé. De ce fait, dans le développement qui suit, la « colonisation » et l'« occupation » seront indifféremment utilisées.

72. Ce titre démontre que, tout au long de l'occupation, l'Éxecutif colonial s'empare du pouvoir répressif. Cet accaparement se fait au détriment de la population mais également au détriment du magistrat. Il s'opère dans un environnement politique de contradictions. Vis-à-vis de la population, il est voilé d'un discours humaniste qui cache l'asservissement (chapitre 1). Vis-à-vis du magistrat, l'époque coloniale se caractérise dans un démantèlement de la Justice, créant un désordre qui affaiblit le juge et dénature la justice (chapitre 2).

73. Ces traits du pouvoir répressif du temps de la colonisation constituent les données structurelles initiales à partir desquelles l'évolution du pouvoir répressif à Madagascar sera appréciée. Comment s'orchestrent les contradictions qui permettent cet accaparement du pouvoir répressif par l'Exécutif ? Quels acteurs interviennent dans cet environnement de

⁶³ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 28.

subtilisation du pouvoir répressif ? Qui répartit le pouvoir répressif ? Quelle est la teneur de la partie du pouvoir répressif dont détient chaque acteur ? Comment se répercute cette répartition ? Ces questions sont traitées dans le présent titre.

Chapitre 1. Les droits humains en milieu colonial : l'humanisme par l'asservissement

74. Dans les pays colonisés, les références aux droits humains sont dans le discours colonial de justification de l'occupation. La colonisation aurait été nécessaire pour transmettre la civilisation à des peuples qui ne la connaissent pas (section 1). Réduisant la notion des droits de l'Homme aux droits des hommes blancs, ce discours de « détournement des droits de l'Homme⁶⁴ » justifie toute l'entreprise coloniale du second empire français. Mais la logique coloniale est incompatible avec l'idée des droits humains. Le discours se contredit intrinsèquement ou est contredit par la pratique qui s'en suit.

75. L'objet de ce chapitre est de démontrer cette contradiction entre le discours et la pratique. Il permet d'inventorier les traits marquants du paysage juridique des droits de l'Homme dans le contexte colonial à Madagascar. Pour ce faire, la première section de ce chapitre aborde le contenu du discours de la mission civilisatrice (section 1). Des écrits des auteurs dont la majorité sont contemporains de l'époque sont volontairement restitués afin de transcrire fidèlement l'ossature de l'idéologie démontrée, par la suite, mensongère (section 2). En effet, la prédation exclut toute perspective d'égalité et de liberté, principes moteurs des droits de l'Homme. Dans la colonisation, le discours de l'humanisme est associé à la pratique de l'asservissement.

76. Ce discours et cette pratique ne sont pas spécifiques de la colonisation française à Madagascar. La colonisation de l'île ayant commencé tardivement, les administrateurs de Madagascar s'inspirent des expériences des autres colonies. Ils transposent les législations et les modes d'administration des autres territoires. Tel est le cas pour le système d'indigénat ou des travaux forcés. En outre, plusieurs textes législatifs et réglementaires adoptés en Métropole, ayant une portée d'application à l'ensemble des colonies françaises, impliquent des similitudes dans l'administration des colonies. De ce fait, nos recherches ont été étendues à travers des ouvrages portant sur les autres colonies qui ont inspiré l'administration coloniale à Madagascar.

⁶⁴ G. Manceron, *Marianne et ses colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, La Découverte/ Ligue des droits de l'homme, 2003, p. 10.

Section 1. Le discours colonial : la mission civilisatrice

77. Toute l'histoire coloniale témoigne d'une ségrégation voulue et entretenue avec le discours de la mission civilisatrice. Jules Ferry, dans son discours à l'Assemblée Nationale française avant le vote des crédits pour l'expédition coloniale à Madagascar, avance : « Il y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures⁶⁵ ». Deux affirmations ressortent de ce discours : la théorie de la hiérarchie des races (paragraphe 1), et ses principales conséquences, le devoir et le droit de civiliser (paragraphe 2).

78. La théorie de la hiérarchie des races est consacrée comme la position officielle française à travers ce vote du crédit de financement de l'expédition coloniale à Madagascar le 30 juillet 1885 (291 voix contre 142 voix). Elle reste la position officielle pendant les décennies qui suivent bien qu'elle trahisse les acquis révolutionnaires sur les droits humains et les fondements de la République. Cette mission civilisatrice, qui synthétise la théorie de la hiérarchie de race et celle du devoir de civiliser, est l'objectif prétendu de la colonisation.

Paragraphe 1. La théorie de la hiérarchie des races

79. « La supercherie coloniale a été de faire croire que quiconque venant d'une civilisation qui a inventé les droits de l'Homme et le vaccin contre la rage est un civilisé, quels que soient ses actes, tandis que celui qui appartient à une civilisation où l'on marche pieds nus et où l'on ignore l'écriture serait un barbare, quelles que soient ses valeurs⁶⁶ ». La mission civilisatrice, en ce qu'elle sous-entend la relation hiérarchique entre deux groupes de personnes, est attentatoire aux droits humains. Elle prône et défend l'inégalité entre les hommes comme une certitude implacable, et de là, l'exploitation d'une race par une autre comme l'ordre naturel dans leur cohabitation.

80. La modélisation de la société coloniale, pour la réalisation de ce dessein, met en rapport deux groupes d'acteurs : les indigènes et les blancs. Cette distinction est fondamentale à la colonisation en ce qu'elle est préalable à tous ses actes. Le premier groupe humain, inférieur, constitué par le peuple des colonies dénommé « les indigènes », est sous la sujétion du second groupe, supérieur car civilisé et donc civilisateur. « Le mot indigène (...) sert à qualifier la

⁶⁵ J. Ferry, *Le devoir de civiliser. Discours du 28 juillet 1885 à la Chambre des Députés avant le vote des crédits extraordinaires pour financer l'expédition à Madagascar*, Paris, Points, Les grands discours, 2010, p. 44.

⁶⁶ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 304.

population aborigène d'un territoire de colonisation qui a été soit annexé à la France, soit placé sous son protectorat, soit confié à son mandat⁶⁷ ». La théorie de la hiérarchie des races explique l'infériorité des indigènes par ses caractéristiques physiques et ses aptitudes intellectuelles et sociales. L'indigène n'est pas blanc donc il est inférieur. Le critère racial pose, avant tout, le principe de la discrimination de faciès. Les différences de la « constitution physique⁶⁸ », notamment la couleur de la peau, suffisent à légitimer la domination.

81. Il faut distinguer tout d'abord le blanc du noir, inventer ensuite les caractéristiques à affubler le noir pour masquer une distinction physique impropre pour l'opinion publique métropolitaine. Dans le sous-bassement de la théorie de la hiérarchie des races, la noirceur de la peau de l'indigène fait présumer une « incapacité absolue d'organisation et de progrès⁶⁹ », une inaptitude « à définir ses besoins véritables⁷⁰ ».

82. Il convient de le caricaturer afin de prétendre à l'arriération de sa race. Les indigènes font l'objet d'exhibitions publiques⁷¹ pour convaincre l'opinion qu'ils sont des sous-hommes, attardés et constitutifs des dangers pour eux-mêmes. La théorie de la hiérarchie des races invente l'indigène. Elle lui a, par la suite, inventé un passé fait de « long et tragique récit de guerre, de massacres, de razzias, de pillages, de servitudes affreuses⁷² », défini des inaptitudes intellectuelles et des pratiques inavouables. Parallèlement, elle élève l'Europe comme le « centre de gravité du monde », dotée d'une civilisation « d'élites et de qualité » dont elle est « le berceau illustre⁷³ », peuplée de blancs d'une « primauté naturelle⁷⁴ ». La théorie confine la notion de civilisation et la définit comme un ensemble de traits culturels et idéologiques d'une société propre à la culture occidentale : la civilisation est la culture occidentale, la culture des populations « indigènes » n'en constitue pas une.

83. Pour les expéditions coloniales françaises du dix-neuvième siècle, la civilisation à transmettre inclut les valeurs acquises de la Révolution de 1789. Parmi ces valeurs figurent les

⁶⁷ H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 11.

⁶⁸ P. Aznan, *L'armée indigène nord-africaine*, Paris, C. Lavauzelle et Cie, 1925, p. 39.

⁶⁹ E. Renan, *La réforme intellectuelle et la morale*, 1871, Paris, Œuvres complètes, Calmann-Lévy, 1947 cité par Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 34.

⁷⁰ S. El Mechat, « Introduction », in *Les administrations coloniales XIX^e-XX^e siècles, Esquisse d'une histoire comparée*, S. El Mechat (dir.), Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2009, p. 13-22, p. 15.

⁷¹ Voir notamment la Présentation de J.-P. Aubert, H. Cartier, *Comment la France « civilise » ses colonies*, Paris, Les nuits rouges, p. 7 : « Au jardin zoologique d'acclimatation du Bois de Boulogne, entre des sauriens et des singes, des Canaques, installés dans des cages, étaient présentés aux gogos » ; L'auteur renvoie à l'ouvrage collectif *Zoos humains*, Paris, La découverte, 2002.

⁷² A. Sarraut, *Grandeur et servitude coloniales (1931)*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 81.

⁷³ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 5 et p. 9.

⁷⁴ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 117.

droits énumérés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789. Dans ces conditions, les expéditions sont censées se distinguer des pratiques françaises antérieures et de celles d'autres pays prétendument humanistes⁷⁵. L'universalisation des droits de l'Homme est l'objectif principal. La colonisation en devient un acte noble et respectable. La France fait de la colonisation, « acte primitif de force, une admirable création de droit⁷⁶ » et cette innovation la glorifie.

84. Mais avant que les indigènes soient aptes, et de ce fait, fondés à réclamer des droits de l'Homme et à en jouir, « les droits de l'Homme sont inapplicables dans les possessions françaises⁷⁷ ». L'accomplissement de la mission civilisatrice est incontournable avant d'envisager une application des droits de l'Homme dans les colonies. Ces droits n'appartiennent qu'aux hommes et les indigènes ne le sont pas, du moins, pas encore. En attendant l'accomplissement des « transfigurations⁷⁸ », quand les sauvages deviennent des hommes, la France a restreint l'universalité des droits humains, excluant les indigènes que le colonisateur considère comme « incapables d'exercer les droits qui leur seraient accordés en raison de la faiblesse de leur constitution intellectuelle et psychologique⁷⁹ ». La colonisation prend du temps. Ne pas bousculer le processus de transmission des valeurs. L'incapacité des indigènes d'assimiler à la hâte des notions nouvelles, quoique meilleures, requiert la patience du colonisateur. La compression du processus serait nuisible aux indigènes. Les droits humains leur sont refusés pour les protéger, les leur accorder est « inopportun et même dangereux⁸⁰ » eu égard à leur état de nature. L'indigène est, par conséquent, la cause du traitement qu'on lui inflige.

85. La mission civilisatrice a, dès lors, conduit à « la réduction des droits de l'Homme aux droits de l'homme blanc⁸¹ », au « blanchiment des droits de l'Homme⁸² ». La France, a manipulé la notion des droits de l'Homme pour le « triomphe singulier (...) des droits des

⁷⁵ « Le Français est altruiste ; son génie a le goût de l'universalisme ; son humanisme, son sens du bien et du beau, son esprit d'équité fomentent les conceptions altruistes qui débordent le cadre national pour étendre sur l'humanité entière un rêve de justice, de solidarité, de bonté fraternelles. (...) Il s'approche des autres races pour les aider, leur plaire et s'en faire aimer. (...) Il veut redresser les torts, défendre les faibles et les opprimés, (...) protéger les masses indigènes contre l'atroce tyrannie des roitelets », Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 73.

⁷⁶ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 74, p. 73, p. 49, p. 68 et p. 69.

⁷⁷ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 26.

⁷⁸ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 182.

⁷⁹ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 42.

⁸⁰ Solus, 1927, *op.cit.*, p. 37.

⁸¹ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 148.

⁸² A. Camus cité par Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 7 et p. 304.

français contre les droits de l'Homme⁸³». Cette « trahison de l'héritage révolutionnaire⁸⁴ », notamment par la substitution de la hiérarchie des races à l'égalité et de la contrainte à la liberté, est soulevée lors des débats à la Chambre des Députés avant le vote de crédit pour financer l'expédition coloniale à Madagascar. Lors de son intervention, contestant la théorie de par Jules Ferry, Georges Clemenceau soulève « l'abus pur et simple de la force (...) pour s'appropriier l'homme, le torturer, en extraire toute la force qui est en lui au profit du prétendu civilisateur⁸⁵ ».

86. Le détournement de ces droits s'opère de deux manières. Tout d'abord, puisque seul l'homme blanc est un homme, il faut que l'homme de couleur épouse la civilisation de l'homme blanc pour réclamer ces droits. La mission civilisatrice tend alors à l'uniformisation des hommes avec le moule de la civilisation européenne. Or, les droits humains reconnaissent la diversité des hommes et n'aspirent pas à leur standardisation mais à la standardisation de leurs relations en posant la coexistence des libertés comme leur encadrement basique. Ensuite, la théorie de la hiérarchie des races, en excluant les indigènes du bénéfice des droits de l'Homme et en rattachant les indigènes dans les colonies, donc des espaces géographiques bien déterminés, circonscrit des zones de non-droits de l'Homme, dans lesquels ils ne peuvent être revendiqués. La théorie dénature les droits de l'Homme dans le principe d'universalité qui les régit, qu'elle remplace par la sélectivité géographique.

87. La théorie de la mission civilisatrice restreint le concept d'action humanitaire, de survie de l'homme, dans la survie et le mieux-être des européens qui cherchent des matières premières et des débouchés pour leurs industries en plein essor au cours du dix-neuvième siècle. On reconnaît un « pseudo-humanisme » qui a « rapetissé les droits de l'Homme » dans « une conception étroite et parcellaire, partielle et partiale et, tout compte fait, sordidement raciste⁸⁶ ». « Sorte d'apartheid colonial à la française ? Assurément⁸⁷ ».

⁸³ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 31.

⁸⁴ Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 57.

⁸⁵ G. Clemenceau, Débats à la Chambre des Députés du 30 juillet 1885.

⁸⁶ A. Césaire, *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence africaine, 1955, p. 12-13.

⁸⁷ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 18.

Paragraphe 2. Le devoir et le droit de civiliser

88. Cet écart artificiel entre les européens et les non-européens expliquerait « l'inégalité des races humaines comme une évidence et la colonisation comme une nécessité⁸⁸ ». Selon Sarraut, la colonisation est incontournable pour la survie de l'humanité, et ce, pour deux raisons : l'appel des indigènes et la gestion des ressources naturelles.

89. La supériorité impose le devoir de civiliser et d'aider la race inférieure. La race supérieure a l'obligation « de prendre charge de cet incapable, de le mettre, lui aussi, en valeur, de la cultiver, physiquement et moralement, de le protéger contre lui-même⁸⁹ » ou contre le petit nombre d'entre eux qui se sont érigés en tyrans pour ses semblables. Tel aurait été le cas pour Madagascar où « le gouvernement Hova tyrannise les autres peuplades⁹⁰ », toujours selon Sarraut. La colonisation est un devoir philanthropique et humanitaire, un devoir d'assistance pour assurer la « régénération des races inférieures ou abâtardies⁹¹ » dans une logique de la solidarité humaine.

90. Par ailleurs, « l'inégale répartition des ressources et des richesses, la dissemblance des valeurs humaines, la disparité de leurs facultés, la différence des influences climatiques appelaient l'initiative humaine à corriger, pour un salut collectif, l'injustice et le caprice des révolutions de la nature⁹² ». L'intelligence humaine d'exploiter les ressources se trouve en Europe, alors que les ressources exploitables dans les colonies où les populations sont inaptes à les mettre au profit. Le déplacement des européens vers ces pays est utile pour la survie de l'humanité. En l'absence de ressources nouvelles les européens périssent et en l'absence des européens, les indigènes, détenteurs incapables, périssent. La colonisation est nécessaire pour tous. Les propriétaires naturels des ressources deviennent des simples détenteurs au profit de toute l'humanité. Cette appropriation juridique des ressources des pays colonisés a légitimé l'invasion du colonisateur qui s'en est investi administrateur. Dans ces développements, il apparaît également que la colonisation est, non seulement un devoir pour la race blanche, mais elle l'est également pour les races inférieures, celui de l'accepter pour leur propre bien et pour celui de l'humanité.

⁸⁸Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 20.

⁸⁹ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 73.

⁹⁰ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 82.

⁹¹ Renan, 1947, *op.cit.*, cité par Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 134.

⁹² Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 16-17.

91. Ce devoir, dans sa grandeur, implique le droit du colonisateur. Selon le discours de Jules Ferry à la Chambre des Députés le 27 mars 1884, « Si nous avons le droit d’aller chez ces barbares, c’est parce que nous avons le devoir de les civiliser ». Le devoir fonde le droit, le « droit du fort à aider le plus faible » qui est « le droit le plus noble et le plus haut de tous⁹³ ». La mutation juridique du devoir de civiliser en droit de civiliser relèverait d’un simple « bon sens⁹⁴ », d’une logique qui écarte l’utilité de toute démonstration. De ce devoir naît un droit à tout dans les colonies. « Ils peuvent disposer, si tel est leur bon plaisir, des choses, des hommes et même des femmes⁹⁵ ».

92. En bref, le discours colonial de la mission civilisatrice brille par son habileté à extrapoler des constructions juridiques secondaires des constructions juridiques primaires érigées à partir de la notion d’indigène inventée pour l’occasion. Tout s’explique par les caractéristiques vraisemblablement évidentes et factuelles de l’indigène. Elles lui sont, en réalité, attribuées à cause de sa couleur de peau. Il est intellectuellement incapable de s’assumer parce qu’il est indigène. Il n’a pas de droits parce qu’il est indigène. Ensuite l’incapacité intellectuelle de l’indigène fonde la théorie de la hiérarchie des races, qui, à son tour, débouche sur un devoir d’assistance que les races dites supérieures exercent, prétendument pour l’indigène, mais à vrai dire sur l’indigène. Le devoir d’assistance humanitaire du colonisateur génère un droit de pillage.

93. La transformation du devoir de coloniser en droit de coloniser est également une construction juridique inédite puisque si le devoir implique habituellement un droit, l’identité de l’objet du droit avec l’objet du devoir est improbable. Cette improbabilité devient une impossibilité quand, l’identité de l’objet est doublée de l’identité des acteurs en interférence, c’est-à-dire quand le débiteur du devoir de faire est également le créancier de ce même droit. La théorie crée une confusion juridique entre la qualité de débiteur et la qualité de créancier dans une même personne. Pourtant, l’ensemble de ces constructions juridiques doctrinales sont entérinées par des dispositions législatives qui régissent la colonisation et légitimer l’asservissement.

⁹³ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 74.

⁹⁴ J. Ferry, Discours à la Chambre des Députés le 27 mars 1884, le 25 juillet 1885 et le 27 juillet 1885

⁹⁵ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 27.

Section 2. La pratique coloniale : l'asservissement

94. La législation de la Troisième République française, en vigueur au début de la colonisation à Madagascar, ne fait aucune référence à l'extension de l'application de la DDHC de 1789 dans les colonies. Néanmoins, le discours de la mission civilisatrice exige, en trompe-l'œil, quelques références législatives aux droits de l'Homme à destination des colonies.

95. Les engagements internationaux remplissent cette fonction de mirage : entretenir dans l'opinion publique internationale et métropolitaine l'image de défenseur des droits humains pour les peuples opprimés d'Afrique. La Conférence de Berlin de 1885 et la Convention de Saint-Germain en Laye de 1919, entre autres, abordent l'abolition de l'esclavage en Afrique en l'absence des représentations africaines. Une fois les conquêtes coloniales terminées, il faut perpétuer le mythe de la colonisation bienfaitrice par l'insertion de quelques conventions protectrices des droits humains dans le paysage juridique des colonies, dont Madagascar.

96. L'insertion de ces conventions dans l'ordre juridique colonial obéit au principe de la spécialité conventionnelle des colonies, une dérivée du principe de la spécialité législative. « Le statut conventionnel peut être diversifié aussi bien que le statut légal⁹⁶ ». Le privilège d'appréciation administrative de l'opportunité d'application des lois françaises à Madagascar est étendu aux traités. « Un traité qui ne prévoit aucune indication relative à sa sphère d'application ne peut être exécuté que sur le territoire métropolitain⁹⁷ ». En l'absence de clause territoriale, le Gouverneur Général à travers la faculté de procéder à la promulgation de l'acte de ratification sur le territoire dont il a la charge, exerce également le privilège d'appréciation de la faculté d'extension⁹⁸.

⁹⁶ P. Lampué, « L'application des traités dans les territoires et départements d'outre-mer », *A.F.D.I.*, 1960, Vol 6, p. 907-924, p. 909.

⁹⁷ D. Bardonnnet, « La succession aux traités à Madagascar », *A.F.D.I.*, Vol 12, 1966, p. 593-730, p. 613.

⁹⁸ En illustration de l'exercice de cette faculté, citons les termes de la lettre du 5 mai 1898 émanant du gouverneur général de Madagascar, Gallieni, pour le ministre des colonies dans laquelle il expose son choix de ne pas rendre applicable, à Madagascar, une convention franco-bulgare de 1897. « Par dépêche du 8 mars dernier, vous avez bien voulu me faire connaître qu'une convention commerciale, dont j'ai pris connaissance au Journal officiel de la République française du 28 janvier 1898, avait été signée entre le Gouvernement français et la Bulgarie à la date du 4 juin 1897. Aux termes de son article 12, cet acte diplomatique deviendrait applicable à Madagascar, si le bénéfice en était réclamé dans le délai d'un an, à dater du jour de l'échange des ratifications. J'ai l'honneur de vous rendre compte que je ne vois aucun avantage à ce que le bénéfice de la convention franco-bulgare soit étendu à la colonie ». Archives nationales, Section d'outre-mer. Mad. 361 -988 cité par Bardonnnet, 1966, *op.cit.*, p. 623.

97. Deux cent quatre-vingt-douze traités sont ratifiés par la France pendant l'occupation française à Madagascar et rendus applicables sur le territoire malgache⁹⁹. Certains d'entre eux sont protecteurs des droits de l'Homme :

- Les deux Accords sur la répression de la traite des blanches : l'Arrangement international, conclu à Paris le 18 mai 1904 et la Convention internationale, signée à Paris le 4 mai 1910 rendus applicables par l'arrêté du 2 décembre 1921 promulguant le décret du 7 février 1905 promulguant l'Arrangement de 1904 et le décret du 23 août 1912 promulguant la Convention de 1910, J.O.M., 10 décembre 1921, p. 1417 ;
- La Convention de Genève du 25 septembre 1926 sur l'esclavage, rendu applicable par l'arrêté du 9 septembre 1931 promulguant le décret du 8 juillet 1931 portant promulgation de la Convention de Genève que le Gouvernement français avait signé le 11 décembre 1926, J.O.M., 12 septembre 1931, p. 876 ;
- La convention de Genève le 11 octobre 1933, relative à la répression de la traite des femmes majeures ;
- La Convention du 31 mars 1953 relative aux droits politiques de la femme ;
- La Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés rendu applicable par l'Arrêté du 31 mars 1956 promulguant le décret du 2 mars 1956 relatif à la publication dans les Territoires d'outre-mer et dans les Territoires sous tutelle de la convention de 1951, J.O.M. du 7 avril 1956, p. 884.

98. Toutefois, « aux colonies plus qu'ailleurs il faut faire la part entre les textes tels qu'ils sont publiés au Journal officiel et leur application¹⁰⁰ ». Les droits humains reconnus par ces traités, pas plus que les autres, ne reçoivent pas une application. « Entre le colonisateur et le colonisé, il n'y a de place que pour la corvée, l'intimidation, la pression, la police, l'impôt, le vol, le viol, les cultures obligatoires, le mépris, la méfiance, la morgue, la suffisance, la muflerie, des élites décérébrées, des masses avilies¹⁰¹ ». Les discriminations sous-tendues dans le discours politique de la mission civilisatrice sont flagrantes dans les pratiques coloniales d'oppression. Pour Madagascar, le pouvoir a été pris par les guerres (de conquêtes), consolidé par la ruse (d'un protectorat devenu annexion), et gardé par l'asservissement. Cet

⁹⁹ Voir Bardonnnet, 1966, *op.cit.*, p. 632 et suivants.

¹⁰⁰ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 44.

¹⁰¹ Césaire, 1955, *op.cit.*, p. 19.

asservissement a lieu pendant toute l'occupation, sous la loi d'annexion (paragraphe 1) mais également pendant l'Union française (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'asservissement sous la loi d'annexion (de 1896 à 1946)

99. Deux guerres ont eu lieu entre France et Madagascar dans le cadre de la conquête coloniale. La première date de 1883 à 1885. La France bombarde les principaux ports du pays, à savoir, ceux de Tamatave et de Majunga. La guerre prend fin avec la signature, le 17 février 1885, à Tamatave, du traité de protectorat « fondé sur l'indépendance fonctionnelle du pays protégé et de l'État conquérant, sur le respect de la diversité des institutions indigènes¹⁰² ». Le royaume malgache espère « contenir les prétentions de conquête de la France¹⁰³ » et la France pense consolider son assise à Madagascar. Malgré cet accord, renforcé par la signature du traité du 5 août 1890 entre la France et l'Angleterre attribuant Madagascar à la première et Zanzibar à la seconde, l'occupation française est loin d'être effective. Le protectorat reste théorique du fait de la résistance sournoise des « Hova », la bourgeoisie à laquelle appartient le premier ministre malgache, également époux de la reine, Rainilaiarivony. Ortolland invoque des « déboires du traité de protectorat de 1885¹⁰⁴ ».

100. De ce fait, la France déclenche en 1894 une nouvelle guerre, en prétextant « l'assassinat de quelques français¹⁰⁵ » cette année-là avec un corps expéditionnaire constitué « de tirailleurs sénégalais venant de toutes les possessions françaises d'Afrique¹⁰⁶ ». Il est formé de « dix-mille hommes dont cinq mille y laissèrent leur peau¹⁰⁷ ». La défaite de Madagascar aboutit à la signature d'un nouveau traité de protectorat signé par la Reine Ranavalona III, le 1^{er} octobre 1895. C'est un traité de protectorat économique et politique qui prévoit le maintien de la monarchie de l'île. Ce protectorat prend fin de manière unilatérale. Il s'agit ici, une fois de plus, d'une construction juridique découlant de la théorie de la hiérarchie des races, consistant en la caducité de tout traité conclu avec les États dont les territoires sont considérés comme de zones de non-droits, « que ces territoires soient peuplés ou dépourvus d'habitants, car leurs populations sont considérées comme sauvages¹⁰⁸ ». Dès lors, la loi d'annexion, votée à

¹⁰² J. Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 22.

¹⁰³ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 20 et p. 151.

¹⁰⁴ A. Ortolland, « La justice. A Madagascar et aux Comores », in J. Clauzel (dir.), *La France d'outre-mer (1930-1960). Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, Karthala, Paris, 2003, p. 673-697, p. 673.

¹⁰⁵ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 8.

¹⁰⁶ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 156.

¹⁰⁷ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 8.

¹⁰⁸ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 146 et p. 148.

l'Assemblée nationale française le 6 août 1896, déclare Madagascar comme une possession française. Quelques mois plus tôt, en février 1896, la Reine Ranavalona III quitte Madagascar pour l'Algérie, contrainte à l'exil.

101. Albert Sarraut soutient que la colonisation « est une sorte de révolution économique, politique et morale : elle veut être et sera bienfaisante dans ses résultats ; mais elle n'en sera pas moins offensive par ses premières destructions ». Il admet, dans cette affirmation, les violences des premières années coloniales pendant lesquelles elle « n'est qu'une entreprise d'intérêt personnel, unilatéral, égoïste, accomplie par le plus fort sur le plus faible¹⁰⁹ ». Il argue, ensuite, une évolution de la pratique coloniale car la « béatitude égoïste ne dure pas¹¹⁰ » et l'humanisme du français le rattrape.

102. Cependant, l'invariable de la colonisation pratiquée à Madagascar est l'asservissement, au-delà des changements de gouverneurs généraux, des étapes coloniales ou même de la Constitution française. Cette continuité s'explique par la constance de l'objectif d'exploitation, l'enrichissement de la métropole par l'accaparement des richesses des colonies. « La chasse au profit, sous le masque de l'œuvre civilisatrice n'a jamais cessé d'être la véritable et unique cause de la colonisation¹¹¹ ». Elle s'explique également par la constance des moyens pour y parvenir : l'instauration et la restauration, le cas échéant, de l'ordre public colonial. Cet ordre est assuré par l'asservissement, qui peut varier d'intensité dans l'espace et dans le temps, mais sans disparaître.

103. Pour Madagascar, la France adopte la doctrine du colonialisme par association. Au début de l'occupation, cette doctrine, par opposition à l'assimilation, préconise une reconnaissance de l'identité de la colonie et tente d'aménager une cohabitation des deux cultures. Il s'explique par « l'impossibilité de conclure à la réalisation immédiate de l'égalité politique et administrative » en raison du délai nécessaire « pour que certaines races en arrivent au degré de civilisation morale, de progrès moral, où en sont venus les tuteurs qui les gouvernent¹¹² ». Il s'agit de « la plus grande somme d'indépendance administrative, économique et financière [de la colonie] qui soit compatible avec la plus grande dépendance politique possible¹¹³ ». Dans cette doctrine, l'exposé des motifs de la loi d'annexion énonce

¹⁰⁹ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 116 et p. 69.

¹¹⁰ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 65.

¹¹¹ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 26-27, p. 27.

¹¹² Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 109 et p. 110.

¹¹³ Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 24.

que : « Le gouvernement [français] n'entend nullement porter atteinte au statut individuel des habitants de l'île, aux lois, aux usages, aux institutions locales (...) ».

104. Néanmoins, le colonialisme par association est difficilement concevable. L'association, dans son fonctionnement, suppose un rapport sensiblement égalitaire pour conserver la part de liberté de chacun. Or, ce rapport de forces égalitaires ne peut exister dans le contexte d'une domination qui présuppose un rapport asymétrique de forces. L'association, de ce fait et dans le vocabulaire colonial, ne peut être envisagée qu'avec l'exploitation. « Elle n'entend pas du tout préparer et réaliser une égalité à jamais impossible, mais établir une certaine équivalence ou compensation de services réciproques. Bien éloignée de laisser s'énervier la domination, elle veut la renforcer en la rendant moins froissante et moins antipathique¹¹⁴ ». Si une coexistence des institutions et des cultures sont envisageables, l'égalité et la liberté s'avèrent utopiques. Le seul mode de coexistence réside, dès lors, dans une hiérarchisation des normes en interaction, à l'image de la hiérarchisation des groupes humains en présence. Le colonialisme par association est donc, en réalité, une doctrine admettant la survie de la culture et l'identité du colonisé afin de réduire ses frustrations pour mieux pérenniser l'exploitation. Les « peuples font exactement ce qu'ils veulent à condition de se soumettre aux colonisateurs¹¹⁵ », de ne pas porter atteinte à l'ordre public colonial.

105. « La première phase de la colonisation, c'est-à-dire la période qui va de 1900 à 1910, fut particulièrement dramatique pour l'Afrique (...) par le pillage des richesses naturelles, mais aussi par la violence sous toutes ses formes : réquisitions, travaux forcés, cultures obligatoires, impôts, expropriations... Aucune des sociétés africaines n'échappe à ces méthodes extrêmes¹¹⁶». Pour Madagascar, l'installation des colons et l'installation des premiers mécanismes de spoliation sont rendues difficiles par les résistances paysannes des *Menalamba*¹¹⁷ (en traduction libre, « toges rouges » en raison de la couleur de la terre sur leurs habits) jusqu'en 1905. Ces résistances attisent des répressions sanglantes. « En 1896, à la suite du premier procès politique qui marqua le début de l'occupation française, le général Gallieni

¹¹⁴Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 160.

¹¹⁵Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 148.

¹¹⁶S.-P. Ekanza, « Le double héritage de l'Afrique », *Études*, T. 404, 2006, p. 604-616, p. 608.

¹¹⁷ Voir notamment, S. Ellis, *The Rising of the Red Shawls, a Revolt in Madagascar 1895-1899*, Cambridge, 1985. L'auteur démontre que le mouvement est un mouvement de contestation de la domination coloniale.

fit exécuter le prince Ratsimamanga et Rainandriamampandry (ministre de l'intérieur de la Reine Ranavalona III), aussitôt connu le verdict de mort du tribunal militaire¹¹⁸ ».

106. L'exploitation économique est l'objectif principal de la colonisation. Les pillages des ressources dans les colonies (et non leur administration) et l'obligation faite aux indigènes de consommer les produits industriels métropolitains découlent de l'application de la théorie d'administration universelle des ressources naturelles, elle-même issue de celle du devoir de civiliser. L'industrie française s'approvisionne avec les matières premières extraites des terres coloniales, et elle écoule ses produits dans leurs marchés.

107. Greniers de la métropole, les colonies doivent accroître leur rendement au rythme des besoins français. La première guerre mondiale entraîne la sollicitation de la productivité des colonies. « A ce moment, et surtout au moment de la Conférence coloniale organisée en 1917 dans le cadre de l'effort de la guerre, le gouvernement exigea des colonies une production accrue à la fois en biens et en hommes¹¹⁹ ». La pression économique infligée aux colonies ne décroît pas malgré l'armistice. La reconstruction de la France, l'accumulation des richesses pour les industries d'armement, la menace de la Deuxième Guerre mondiale sont de plus en plus pesantes dès le début des années trente et se répercutent dans le pillage des colonies. L'exploitation économique est telle à Madagascar qu'« une enquête de 1938 montra par ailleurs que la population de l'Est était la plus mal nourrie de l'île, conséquence du développement des cultures marchandes au lieu des cultures vivrières¹²⁰ ». L'obligation d'efficacité économique à outrance entraîne une gestion de plus en plus discriminatoire de la société coloniale entre le colonisateur et l'indigène : donner plus de pouvoir au premier pour mieux exploiter le second. « La politique de l'État conquérant est une politique de production : elle s'exerce d'une part sur le sol, de l'autre sur ses habitants¹²¹ ». L'objectif économique exige l'asservissement de l'humain.

108. Dans cet asservissement, « la colonisation des dix-neuvième et vingtième siècles se situe dans le prolongement de l'expansion européenne des trois siècles précédents¹²² », mais surtout elle s'avère comme une version plus rusée des premières expansions, dans la tromperie

¹¹⁸ J. Tronchon, *L'insurrection malgache de 1947*, Paris, Karthala, et Fianarantsoa, Ambozontany, 1986, p. 86 note en bas de page

¹¹⁹ C. Coquery-Vidrovitch, « Vendre : le mythe colonial 1900-1940 », in *Culture coloniale en France, De la Révolution française à nos jours*, P. Blanchard, S. Lemaire, et N. Bancel (dir.), Paris, CNRS, 2008, p. 219-229, p. 224.

¹²⁰ J. Fremigacci, « La vérité sur la grande révolte de Madagascar », *L'histoire*, 2007, N°318, p. 36-43, p. 37

¹²¹ Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 150.

¹²² Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 27.

d'un discours séducteur et d'une pratique de spoliation. Le système exclut toute considération humaniste. L'exploitation, pendant le Second Empire colonial français, s'intensifie par rapport à celle du premier. Le Premier Empire ne connaît pas la révolution industrielle, la collecte des produits exotiques aux fins d'exportation est donc le mobile économique principal. La révolution industrielle a fait que la collecte soit insuffisante, il faut se donner les moyens de produire, en l'occurrence voler des terres dans les colonies et obliger ses habitants à les travailler. Mais il faut écouler les produits finis, et les colonies constituent les principaux destinataires des produits industriels métropolitains. La révolution industrielle multiplie les besoins en matières premières. Les colonies sont les débouchés des produits finis.

109. Dans les colonies, cette augmentation du besoin métropolitain rend l'asservissement plus dur de deux manières. Il est extensif à travers l'augmentation superficielle des territoires accaparés. Il est également intensif dans l'augmentation du degré de contrainte sur les indigènes. Fremigacci avance, dans ce sens, les « tares structurelles du système colonial » à Madagascar en citant « le travail forcé, le code de l'indigénat, la justice indigène (confiée aux administrateurs qui cumulent et confondent les pouvoirs) et enfin le racisme de contact colonial au quotidien¹²³ ». L'histoire coloniale regorge de « monuments du racisme d'État¹²⁴ », institués dans la législation coloniale, dérogatoire dans son mode d'implémentation mais surtout dérogatoire dans sa substance par rapport au droit métropolitain.

110. En effet, en vertu du principe de la spécialité législative, « les lois métropolitaines ne [s'étendent] pas de plein droit aux colonies qui [sont] régies par une législation propre¹²⁵ ». Autrement dit, « la législation adoptée pour la métropole n'était pas applicable dans les colonies, ou plutôt ne l'était qu'après mention expresse faite par le législateur ou décision de l'exécutif¹²⁶ ». La spécialité de production législative est consacrée à travers le régime des décrets. En premier, il permet au Président de la République et au premier administrateur colonial, le gouverneur général, de filtrer la législation en ce qui concerne leur applicabilité dans les colonies. « N'étant obligé par aucun délai, le gouverneur disposait de pouvoirs immenses, relayés sur place par les administrateurs coloniaux¹²⁷ ». En second lieu, le régime des décrets leur permet de produire des réglementations qui s'écartent ostensiblement des principes juridiques métropolitains. L'on est en présence d'une « suppression du droit

¹²³Fremigacci, 2007, *op.cit.*, p. 38.

¹²⁴ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 78.

¹²⁵ P. Dareste, *Traité de droit colonial*, Paris, 1931, p. 233.

¹²⁶ V. Dimier, « La France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs*, N° 113, 2005, p. 41-54, p. 45.

¹²⁷Dimier, 2005, *op.cit.*, p. 45.

commun » dans les colonies pour y instituer un « régime intérieur¹²⁸ ». Ce régime intérieur est du ressort des administrateurs coloniaux qui, « sortes d'électrons libres¹²⁹ », peuvent s'affranchir de la législation métropolitaine et en créer une totalement nouvelle dans les colonies. La hiérarchie des normes est inversée aux colonies dans lesquelles les décrets transcendent les valeurs constitutionnelles révolutionnaires comme la liberté et l'égalité. Les décrets légifèrent sur l'organisation des pouvoirs étatiques, l'état civil ou les libertés publiques. Dans ce sens, le décret du 9 octobre 1947 légifère sur la liberté de presse et la liberté de réunion alors que les libertés publiques relèvent normalement de la compétence législative.

111. L'exceptionnalité de la législation coloniale est défendue dans « la diversité des pays où les coutumes locales prédominaient et les problèmes différaient très largement¹³⁰ ». Mais elle s'explique mieux par la différence d'objectifs à atteindre et des ordres publics à défendre. Les discours officiels invoquent des problèmes spécifiques aux colonies qui exigent la spécificité législative. En réalité, les lois dans les colonies permettent et favorisent l'exploitation des colonies alors que les lois métropolitaines défendent la paix sociale et l'épanouissement individuel. L'ordre public colonial est la sujétion tandis que l'ordre public métropolitain tend à la coexistence pacifique des libertés dans l'égalité.

112. Toutefois, les problèmes découlent plus de la difficulté de gérer la résistance née de l'instinct de survie des indigènes que des diversités culturelles. D'ailleurs, les décennies de cohabitation entre la population européenne et la population autochtones, qui ont façonné un métissage des cultures en présence, n'ont pas conduit à une réduction des différences entre la législation métropolitaine et la législation coloniale. De ce fait, la spécificité législative n'est ni une mesure temporaire, ni un écart marginal destiné à s'estomper au fur et à mesure de l'évolution de la mission civilisatrice. « Dérogatoire et discriminatoire, le droit colonial l'est au contraire par essence puisqu'il est systématiquement soustrait au principe de la Déclaration du 26 août 1789 relatif à la généralité de la loi sans laquelle il n'est plus d'égalité¹³¹ ». Pour Madagascar, ce principe est consacré par l'article 38 du décret du 9 juin 1896 qui énonçait que « Seront promulguées, selon les formes prescrites, les dispositions des lois et codes français, qui sont rendues applicables à Madagascar et dépendances ».

¹²⁸ P. Viollet, *Les illégalités et les crimes du Congo*, Paris, Cujas, 1905, p. 15.

¹²⁹ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 192.

¹³⁰ Ortolland, 2003, *op.cit.*, p. 678.

¹³¹ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 14.

113. Le régime des décrets a pour principale conséquence la surproduction des normes en milieu colonial. Cette surproduction normative rend vaine toute coordination de leurs mises en œuvre. Elle rend dérisoire les tentatives de contrôle de leur application. Dans ce « désordre de décrets », virant en une véritable « anarchie juridique » se dessine « cet ordre singulier¹³² » du pouvoir d'un gouverneur devenu « monarque absolu¹³³ » et « empereur sans sceptre¹³⁴ ». Les gouverneurs, garants et gardiens de l'ordre colonial, s'emploient à agencer un arsenal juridique d'asservissement des colonies dont ils ont la charge.

114. La pièce maîtresse de cet arsenal législatif d'asservissement est le Code de l'indigénat. La lettre législative n'institue pas un « Code de l'indigénat » mais plutôt un ou plusieurs textes réglementaires, de portée pénale, spécifiques aux indigènes. La dénomination de « code » est attribuée dans la littérature parce que le régime institué était « le successeur républicain du Code noir » du premier empire colonial français dont l'objet était « de placer les colonisés, sujets de la République française (...) sous la dépendance directe des administrateurs coloniaux¹³⁵ ». La dénomination se justifie également en considération de la pluralité des textes en question, constituant dans l'ensemble un véritable Code. Dans la doctrine coloniale, ce Code est utile compte tenu de la nature indigène qui exige une rigueur, « une surveillance spéciale » à travers « un régime pénal et même un régime disciplinaire particuliers¹³⁶ ». L'habileté coloniale de mettre l'ensemble de l'arsenal de discrimination sur le compte de la race des colonisés se vérifie toujours. Selon Girault, ce code qui paraît « monstrueux » aux yeux d'un français est « naturel » pour l'indigène¹³⁷. La race excuse l'exception juridique de sujétion et d'oppression.

115. Le premier Code de l'indigénat, consistant en un seul arrêté citant 27 infractions, est conçu pour l'Algérie. Il date du 9 février 1875. Il renvoie au code pénal français en ce qui concerne les peines. « Il a servi de matrice à partir de laquelle d'autres Codes du même type furent élaborés puis appliqués¹³⁸ » dans les autres colonies. Ce Code de l'indigénat algérien reçoit une extension d'application à Madagascar par les décrets du 13 novembre 1899 et du 7 juillet 1901. L'arrêté du 3 décembre 1901 reprend la majorité des infractions du Code algérien

¹³² Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 26 et p. 25.

¹³³ R. Doucet, *Commentaires sur la colonisation*, Paris, Larose, 1926, p. 64 et p. 65.

¹³⁴ W. B. Cohen, *Empereurs sans sceptre. Histoire des administrateurs de la France d'outre-mer et de l'École coloniale*, trad. de L. De Lasseps et de C. Garnier, Paris, Berger-Levrault, 1973, p. 94.

¹³⁵ Présentation de J.-P. Aubert, Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 5-6.

¹³⁶ L. Blévis, *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie 1865-1947 : une exception républicaine ?* Thèse en science politique, IEP d'Aix-en-Provence, 2004, p. 412.

¹³⁷ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Larose, 1895, p. 304.

¹³⁸ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 34.

et institue quinze nouvelles infractions. Désormais, 42 infractions sont punissables de sanctions allant jusqu'à 15 jours d'emprisonnement et 100 francs, au titre d'infractions spéciales à l'indigénat, sans que le décret d'extension d'application de l'arrêté algérien sur l'île soit explicitement abrogé. L'arrêté du 30 octobre 1904 opère un léger revirement en restituant quelques infractions vers la compétence des tribunaux de droit commun. Le décret du 22 février 1909 relatif à la répression disciplinaire des infractions commises par les indigènes à Madagascar reprend des infractions du Code de l'indigénat algérien. Le Code malgache comprend le code algérien et les deux décrets portant son extension d'application à Madagascar, deux arrêtés gubernatoriaux malgaches et un décret. Avec le décret du 15 novembre 1924, le seul qui a expressément abrogé tous les textes antérieurs, les peines indigènes deviennent des « sanctions de police administrative » mais la possibilité de la peine d'emprisonnement demeure, bien qu'elle soit réduite à un maximum de cinq jours. L'arrêté du 1^{er} mai 1925 réduit les quarante-deux infractions de l'arrêté de 1901 à dix-sept infractions. L'arrêté du 12 février 1937 les ramène à cinq infractions.

116. L'indigénat est un régime juridique dérogatoire, « absolument en marge¹³⁹ » mais surtout « une violation manifeste¹⁴⁰ » des principes reconnus en Métropole surtout ceux relatifs aux droits de l'Homme. Il est dérogatoire sur trois points : la compétence administrative, le contenu pénal et enfin la cible indigène. La compétence administrative, en premier lieu, est manifeste sur deux aspects. En Métropole, le principe de légalité des délits et des peines est consacré. Contrairement à cela, le Code de l'indigénat et les sanctions y afférentes sont produites par l'Administration coloniale. Dans sa mise en œuvre, le code de l'indigénat est de la compétence exclusive de l'administration. L'imprécision volontaire des éléments constitutifs de ces infractions laisse, d'ailleurs, aux autorités administratives une latitude d'interprétation extensive.

117. En second lieu, le régime d'indigénat est pénal en ce qu'il prévoit l'enfermement et l'amende. « Le statut pénal des indigènes est (...) plus sévère que le statut métropolitain¹⁴¹ » en raison de ce Code. Le régime est également spécifique puisqu'il réprime plusieurs agissements passifs, des infractions d'omission, alors que l'acte pénal est en principe un acte de commission. Ces infractions d'omission de l'indigénat sont constituées, du point de vue de

¹³⁹ E. Larcher et G. Rectenwald, *Traité élémentaire de la législation algérienne*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, Tome 2, p. 477.

¹⁴⁰ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 12.

¹⁴¹ M. Devèze, *La France d'outre-mer. De l'empire colonial à l'Union française, 1938-1947*, Paris, Hachette, 1948, p. 11.

l'élément moral, par simple négligence. Il s'agit, en outre, d'une exception puisque les infractions d'omission du droit commun, notamment celle de la non-assistance d'une personne en péril ou celle de la non-dénonciation de crime requièrent l'élément moral intentionnel pour être constituées. Certaines infractions sont prévues pour faciliter le recensement des indigènes, en vue de leur enrôlement dans les corvées. Ce sont notamment le défaut de déclaration d'état civil, et le défaut d'autorisation des déplacements entre les villages, et le défaut d'autorisation de construction de campement. La circulation à une heure tardive est également réprimée. « A Madagascar, un couvre-feu qui ne dit pas son nom est imposé aux autochtones. A la nuit tombée, ils doivent disposer d'une autorisation pour se déplacer¹⁴² ». Plusieurs infractions sont prévues pour assurer la soumission au colonisateur comme celle du défaut de comparution sur une simple invitation verbale. D'autres, de nature fiscale, ont un lien direct avec l'objectif de rendement financier de la colonisation. La « chasse à l'impôt » entraîne des « terribles représailles¹⁴³ » sur la population.

118. L'indigénat est qualifié de « régime disciplinaire¹⁴⁴ », de « code de police¹⁴⁵ » par l'administration coloniale. Or, un régime disciplinaire est un ensemble de règles qui régit un corps ou une organisation professionnelle, et dont la mise en œuvre est assurée par les supérieurs hiérarchiques. Dans cette confusion, les indigènes sont perçus et traités comme un corps d'ouvriers affectés à l'accomplissement de l'exploitation. « Il n'y a ni droit syndical, ni repos hebdomadaire, ni limitation de la durée de travail, ni juridictions prud'homales, aucune protection de la femme et de l'enfant, pas la moindre prescription sanitaire ou d'hygiène !¹⁴⁶ ». Ce régime disciplinaire institue les administrateurs coloniaux comme les supérieurs hiérarchiques des indigènes, fondés à les sanctionner et « parce qu'elles sont disciplinaires, ces sanctions s'appliquent en dehors de toute procédure judiciaire ¹⁴⁷ ».

119. En troisième lieu, en conséquence du contenu pénal du régime d'indigénat, le principe de l'égalité de tous devant la loi pénale est supplanté par le principe de la discrimination. Les européens qui font partie de la population coloniale n'ont pas été assujettis au Code de l'indigénat. Cette discrimination pénale confirme que la spécialité législative n'est en aucun

¹⁴² Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 8.

¹⁴³ V. Augagneur, *Erreurs et brutalités coloniales*, Paris, Montaigne, 1927, p. 158.

¹⁴⁴ Voir notamment J. Ferry, *Le Gouvernement de l'Algérie*, Paris, Armand Colin, 1892, p 11 et suivants ; Girault, 1895, *op.cit.*, p. 305 et suivants.

¹⁴⁵ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 80.

¹⁴⁶ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 44.

¹⁴⁷ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 79.

cas fondée sur des causes objectives tenant aux colonies, qui incluent une population européenne, mais des causes subjectives tenant aux indigènes.

120. Les infractions spécifiques à l'indigénat répréhensibles à Madagascar sont :

- Le défaut ou le retard de déclaration de naissance ou de décès ;
- Le défaut de comparution ou le défaut de fourniture de renseignements exacts à une autorité coloniale après la réception de convocation ou l'invitation écrite ou verbale ;
- Les actes ou les propos offensants non considérés comme des infractions dans le code pénal français ;
- Le refus de fournitures de prestations ou de vivres pour les autorités coloniales quand celles-ci le requièrent (font partie des prestations en question celle du transport consistant pour plusieurs indigènes à soulever un assemblage de planches sur lequel était assis un administrateur en déplacement ou encore celle de garde consistant à assurer la sécurité des administrateurs en déplacement) ;
- Le non-paiement d'impôt ou le défaut de déclaration d'objets imposables ;
- Les déplacements nocturnes ou hors Commune de résidence sans autorisation.

121. En conséquence, le Code de l'indigénat institue un régime répressif arbitraire. Il consacre « des pouvoirs exorbitants et arbitraires conférés au gouverneur général chargé de prononcer les peines propres aux indigènes¹⁴⁸ ». Il « fournit un moyen de répression souple, commode, rapide¹⁴⁹ ». La répression est souple car la définition des infractions par l'administrateur chargé de l'appliquer est maniable. Elle est commode car elle exclut le juge qui est protecteur des libertés individuelles. Elle est rapide parce qu'aucune procédure n'est exigée à l'administrateur.

122. Plus loin encore, le régime juridique d'indigénat est insuffisant. Il remplit l'objectif de consolidation de la domination mais cette dernière est inutile si elle n'est pas productive, en terme économique et financière. Elle ne permet l'enrichissement du dominant que sous la seule condition de pillage du dominé, lui priver ses richesses, l'utiliser dans l'extraction et l'acheminement de ces richesses pour la Métropole. « Telle une pieuvre, l'affreuse bête aux bras multiples, broyant, suçant de toutes parts la proie enlacée, l'impérialisme français pressure

¹⁴⁸ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 8.

¹⁴⁹ Girault, 1895, *op.cit.*, p. 305.

jusqu'au sang les peuples coloniaux¹⁵⁰ ». D'autres mesures attentatoires aux droits humains sont, de ce fait, mises en application.

123. En raison de son envergure nationale à Madagascar et de son caractère symbolique, en ce qu'il illustre la supercherie du discours colonial sur les droits humains, la question des travaux forcés est éclairante. « Derrière le mythe de la lutte contre l'esclavage, qui est devenu un argument de la colonisation (...), il y a la réalité du maintien de l'esclavage dans les colonies françaises¹⁵¹ ». Sarraut a justifié l'existence des travaux forcés en avançant que la nature même de l'indigène, « en général paresseux, indolent, imprévoyant » amène le colonisateur à l'obliger à travailler pour sa propre survie. « L'indigène est sous-alimenté parce qu'il ne travaille pas¹⁵² ». Le colonisateur doit l'obliger à travailler pour en assurer la pérennisation de la race. La violation de la liberté de travail, dans ce raisonnement, est un moindre mal en vue de la préservation d'un intérêt plus important qui est la survie. Juridiquement, il y a un état de nécessité.

124. Mais dans les colonies, les travaux forcés ne font pas vivre les indigènes, ils les tuent dans d'affreuses conditions. Les travailleurs sont « privés de tout pour pouvoir satisfaire leurs besoins physiques et moraux les plus élémentaires ». L'absence de législation protectrice des travailleurs, la systématisation de l'enrôlement au travail, le défaut de contrôle des traitements orchestrés portent préjudice aux indigènes, livrés au bon vouloir de l'administrateur. « Les colons, les chefs, les surveillants peuvent impunément faire trimer, affamer, battre jusqu'au sang et tuer des ouvriers, des mères et des enfants ¹⁵³ ». Dans le discours, la colonisation libère les esclaves de leurs bourreaux et des rois sanguinaires. Dans la pratique, elle a substitué les bourreaux et les rois par les administrateurs et les gouverneurs. Pour Madagascar, la loi d'annexion abolit et interdit l'esclavage. Mais « deux mois après avoir annoncé son abolition, Gallieni proclame l'obligation pour tous les malgaches de sexe masculin de donner, chaque année, cinquante journées de neuf heures de travail à l'administration¹⁵⁴ ». Le système colonial est pire que le système qu'il remplace puisque le statut d'esclaves ne concerne qu'une partie de la population malgache tandis que le statut d'indigénat est commun à toute cette population.

125. Les travaux forcés à Madagascar, initialement organisés par des administrateurs locaux, sont agencés par le gouvernorat général avec la notion de Service de Main d'Œuvre pour les

¹⁵⁰ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 19 et p. 65.

¹⁵¹ Manceron, 2003, *op.cit.*, p.204.

¹⁵² Sarraut, 1931, *op.cit.*, p.91.

¹⁵³ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 24 et p. 44.

¹⁵⁴ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 206.

Travaux d'intérêt Général, le SMOTIG en abrégé. Il est institué le 3 juin 1926 par le Gouverneur général Marcel Olivier. « Plus de dix mille malgaches, recrutés militairement chaque année, concentrés d'abord dans les camps de rassemblement puis dans les camps de travail, sont astreints pendant deux ans au travail forcé¹⁵⁵ ». Le SMOTIG est une forme de travail forcé en raison de l'obligatorité de la prestation de travail. L'acte juridique de recrutement est unilatéral, émanant seulement de l'administration. Il est également forcé en raison de la fixation unilatérale de la rémunération, d'ailleurs dérisoire, sinon, inexistante.

126. Si le SMOTIG a le mérite d'être le plus connu des travaux forcés, il l'est non pas parce qu'il s'agit de la forme la plus violente d'oppression mais parce qu'il a été savamment orchestré à l'échelle nationale¹⁵⁶. Ses réalisations sont citées par la propagande colonialiste comme les points positifs de la colonisation française à Madagascar. En 1931, Sarraut écrit sur le SMOTIG : « Depuis plusieurs années, Madagascar utilise une partie de son contingent militaire à des créations d'intérêt général, sous forme d'un corps de pionniers qui a permis de réduire considérablement la main d'œuvre prestataire, allégeant ainsi sensiblement la charge des contribuables¹⁵⁷ ». Mais s'il est incontestable que ce travail forcé réduit les dépenses publiques de rémunération, le gain n'a pas profité aux contribuables qui continuent de supporter de lourds impôts, encore moins aux travailleurs exploités.

127. La masse de travailleurs est également élargie, en plus de l'enrôlement obligatoire en application de la décision gubernatoriale, par les sanctions des infractions de mendicité et de vagabondage, de refus d'expropriation des terres aussitôt cédées à vil prix aux particuliers européens, ou des sanctions diverses en application du régime des infractions spéciales d'indigénat. « Les subalternes locaux (...), dans le cadre de leurs prérogatives destinées à réprimer les violations du Code de l'indigénat, peuvent y recourir eux aussi¹⁵⁸ ». La soustraction à l'enrôlement est également punie par la prolongation du délai de la prestation.

128. Le travail forcé est fourni à l'Administration et aux particuliers, le plus souvent des investisseurs européens dont une main d'œuvre rémunérée aurait réduit les bénéfices. Pour les travaux publics, les indigènes sont déployés dans la construction des routes, des ponts et des chemins de fer. Les tracées de ces constructions mettent en exergue l'objectif colonial de désenclavement des localités productrices des matières premières en grandes quantités,

¹⁵⁵ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 54.

¹⁵⁶ Voir J. Fremigacci, « Les chemins de fer de Madagascar (1901-1936) : une modernisation manquée », *Afrique et Histoire*, 2002, N° 6, p. 161-191, p. 180.

¹⁵⁷ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 91.

¹⁵⁸ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 144-145.

essentiellement les localités des hauts plateaux, de l'Est et du Sud-Est, de liaison entre ces villes pour faciliter les collectes, puis de l'acheminement vers le port de Tamatave. Le déploiement des travailleurs forcés n'est pas entamé pour désenclaver des zones peuplées afin de pouvoir y apporter la civilisation occidentale, il est arrangé pour accéder aux zones productrices, donc au bénéfice de l'économie métropolitaine. « Mais la main d'œuvre réquisitionnée est également fournie aux particuliers¹⁵⁹ » dans les concessions de plantations de ces matières premières. Cette affectation, en principe interdite, est pratiquée dans toutes les colonies. Le faible coût de la main d'œuvre, se résumant à l'obligation de nourrir les travailleurs et des impôts versés à l'administration en échange de leur affectation dans ces plantations, fait l'attractivité des investissements dans les colonies. D'autant que les terres à exploiter sont acquises à des prix dérisoires.

129. Enfin, en plus du code de l'indigénat et du SMOTIG, trois autres mesures de l'arsenal d'asservissement à Madagascar sont : la rapine des terres, le système d'enseignement et la censure de la presse. L'expédition coloniale étant un acte de conquête, puis d'occupation des terres conquises. « Les lois, décrets et arrêtés les plus divers consacrant l'expropriation fourmillent dans l'histoire des colonies françaises¹⁶⁰ ». Les terres de plantations sont attribuées aux investisseurs après des expropriations de leurs propriétaires locaux, que l'on astreint ensuite pour les travailler. La présomption de domanialité, qui consacre la propriété de l'État sur tous les terrains non immatriculés et ce, quelles que soient les occupations dont ils font l'objet, permettent à l'Administration de redistribuer les terres à sa guise. Le système d'immatriculation étant apporté par la colonisation, toutes les terres sont des domaines de l'État dès le début de la colonisation. « Partout la mission dévastatrice baptisée « humanitaire » de la France, laisse son empreinte : l'indigène chassé de son lopin de terre, écrasé d'impôts et de corvées ; et condamné à la famine, à des conditions de travail inhumains¹⁶¹ ». Les malgaches doivent demander leurs propres terres auprès de l'Administration coloniale pour en être inscrits légalement propriétaires, en passant par une procédure d'immatriculation longue et coûteuse. « A la date du 1^{er} janvier 1929, 13 193 français possédaient 1 534 826 Ha, tandis que 21 310 indigènes possédaient 370 907 Ha¹⁶² ». Des étrangers minoritaires amassent la richesse du pays aux dépens de la masse populaire.

¹⁵⁹ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 49.

¹⁶⁰ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 58.

¹⁶¹ A. Billard, *Des rapports politiques entre métropole et colonies*, Bruxelles, Mertens, 1903, p. 37.

¹⁶² Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 63.

130. Quant au système scolaire, il répond à l'objectif d'exploitation économique par l'asservissement de l'humain. Dans un circulaire du 5 octobre 1896, Gallieni explique qu'« il y aurait un grave inconvénient à multiplier le nombre des jeunes Malgaches auxquels une instruction étendue et l'acquisition complète de notre langue [française] enlèveraient le goût du labeur, inculqueraient des idées et des aspirations qui ne rendraient pas plus facile l'exercice de notre autorité¹⁶³ ». L'enseignement est le moyen de façonner les indigènes à son statut d'indigénat. Il est également le moyen d'inculquer le respect, et même la crainte envers le colonisateur. « Toute la politique scolaire initiée par Gallieni a été fondée sur un principe simple, jamais démenti durant l'ère coloniale : former des auxiliaires et/ou subalternes capables d'épauler les Français, mais non de les égarer¹⁶⁴ ». Le programme d'enseignement n'est pas destiné à forger des décideurs, des dirigeants ou des entrepreneurs. Il est destiné à rendre les indigènes aptes à comprendre les ordres qui leur sont donnés, à assister le colonisateur dans les travaux mécaniques et manuels. « Elle se borne presque à l'enseignement de la langue française, nécessaire pour l'exploitation de la main d'œuvre et à l'accomplissement des devoirs envers la France, envers son armée, envers ses colons et ses percepteurs d'impôts¹⁶⁵ ».

131. Enfin, les pratiques coloniales, notamment le Code de l'indigénat, les travaux forcés, le racisme et les violences d'État, revigorent les contestations incitées par la prise conflictuelle du pouvoir. Elles en déclenchent des nouvelles, plus élaborées, dans différents cercles sociaux indigènes. Au début de l'année 1913, un groupe d'intellectuels crée le mouvement « Vy Vato Sakelika (V.V.S.)¹⁶⁶ » (traduction libre : Fer, Pierre et Ramification). Ils détournent la propagande de recrutement pour la grande guerre. Alors que l'administration coloniale veut justifier l'enrôlement massif à travers l'image d'une guerre utile à l'humanité et le prestige de combattre sous la bannière française, les intellectuels et les journalistes déroutent ces discours patriotiques pour la cause indépendantiste. Ils en sont poursuivis et persécutés¹⁶⁷. D'autant que

¹⁶³ Cité par J. Rakoto, « La crise de l'enseignement supérieur à Madagascar », *Le Mois en Afrique. Revue française d'études politiques africaines*, 1971, p. 53-79.

¹⁶⁴ F. Blum, « Madagascar 1972 : l'autre indépendance. Une révolution contre les accords de coopération », *Le Mouvement Social*, 2011, N° 236, p. 61-87, p. 64.

¹⁶⁵ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 76.

¹⁶⁶ Voir notamment J. Randrimandimby Ravoahangy Andrianavalona. *La V.V.S., Contribution à l'étude sur l'origine du nationalisme malgache*, Paris, Ronéo, 1978, 451 p.

¹⁶⁷ Faratiana Esoavelomandroso, « La Grande Guerre vue d'outre-mer : français et patriotisme malgache », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 73, n°271, 1986, p. 129-141, p.138 : « Les journalistes profitent de l'appel lancé en faveur d'une guerre qui n'est pas celle de la France, mais de l'humanité, pour inviter leurs compatriotes à se battre pour Madagascar. Patriotisme français et patriotisme malgache ne sont pas contradictoires, puisqu'on défend une même cause. Aussi le jeune Malgache « s'efforcera-t-il d'aimer la France et de chérir Madagascar » (*Fitarikandro*, 8 octobre 1915). Un écrivain encourage ses compatriotes à se présenter là où le devoir les appelle : en France, aux Dardanelles... ou à Madagascar (*Fitarikandro*, 10 décembre 1915). D'autres, plus hardis, se déclarent prêts à verser leur sang pour Madagascar, patrie assiégée, menacée de pillage et d'anéantissement

« la liberté de la presse » a cessé « d'être un droit pour n'être plus qu'une tolérance variable soumise à des multiples considérations d'opportunités ». « Au nom de la défense de l'ordre public colonial, l'arbitraire et la censure deviennent aussi la règle¹⁶⁸ ». Le décret supprimant la liberté de la presse pour l'Indochine, rendu le 30 décembre 1898, reçoit une extension d'application par voie de décret du 16 février 1901 pour Madagascar¹⁶⁹. La censure de la presse, surtout des écrits des journalistes indépendantistes, est un élément important de l'asservissement. Asservir, c'est réduire à l'état d'animal, inapte à avoir une opinion, à penser et à discuter. Or, la presse est une manifestation de la liberté d'opinion et de pensée, de la liberté de partager ses opinions. La presse incite la population à réfléchir et à débattre des affaires publiques. Il faut la bâillonner et sanctionner les journalistes qui s'offrent ces libertés dans un contexte où elles ne sont pas envisageables.

132. A l'inégalité des races correspond l'asservissement car « la liberté n'est qu'une forme et une manifestation de l'égalité¹⁷⁰ ». Cet asservissement est organisé à travers un arsenal juridique composé de plusieurs mécanismes injustes, qui font pourtant l'ordinaire du quotidien colonial. « Des rapports de domination et de soumission qui transforment l'homme colonisateur en pion, en adjudant, en garde-chiourme, en chicote et l'homme indigène en instrument de production¹⁷¹ » sont établis dans toutes les colonies.

Paragraphe 2. L'asservissement pendant l'Union française

133. Avant la seconde Guerre mondiale, l'Europe a besoin de ses colonies pour ravitailler son économie. Les matières premières des industries qui sont les nerfs de son économie proviennent des colonies. « Mais si la colonisation fournit, elle absorbe au même degré, également vital pour l'Europe. (...) Cette dernière a besoin, pour écouler sa production, des vastes marchés extérieurs qu'elle a dans ses colonies, ou qu'elle obtient à côté, par leur intermédiaire et leur voisinage¹⁷² ». L'Europe a progressivement tissé une dépendance vis-à-vis des colonies qui sont devenues les greniers de matières premières, sa réserve de main

(*Fitarikandro*, 12 octobre 1915). Ce dernier article, intitulé « Hatramin'ny aiko » (« Jusqu'au sacrifice de ma vie »), fait indirectement le procès de la colonisation et se termine sur une exhortation des uns et des autres à œuvrer pour le prestige de la patrie, mettant ainsi en exergue la dignité des Malgaches. (...) Le patriotisme et le nationalisme qui ont éclos et mûri dans la clandestinité s'expriment ouvertement à la faveur du contexte de guerre ».

¹⁶⁸Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 132.

¹⁶⁹Dareste, 1931, *op.cit.*, p. 349.

¹⁷⁰Billard, 1903, *op.cit.*, p. 37.

¹⁷¹Césaire, 1955, *op.cit.*, p. 19.

¹⁷²Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 146-147.

d'œuvre peu coûteuse, et les débouchés pour ses produits finis. Cette dépendance exclut l'abandon de l'asservissement.

134. La consolidation de la domination coloniale dans les années trente, découlant du bon fonctionnement du régime d'indigénat, de l'essor des sociétés commerciales métropolitaines, de l'efficacité de la censure de la presse, amène un sentiment d'accalmie de l'oppression. En réalité, ce sentiment d'accalmie découle non pas de la baisse du degré de l'oppression mais de la prévisibilité de son intensité. L'indigène connaît désormais l'asservissement qui l'attend dès l'enrôlement pour les travaux « d'intérêt général ». La systématisation règlementaire de ces travaux a permis une aisance à invoquer ces pratiques, en avançant même des arguments officiels pour leur légitimation.

135. Cet ordre colonial devient de plus en plus oppressif avec la deuxième guerre mondiale. Avant la Guerre, l'indigène connaît les sanctions qui lui seront infligées en cas d'atteinte à l'ordre colonial. La guerre a accentué le caractère déraisonnable des exigences. « Les prestations sont doublées. Le régime d'indigénat est renforcé. Sans cesse sont réclamés de nouveaux approvisionnements¹⁷³ ». Le financement de la guerre bouleverse les données budgétaires. Le budget alloué aux colonies, non prioritaire, est réduit. Cette réduction oblige les administrateurs à augmenter la pression fiscale pour continuer à faire tourner la machine coloniale. Les approvisionnements vers la métropole doivent être plus conséquents. La fréquence d'exportation des produits doit s'intensifier. « L'application en 1939 de la loi de 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre permet un retour en force de la réquisition de main-d'œuvre¹⁷⁴ ». Il faut exploiter davantage les indigènes, pour répondre aux besoins de la Métropole. « Tout le climat d'exception, de mesures arbitraires, d'oppression qui avait prévalu au début de l'occupation française ressurgit¹⁷⁵ ». L'organisation établie quelques années auparavant, qui a permis la prévisibilité de l'oppression, et donc une relative sécurité se trouve bouleversée.

136. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les mouvements indépendantistes se développent. Le colonisateur est obligé de s'adapter, ou plutôt d'adapter son discours, pour préserver l'entreprise coloniale. « L'utopie de l'Union ou de la Communauté, un Commonwealth à la française, aura vécu : les anciennes colonies auront avec l'ancienne

¹⁷³Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 122.

¹⁷⁴Fremigacci, 2007, *op.cit.*, p. 38.

¹⁷⁵Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 123.

métropole des rapports d'une autre nature¹⁷⁶ ». Le colonialisme par association prend de ce fait, fin en 1946 avec les décrets du 22 décembre 1945 et 20 février 1946 qui suppriment l'indigénat. La loi du 11 avril 1946 formalise l'interdiction absolue du travail forcé dans les territoires d'outre-mer. La Constitution du 27 octobre 1946 institue l'Union française et attribue à Madagascar le statut du territoire d'outre-mer et non plus de colonie. Il s'agit d'une assimilation dans laquelle « le territoire d'outre-mer n'est que le prolongement de la métropole (...) un seul et même régime politique, (...) un seul et même statut juridique¹⁷⁷ », du moins en théorie.

137. En réalité, la France opère, non un abandon de la colonisation, mais un changement de régime du colonialisme par association vers le colonialisme par assimilation. Les ressortissants des États colonisés accèdent à la citoyenneté de l'Union française. Deux types de citoyenneté coexistent, « une citoyenneté de l'Union française commune à l'ensemble des ressortissants de l'Union se superposant à la citoyenneté française proprement dite, mais dont le contenu restait flou¹⁷⁸ ». Dans son analyse, Luchaire explique d'ailleurs à quel point l'assimilation est volontairement limitée. « On peut vouloir assimiler la colonie à la Métropole, la société locale à la société métropolitaine, en se gardant bien d'assimiler l'indigène à l'euro péen¹⁷⁹ ». De ce fait, dans les documents officiels, l'indigène devient désormais l'autochtone sans que son statut ait reçu une évolution conséquente.

138. L'égalité entre le colonisateur et l'autochtone, comme celle entre le colonisateur et l'indigène, est inenvisageable. La liberté des autochtones, dénomination de la population native des colonies sous l'Union française, l'est tout autant. L'entretien des colonies et le maintien de la colonisation sont couteux : paiement des fonctionnaires, des militaires, fonctionnement administratif ... Le colonisateur n'a aucun intérêt à faire de l'indigène son égal. Coloniser, c'est investir. Par ailleurs, le contexte financier métropolitain d'après-guerre ne permettait pas d'envisager la fin de l'entreprise coloniale. Le rapatriement et la réintégration en Métropole des fonctionnaires français déployés en colonies auraient causé des problèmes majeurs, d'ordre financier et logistique.

¹⁷⁶ G. G. Marion, « L'outre-mer français : de la domination à la reconnaissance », *Pouvoirs*, 2005, N°113, p. 23-40, p. 39.

¹⁷⁷ J. Fremigacci, « L'État colonial français, du discours mythique aux réalités (1880-1940), Matériaux pour l'histoire de notre temps », *Colonisations en Afrique*, 1993, N°32-33, p. 27-35, p. 27.

¹⁷⁸ Dimier, 2005, *op.cit.*, p. 41.

¹⁷⁹ F. Luchaire, *Manuel de droit d'outre-mer*, Paris, Sirey, 1949, p. 31.

139. De ce fait, la nouvelle Constitution se veut innovatrice. Mais la duperie reste. La théorie d'une « Union française » a remplacé celle de la hiérarchie des races, mais l'objectif de l'exploitation demeure et les pratiques pour l'atteindre s'intensifient. Le décalage entre le discours et la pratique s'élargit même puisque si la théorie de la hiérarchie des races défend une inégalité prétendument naturelle qui est à l'origine de l'exploitation, celle de l'Union française, « un replâtrage de l'empire colonial¹⁸⁰ », avance désormais une égalité et la fin des travaux forcés, sans que les pratiques avant son avènement soient abandonnées.

140. Tandis que l'association permet la survie de l'identité du colonisé, certes dans des conditions qui lui sont désavantageuses, l'assimilation dilue cette identité. L'association reste envisageable dans une coexistence pyramidale des normes et institutions. Contrairement à cela, « l'assimilation revêt un caractère d'oppression (...) : il s'agit d'imposer outre-mer un ordre politique et juridique qui garantit la prééminence des intérêts de la métropole souveraine¹⁸¹ ». Elle reste une fiction du fait de l'impossibilité pour une population de se plier à un régime politique et juridique totalement étranger au sien. Le lien vertical d'oppression, indispensable dans la relation coloniale, et la répression des insurrections qu'elle suscite, exclut toute éventualité de transposition paisible des institutions.

141. Dans ce sens, au niveau institutionnel, les principaux organes de l'Union, dans lesquels figurent des représentants des territoires d'outre-mer, ne disposent d'aucun pouvoir de décision. « Les organes d'ensemble, comme le Haut Conseil de l'Union française et l'Assemblée de l'Union française, n'ont guère d'influence sur les processus de décision en matière politique d'outre-mer¹⁸² ». Les décisions importantes sont prises au niveau du parlement français. L'inégalité est maintenue au sein même des institutions qui entretiennent la hiérarchie de l'organisation coloniale.

142. Au niveau politique, la Constitution de 1946 n'apporte aucun changement. Le représentant du gouvernement français dans les territoires d'outre-mer, le Haut-commissaire, dispose d'autant de pouvoirs que le gouverneur général. Contrairement au projet de Constitution rejeté en mai 1946, « la Constitution du 27 octobre 1946 revenait au principe de la spécialité législative¹⁸³ » en vertu duquel le Haut-Commissaire dispose de la faculté de promulguer les lois métropolitaines dans la colonie où il officie, acte sans lequel ces lois restent

¹⁸⁰Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 129.

¹⁸¹Fremigacci, 1993, *op.cit.*, p. 27.

¹⁸²J. Frémeaux, « L'Union française, le rêve d'une France unie (1946-1960) », in *Culture coloniale en France, De la Révolution française à nos jours*, *op.cit.*, p. 401-409, p. 409.

¹⁸³Bardonnet, 1966, *op.cit.*, p. 610.

inapplicables sur ce territoire. Le juge se positionne dans cette optique de continuité en statuant que « la Constitution [de 1946] ne peut avoir pour effet de porter atteinte au statut individuel des habitants de Madagascar, aux lois et usages et institutions locales que le Gouvernement de la République s'est engagés à respecter¹⁸⁴ ». L'assimilation législative n'est donc ni totale, en ce que chaque loi doit faire l'objet d'acte juridique d'intégration comme sous la loi d'annexion, ni immédiate puisqu'aucun délai n'est imposé aux autorités exécutives et administratives pour ce faire.

143. Sur la protection des travailleurs, « il fallut attendre la loi du 15 décembre 1952 pour que les dispositions du code de travail soient enfin étendues (...) à Madagascar¹⁸⁵ ». En matière judiciaire, « la suppression de la justice indigène, si elle a permis une nouvelle réorganisation judiciaire, l'option de la collégialité semble toujours mise de côté au détriment du juge unique considéré moins coûteux¹⁸⁶. » L'assimilation judiciaire n'a jamais été accomplie. La Constitution de 1946 conduit à l'adoption de nouvelles alternatives dans l'organisation judiciaire. Tout d'abord, l'indigence numérique est palliée par l'instauration des justices de paix à compétence correctionnelle et celles à compétence étendue, qui implique souvent des administrateurs comme juges. Ensuite, elle est résolue avec le système de sections des tribunaux, une entorse au principe d'inamovibilité des juges consacrée par la Constitution de 1946. En effet, dans le système de sections, « si le magistrat est nommé dans un tribunal, il n'est pas forcément maintenu dans le ressort géographique du tribunal où il siège ; il peut se voir affecté à l'une quelconque de ses sections¹⁸⁷ ». Le principe d'inamovibilité est contourné.

144. La période d'après-guerre s'inscrit, de ce fait, dans la continuité des pratiques de l'oppression des peuples coloniaux afin de permettre une exploitation économique à outrance. L'unification législative n'est pas effective, elle est contraire aux exigences pratiques de la surexploitation. « Malgré l'interdiction de la loi, la pratique des sanctions pénales indigènes et du travail forcé demeure la règle ». Les besoins de la reconstruction de la métropole complètement ravagée par la guerre pèsent sur les territoires occupés. « Exploité, révolté,

¹⁸⁴CA, 26 janvier 1949, Penant, 1950, note Lampué cité par F.A. Razafindratsima, « Le magistrat français au carrefour de deux systèmes juridiques : un double rôle dans la distribution de la justice à Madagascar », *ClioThémis*, 2011, N°4, p. 1-23, p. 9.

¹⁸⁵ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 149.

¹⁸⁶Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 168-169.

¹⁸⁷Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 201.

impatient de recouvrer son indépendance, sans illusion sur le miracle de l'Union française, tel apparait le peuple malgache au lendemain de la guerre¹⁸⁸ ».

145. Parallèlement, l'invasion anglaise en 1942, facilitée par la population malgache qui voit une occasion de se débarrasser des français, révèle la sous-administration qui affecte Madagascar. Le retrait des troupes anglaises démontre la puissance de la France mais il manifeste également la fragilité du régime colonial aux malgaches, la possibilité de se défaire de l'occupation, ou du moins, de tenter de s'en défaire. « C'est ainsi que se développèrent, dès le début du XXe siècle, des organisations anticoloniales qui se constituèrent en partis après la seconde guerre mondiale¹⁸⁹ ». En 1946, la disparition brusque des autorités et institutions indigènes du paysage administratif induit l'impératif de renforcement d'effectif au sein des institutions françaises. Mais l'envoi coûteux d'administrateurs vers les colonies, dont Madagascar, n'est pas une priorité au lendemain de la guerre. La sous-administration en est aggravée. Elle se répercute en une escalade de violences par une administration plus oppressive. Le faible rapport numérique est compensé par le recours à la force pour maintenir l'asservissement.

146. Enfin, pour Madagascar, les violences pendant l'Union française s'apprécient surtout dans la répression du mouvement insurrectionnel qui a commencé la nuit du 29 au 30 mars 1947 et a duré vingt mois. « De 1947 à 1950 où, successivement De Coppet et De Chevigné sont hauts-commissaires, ces luttes [indépendantistes] se situent dans le cadre d'une politique coloniale de répression sans merci qui crée une ambiance de terreur dans toute l'île ¹⁹⁰ ». La répression est encore justifiée en référence à l'humanisme et à l'universalisme avancés comme les fondements de l'acte de colonisation. « La République coloniale étant l'incarnation de valeurs éthiques universelles, les colonisés en se révoltant sont responsables d'un crime, car ils cherchent à faire valoir un particulier (leurs demandes, leurs revendications) contre l'universel¹⁹¹ ». La responsabilité de la violence de la répression des mouvements indépendantistes incombe aux indigènes.

147. L'insurrection malgache de 1947-1948 entraîne le déploiement de tous les moyens, militaires et juridiques, du colonisateur dans une répression, sanglante et généralisée, pour la

¹⁸⁸Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 130.

¹⁸⁹ M. Razafindrakoto, F. Roubaud et J.-M. Wachsberger, « Élitisme, pouvoir et régulation à Madagascar », *Afrique contemporaine*, 2014/3, N° 251, p. 25-50, p. 30.

¹⁹⁰ L. Rabearimanana, « Politique coloniale et nationalisme à Madagascar au lendemain de l'insurrection de 1947 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1986, t. 73, N°271, p. 167-186, p. 167.

¹⁹¹Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 157.

défense de l'ordre colonial d'asservissement. Tout d'abord, l'insurrection déclenchée est l'œuvre de deux sociétés secrètes, le « Jina » et le « PA.NA.MA. » créées au début des années quarante. La plupart de leurs membres sont également affiliés au Mouvement Démocratique de la Rénovation Malgache (MDRM), parti politique créé en 1946 en vue des élections des députés malgaches auprès des institutions françaises, notamment auprès de l'assemblée constituante au lendemain de la seconde Guerre mondiale. Toutefois, ce sont les membres du MDRM, dont certains sont étrangers aux faits, qui seront chassés, persécutés et tués pendant les mois d'insurrection. Ils sont désignés coupables par les administrateurs coloniaux avant même l'insurrection dans les communications qu'ils faisaient parvenir au gouverneur général¹⁹².

148. L'administration coloniale, dont « les moyens militaires (...) sont à peine suffisants pour assurer son autodéfense¹⁹³ » au début du mouvement¹⁹⁴, recourt à des mises en scène atroces, souvent en dehors de toute procédure judiciaire. « Aux colonies, la torture n'est jamais une exception. A Madagascar, en Tunisie, en Guyane, aux Antilles, en Nouvelle-Calédonie, à La Réunion, au Maroc, en Afrique (Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée...), en Indochine, on voit l'armée, la police et les colons s'illustrer dans la sauvagerie qu'ils attribuent si facilement aux indigènes¹⁹⁵ ». La torture est un moyen d'asseoir la domination. Et dans le contexte insurrectionnel, elle est un moyen de la restaurer. Il faut faire admettre à l'indigène, dans sa conscience, et lui faire assimiler, dans sa subconscience, qu'il doit obéissance à son maître qui est le colonisateur.

149. « La stupéfaction des populations européennes devant le soulèvement d'une population dite « passive », leur peur aggravée par le récit amplifié, déformé, des atrocités commises par les insurgés entraînent une colère aveugle puis une répression féroce qui fait des dizaines de milliers de morts. Les malgaches arrêtés sont soumis à la torture. (...) Villages incendiés et rasés, exécutions sommaires, prisonniers chargés dans un avion puis lâchés vivants au-dessus

¹⁹² Voir notamment Tronchon, 1986, *op.cit.* ; Fremigacci, 2007, *op.cit.*

¹⁹³ Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 59.

¹⁹⁴ L'administration coloniale a bénéficié, dans les semaines qui suivent le début du mouvement, de renforts militaires considérables immédiatement affectés à la pacification, autrement dit, à la répression. Il s'agit notamment des renforts « en provenance de Djibouti : une compagnie de parachutistes et une compagnie de tirailleurs sénégalais » en avril 1947, « deux bataillons de tirailleurs sénégalais » et « un bataillon de la légion étrangère » en mai et juin, « de nouveaux bataillons de tirailleurs sénégalais, nord-africains, et des éléments blindés de reconnaissance » en juillet et août. « Parallèlement, les moyens de l'aviation militaire et de la marine de guerre ont été décuplés. Insensiblement, et sans jamais l'avouer officiellement, la France se trouve engagée à Madagascar dans une nouvelle guerre coloniale. (...) Le 31 décembre 1947, les troupes d'occupation ont triplé leur effectifs (près de 18 000 hommes) par rapport au mois de mars¹⁹⁴ ». L'augmentation des moyens militaires a permis l'augmentation de la répression.

¹⁹⁵ Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 158.

des villages insurgés, tortures ; les troupes coloniales réinventent la guerre totale, la terreur révolutionnaire, la mise au pas d'un peuple¹⁹⁶ ». L'épisode insurrectionnel met en lumière les pratiques quotidiennes de violences coloniales qui se sont trouvées amplifiées pour contenir les mouvements indigènes. « La guerre psychologique est orchestrée de manière systématique », « alarmes des sirènes, couvre-feu à respecter, rationnement », « incendies de villages (...), obligation faite à beaucoup de familles malgaches de prêter leurs filles aux militaires », et « la hantise des rafles policières périodiques¹⁹⁷ ». De ce fait, « le traumatisme¹⁹⁸ ne provient pas de l'étendue des pertes, mais en premier lieu de la façon dont le sang a été versé¹⁹⁹ ».

150. Ces pratiques ne sont cependant pas exceptionnelles de l'épisode insurrectionnel. Elles ont été amplifiées pendant cette période, dans l'échelle de leur organisation et dans le nombre des victimes, mais l'insurrection ne les a pas générées. « La torture, de ce point de vue, peut être considérée comme un acte « normal » dans un système « anormal » ...et non l'inverse. (...) L'humiliation physique et morale, la violence, l'usage de la force sont intimement liés à la colonisation²⁰⁰ ». L'Union française conserve dans la pratique, l'inégalité des races et l'asservissement, caractéristiques de l'occupation coloniale.

151. Il y a lieu, enfin, de revoir la position de la théorie de la mission civilisatrice sur ces mouvements insurrectionnels. Albert Sarraut avance dans sa théorie de « réveil des races » que les mouvements indépendantistes sont inhérents à cette mission, « la servitude de sa grandeur », et même au-delà, la preuve de son accomplissement. Selon lui, la mission inculque à l'indigène la conscience de ses droits et quand la mission est menée à terme, « s'emparant des secrets du maître étranger, il en ferait à son tour l'instrument de sa propre force, le levier

¹⁹⁶Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 158.

¹⁹⁷Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 63, p. 76, et p. 79.

¹⁹⁸ Dans ce traumatisme populaire, il faut certainement relever « l'affaire du train de Moramanga » : « Le chef de district d'Ambatondrazaka fait procéder à des arrestations massives. Le 5 mai avant l'aube, 166 otages sont transférés à la gare et enfermés dans trois wagons plombés, affectés d'ordinaire au transport des bestiaux. Le convoi s'ébranle et arrive au début de l'après-midi en gare de Moramanga. Vers minuit, sous prétexte que des insurgés s'apprentent à délivrer les otages, les militaires de garde reçoivent l'ordre de faire feu sur le train. Plusieurs personnes de Moramanga sont réveillées en sursaut par le crépitement des mitraillettes et le vacarme du canon. Les 71 rescapés de cette tuerie sont aussitôt transférés à la prison de Moramanga où pendant deux jours, ils sont soumis à la question. Reconduits à nouveaux dans les wagons, et laissé sans nourritures, ils en sont extirpés définitivement le jeudi 8 mai dans l'après-midi pour être conduits vers un peloton d'exécution. L'appel des condamnés se fait en présence de plusieurs personnalités civiles et militaires. L'ordre d'exécution est signé du Général Casseville [Chef du Haut-commandement militaire français à Madagascar]. Séparés en trois groupes, les otages sont aussitôt abattus sur le bord du charnier où s'empilent leurs cadavres ». Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 77.

¹⁹⁹Fremigacci, 2007, *op.cit.*, p. 43.

²⁰⁰Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 20.

de son indépendance ». De ce fait, « l'entreprise de civilisation, dans ses créations mêmes, forge le fer qui se tournera contre elle ²⁰¹ ».

152. Mais il en est autrement. Les mouvements indépendantistes ne sont pas nés de la réussite de la mission civilisatrice. S'ils sont effectivement nés de la conscience des droits chez les peuples autochtones, il s'agit de la conscience, non pas de leur existence comme l'avance Sarraut, mais de leur violation par les colonisateurs. Les insurrections rentrent, non pas dans la logique de la mission civilisatrice, mais dans la logique réactionnaire aux traitements inhumains à l'annihilation de la liberté des indigènes, à l'atteinte à leur dignité humaine.

²⁰¹ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 11, p. 126, p. 7-8.

CONCLUSION DU CHAPITRE

153. Une circulaire ministérielle du 13 décembre 1878 résume les contradictions du milieu colonial : « Nous devons nous efforcer de faire triompher nos idées de justice et de civilisation, mais non de manière à rendre impossibles les rapports avantageux que nous avons eu tant de peine à établir entre nos comptoirs et les indigènes²⁰² ». Entre les efforts d'hypothétique insertion sociale des droits de l'Homme et la pérennisation des rapports avantageux, déjà bien réels, le choix du colonisateur est évident. La conquête, la conservation et la consolidation de ces rapports avantageux sont accomplies dans la domination et non dans l'humanisme. La violence est qualifiée d'ailleurs comme « une obligation fatale, une nécessité inéluctable et (...) le fondement du droit lui-même²⁰³ » dans l'entreprise coloniale. L'invariable de la colonisation est l'exploitation par l'asservissement, d'abord structurelle et proactive pour servir le dessein d'occupation, puis réactive, moins organisée mais plus intense, en répression des contestations que la première suscite. « La fameuse civilisation tant vantée, que la France aurait apportée aux habitants de ses colonies, n'est donc rien d'autre que la misère la plus cruelle, sous toutes ses formes, physiques et morales, l'oppression la plus sanglante²⁰⁴ ».

²⁰² Citée par Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 151.

²⁰³ Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 32.

²⁰⁴ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 24.

Chapitre 2. La justice coloniale : l'ordre par le désordre

154. Le moyen le plus usité pour subtiliser le pouvoir répressif est de soumettre l'appareil judiciaire. Tel est le cas en France à la fin du dix-huitième siècle quand, après des décennies de puissance et d'abus, la Justice est dépouillée de son pouvoir au profit des autorités législatives.

155. La Révolution française a réduit le juge au profit de la loi, « Elle avait (...) brisé le séculaire État de justice, détruit toute magistrature (...). La Révolution française, c'est le rêve d'un bonheur collectif sans justice médiatrice ». Les magistrats sont remplacés par des citoyens élus, appelés à constituer un jury qui change avec l'affaire à juger. Ensuite, au début du dix-neuvième siècle, Napoléon « trahit » la révolution. « Plus d'élections. Un semblant de jury. La faculté de juger est ôtée aux citoyens, confiée à une magistrature d'État, à des professionnels (...) enrégimentés, (...) des « officiers », inscrits dans un « ordre », soumis à une hiérarchie. Le pouvoir les décore de titres et de symboles anciens, certes, mais il leur tient la bride ²⁰⁵ ».

156. La magistrature française du dix-neuvième siècle est dépendante de l'Exécutif, chargée d'exécuter ses politiques et de n'exécuter que ses politiques. L'appareil judiciaire demeure, mais le pouvoir répressif appartient à l'Exécutif. La Justice française n'entame la reconquête de son pouvoir que vers la fin du dix-neuvième siècle. Amorcée dans les années 1880, « la républicanisation de la justice²⁰⁶ » va s'étendre sur plusieurs décennies pendant lesquelles le déséquilibre sera progressivement inversé à son profit. Le mouvement est enclenché avec « une véritable révolution judiciaire, (...) un complet bouleversement du corps, étendu sur quatre années consécutives de 1879 à 1883²⁰⁷ ». Cette révolution mène à l'adoption de la loi du 30 août 1883 qui traite particulièrement de l'inamovibilité de la magistrature, ce principe esquisse les bases du statut de la magistrature en consacrant l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

157. Le début de l'expédition coloniale à Madagascar (en 1883, année de la première guerre de conquête) coïncide avec ce début du bouleversement du rapport de forces dans le pouvoir répressif en France métropolitaine. Dans les colonies cependant, les acquis de cette révolution

²⁰⁵ J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, L'État de justice. France, XIIIème-XXème siècle II, 2012, p. 5 -58.

²⁰⁶J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2010, p. 574.

²⁰⁷ Royer, 2010, *op.cit.*, p. 677.

judiciaire sont passés sous silence. La justice coloniale s'inscrit dans la continuité de l'« enrégimentement de la justice²⁰⁸ » parce que le mouvement révolutionnaire lui-même n'est qu'à ses débuts en France et que « le colonisateur ne pouvait se désintéresser de l'organisation judiciaire des colonies (...) sans risquer d'hypothéquer son œuvre coloniale²⁰⁹ ».

158. L'objet de ce chapitre est de démontrer que la justice coloniale fait partie intégrante de l'arsenal déployé pour la réussite de l'exploitation. Comment la notion d'ordre public colonial modèle-t-elle la répartition du pouvoir répressif ? (Section 1). Comment la justice coloniale remplit-elle le rôle qui lui est attribué ? (Section 2).

159. L'intérêt de cette démonstration est d'expliquer les causes historiques des principes structurels et fonctionnels de la Justice malgache dans son ensemble. Ces principes, dont la plupart sont contraires aux exigences du droit au procès équitable, ne peuvent être inversés qu'en comprenant, au préalable, les faits qui en sont les causes.

²⁰⁸Krynen, 2012, *op.cit.*, p. 59.

²⁰⁹H. H. Mbodj, *L'organisation de la justice pénale en Afrique occidentale française. Le cas du Sénégal de 1887 à l'aube des indépendances (1887-1960)*, Université Cote d'Azur, Thèse en Droit, 2017, p. 259.

Section 1. Administrer la justice dans la colonie : coloniser la justice

160. L'affectation de la Justice à la satisfaction d'un ordre colonial discriminatoire est vite déclenchée. Les administrateurs, premiers arrivés sur les lieux, disposent cumulativement des trois pouvoirs étatiques pendant quelques années. Ils en gardent les substances pendant toute la colonisation. Les magistrats français, arrivés tardivement dans les colonies, rentrent dans ce schéma préétabli par l'administrateur qui remplit « toutes les fonctions et plus particulièrement celle de juge²¹⁰ ». Administrer la Justice dans la colonie revient à s'assurer qu'elle soit affectée au service de cet ordre, ou du moins qu'elle ne s'en écarte pas. Le gouverneur général, représentant de la République, y veille. « La séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires, qui est présentée comme un fondement de l'ordre républicain, est par conséquent, quasiment inexistante, dans les possessions coloniales²¹¹ ». Le silence des lois constitutionnelles de 1875 sur le pouvoir judiciaire favorise la modélisation des rapports de force au gré des impératifs coloniaux.

161. L'organisation judiciaire coloniale reprend les principaux attributs de la Justice française du dix-neuvième siècle, notamment la confiscation du pouvoir judiciaire par le pouvoir exécutif (paragraphe 1). Elle doit fonctionner avec les mesures prises en vue de cette confiscation, notamment l'épuration de la justice. Mais la Justice coloniale doit également composer avec le manque de moyens matériels et humains. L'épuration de la justice tout au long du dix-neuvième siècle, le contexte d'éloignement et la cherté du fonctionnement d'une colonie, se répercutent drastiquement sur son appareil judiciaire (paragraphe 2).

162. Les objectifs coloniaux n'entraînent pas seulement l'accaparement du pouvoir judiciaire par l'Exécutif, il accentue la pérennisation de cet accaparement. Les rapports initialement perçus comme conjoncturels, sont raffermis dans l'organisation politique coloniale.

²¹⁰ M. Fabre, « Le magistrat et l'Outre-mer. L'aventure de la justice », in *Le juge et l'Outre-mer : Les roches bleues de l'Empire coloniale*, B. Durand, E. Gasparini et M. Fabre (dir.), *Le juge et l'Outre-mer*, tome II, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 71-93, p. 89.

²¹¹ El Mechat, 2009, *op.cit.*, p. 16.

**Paragraphe 1. Les pouvoirs exorbitants des autorités administratives dans
l'administration de la Justice**

163. « Chaque régime utilise la justice pour protéger son système, tantôt en s'assurant de la soumission du personnel judiciaire, tantôt en sollicitant des formes politiques propres à servir ses intérêts²¹² ». Les régimes installés dans les colonies n'échappent pas à cette pratique. Les impératifs d'instauration puis de préservation de l'ordre colonial ont mené la Troisième République au maintien de l'embrigadement de la Justice. Plusieurs mécanismes législatifs et institutionnels sont mis en place pour cet objectif. Les plus importants de ces mécanismes sont l'autorité du gouverneur général sur la Justice, les pouvoirs exorbitants du procureur général sur l'ensemble du personnel judiciaire et l'amovibilité de toute la magistrature coloniale.

164. Tout d'abord, « les attributions [du gouverneur] (...) ont été inspirées de deux principes essentiels. Le premier est le principe de décentralisation, en vertu duquel l'autorité souveraine tend à donner à son mandataire une large délégation. Le second, corollaire du précédent, est le principe de l'unité d'autorité : plus la colonie, en raison de la décentralisation, se trouve soustraite à l'action directe de la Métropole, plus il est nécessaire que le représentant du pouvoir central y soit investi d'une autorité éminente et sans partage²¹³ ».

165. La délégation de pouvoirs envers le gouverneur général est nécessaire pour permettre la proximité d'administration et la promptitude de la prise des décisions. Si une grande décentralisation de l'autorité est de mise entre le Métropole et la colonie, l'inverse est nécessaire dans l'administration interne de la colonie où aucun partage de l'autorité, que ce soit horizontal à travers la séparation des pouvoirs, ou vertical à travers une décentralisation, n'est instauré. « En vue de rendre efficace des décisions économiques ou politiques qui sont essentiellement prises en faveur de la population européenne²¹⁴ », l'investiture d'un organe fort à la tête de l'exécutif et d'une administration dotée de pouvoirs bien au-delà des limites administratives offre la concentration utile du pouvoir d'action. Il faut que le gouverneur général, « gardien de l'ordre public dans la colonie²¹⁵ », puisse anéantir toutes les résistances mettant en danger cet ordre, y compris les résistances éventuelles des magistrats. Toutes les autorités administratives, judiciaires, législatives, et militaires relèvent du gouverneur, s'il n'en

²¹²Royer, 2010, *op.cit.*, p.489.

²¹³ A. You et G. Gayet, *Madagascar, colonie française 1896-1930*, Paris, Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniales, 1931.

²¹⁴Mechat, 2009, *op.cit.*, p. 15.

²¹⁵Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 281.

exerce pas le pouvoir lui-même. « Le bon tyran est aux colonies le gouvernement idéal²¹⁶ » et l'unicité du pouvoir en est la « conséquence logique et nécessaire²¹⁷ ». Le pouvoir du gouverneur doit être incontestable, il est absolu « par origine, par nature, par nécessité²¹⁸ ».

166. De ce fait, le gouverneur général dispose de larges pouvoirs, progressivement étendus à travers les décrets successifs du 11 décembre 1895, du 30 juillet 1897 puis 9 novembre 1901. Les articles 10, 37 et 38 du décret du 9 juin 1896 fixent ses attributions judiciaires. Elles relèvent de deux catégories : l'administration des juridictions (lors de la délimitation des ressorts territoriaux des tribunaux, l'établissement des calendriers d'audience et la gestion des frais de justice) et l'administration du personnel judiciaire (les affectations des magistrats à l'intérieur de la colonie, la nomination des magistrats intérimaires, la nomination des administrateurs chargés de la fonction de juger).

167. Ensuite, le décret du 5 mars 1927 applicable à toutes les colonies qui, dans son article 11 pose une interdiction d'ingérence dans les affaires judiciaires, semble baliser les pouvoirs du gouverneur. Toutefois, cette interdiction s'avère dérisoire compte tenu du fait que le gouverneur général est le supérieur hiérarchique d'un autre acteur majeur de la justice coloniale : le procureur général, « l'associé du gouverneur²¹⁹ » en matière judiciaire. « C'est le procureur général qui est chef de service et qui décide des affectations, c'est lui et le gouverneur qui donnent les notations²²⁰ ». Les attributions du procureur général confirment les pouvoirs judiciaires du gouverneur, la confusion des pouvoirs administratifs et judiciaires, « une magistrature sous tutelle²²¹ ». Par ailleurs, les fonctions de juger se confondent avec les fonctions de poursuite dans la justice coloniale.

168. En principe, « la mise en place, dans les colonies, d'une organisation judiciaire a opéré le transfert dans les territoires occupés de la distinction entre la magistrature assise et la magistrature debout, du moins au sein des juridictions de droit français, cours d'appel et tribunaux d'instance²²² ». Cependant, la perspective coloniale inverse ce principe en consacrant « la soumission de la magistrature assise au Procureur général²²³ ». Organe normalement

²¹⁶ Billard, 1903, *op.cit.*, p. 35.

²¹⁷ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 68.

²¹⁸ Harmand, 1910, *op.cit.*, p. 176.

²¹⁹ Royer, 2010, *op.cit.*, p. 837.

²²⁰ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 78.

²²¹ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 78.

²²² B. Durand, *Les justices en monde colonial*, Faculté de Droit et Science politique de l'Université de Montpellier, 2016, p. 546.

²²³ Royer, 2010, *op.cit.*, p. 827.

bicéphale, la cour d'appel doit avoir le procureur général comme chef du ministère public, en charge de la fonction de poursuite, et le premier président comme chef de la fonction de juger. Or, ce dernier poste n'existe pas dans l'organigramme judiciaire colonial. Le plus haut magistrat de siège est le président de la cour d'appel qui n'assure que des fonctions juridictionnelles et n'a aucune attribution administrative, notamment de gestion de personnel. Ce pouvoir est attribué au chef de service judiciaire qui est membre du Conseil de gouvernement colonial. Cette fonction du chef de service judiciaire, donc du chef de l'administration de la justice, est assurée par le procureur général. Ce pouvoir d'administration inclut celui de sanctionner tout magistrat, en cas de transgression de la discipline. Ce pouvoir disciplinaire est exercé avec le gouverneur. « Le procureur général propose la peine disciplinaire et le gouverneur général a le dernier mot quant à la validation²²⁴ ».

169. Fernand Geoffroy conclut que, le procureur général est le « chef hiérarchique des magistrats qui jugent, leur donne des notes, les propose pour l'avancement, les distinctions honorifiques, les mises à la retraite, les tient en un mot sous son entière dépendance²²⁵ ». Cette mainmise s'étend sur la branche française et la branche indigène de la justice coloniale. « Le procureur général, lorsqu'il n'est pas chef du service judiciaire n'assure que le contrôle disciplinaire de la justice de droit français. En revanche, s'il est le chef du service judiciaire, il a aussi directement connaissance de la justice indigène et peut exercer dès lors un contrôle permanent sur tout ce qui touche à son fonctionnement²²⁶ ». Une seconde perspective inversée est, de ce fait, vérifiable en ce qui concerne la justice coloniale, c'est « la suprématie du parquet sur le siège²²⁷ ».

170. La subordination du procureur général au gouverneur général et cette prépondérance du parquet sur le siège, assurent, en conséquence, non seulement la soumission de l'appareil judiciaire au pouvoir exécutif dans son aspect administratif mais également dans sa fonction de juger. Les magistrats peuvent être mutés « pour raisons politiques²²⁸ » sans que les raisons soient explicitées dans les décisions de mutation. « Tant du point de vue de la nomination que du point de vue de l'avancement, l'état garde un pouvoir fort qui atteste encore du caractère

²²⁴Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 162.

²²⁵F. Geoffroy, *L'organisation des colonies françaises*, Thèse en droit, Paris, 1913, p. 80.

²²⁶Durand, 2016, *op.cit.*, p. 549.

²²⁷D. Sarr, *La Cour d'appel de l'A.O.F.*, Thèse en droit, Volume 1, Montpellier, 1980, p. 115.

²²⁸P. Dareste, *Traité de droit colonial, op.cit.*, p. 400.

éminemment stratégique du magistrat colonial. La politique d'affectation complète cette stratégie²²⁹ ».

171. Enfin, en ce qui concerne les affectations, elles sont régies par l'abandon du principe de l'inamovibilité des juges. L'inamovibilité est « définie comme un privilège (...) en vertu duquel la compétence disciplinaire à leur égard est retirée à l'autorité de nomination et remise à un organisme permanent de caractère juridictionnel, entièrement composé de fonctionnaires du même cadre et jouissant de la même garantie²³⁰ ». Dans les colonies, elle est remplacée par la règle de l'amovibilité de tous les magistrats. Une troisième perspective inversée puisque si le parquet reste soumis au pouvoir exécutif en France, la loi de 1883 a consacré la sécurisation de la fonction des juges. Cette amovibilité est, par ailleurs, réitérée dans le décret du 22 août 1928 portant sur le statut de la magistrature coloniale qui ne fait qu'introduire des aménagements pour limiter l'arbitraire de l'Exécutif. Ainsi, les seuls encadrements introduits posent l'obligation de spécification du poste « par le décret qui les nomme », et l'obligation de rationaliser les déplacements à travers la systématisation de la vérification « si les circonstances et l'état des effectifs justifient et imposent le changement de poste²³¹ ».

172. En effet, l'inamovibilité est considérée comme un « obstacle au maintien de l'ordre colonial²³² », un risque à écarter « dans un pays tout d'exception où une parole indiscrete, une action imprudente, pourrait occasionner un bouleversement dont la pensée seule inspire l'épouvante et l'effroi²³³ ». La liberté de pensée et d'appréciation du magistrat, garantie par son inamovibilité, n'est pas admissible. Il est le protecteur naturel des droits et libertés individuelles alors que le régime colonial en institue des violations systématiques.

173. Les administrateurs consacrent dans l'amovibilité les moyens de s'assurer la soumission des magistrats aux impératifs de l'ordre colonial. La magistrature coloniale ne peut pas prétendre à un statut similaire à son homologue métropolitain, en tant que « bras armé de l'État colonial, qu'elle sert d'autant mieux qu'elle lui est inféodée²³⁴ ». La différenciation s'étend, non seulement entre la population européenne et la population malgache, mais également entre les magistrats exerçant en France et ceux exerçant dans les colonies. L'impossibilité du partage de l'autorité coloniale fait de la justice une administration,

²²⁹ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 78.

²³⁰R. Bourdin, *L'inamovibilité de la magistrature coloniale*, Thèse en droit, Paris, 1949, p. 17.

²³¹Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 188.

²³²Royer, 2010, *op.cit.*, p. 830.

²³³ Discours d'un gouverneur de Guadeloupe en 1830 cité par Royer, 2010, *op.cit.*, p. 813.

²³⁴ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 65.

dépendante du gouverneur général et sous la tutelle du procureur général. Tous les magistrats, dès lors, sont retenus « sous la férule sourcilleuse de l'autorité politique et administrative coloniale²³⁵ ».

Paragraphe 2. L'insuffisance des moyens octroyés à la justice pour s'administrer

174. Avec la « faiblesse démographique croissante de la métropole dans un monde colonial dominé par des populations dont le nombre ne cesse de croître, [la] dégradation de l'économie et des finances d'un État qui ne peut assumer le coût réel d'un Empire dépassant ses moyens, [la] désillusion d'avoir à constater que l'empire n'était pas l'eldorado rêvé (...) mais qu'il fallait tout de même administrer et gérer²³⁶ », munir la justice coloniale des moyens dont elle a besoin pour remplir son rôle social n'est pas une priorité.

175. L'épuration de la justice française au dix-neuvième siècle a conduit à la réduction du nombre des tribunaux et à la réduction du nombre des magistrats²³⁷. Pendant le dix-neuvième siècle, plusieurs régimes se succèdent à un rythme soutenu. « Tous, dans une atmosphère de profonde hostilité, voire de révolution, ont employé de moyens plus ou moins légitimes pour exclure les magistrats inamovibles, politiquement déplaisants, légués par les gouvernements précédents²³⁸ ». Plusieurs sessions de cette épuration judiciaire ont lieu, « vengeresse en 1815, raisonnable en 1830, prudente en 1848, limitée en 1852, implacable et contrastée fin 1870-1871, colossale et en manière de représailles en 1883²³⁹ ». Ces réductions d'effectifs enclenchées en métropole impactent la Justice coloniale dans une « indigence numérique²⁴⁰ ». Deux autres faits sont particuliers à la magistrature coloniale. « À la base, l'État ne recrute qu'un minimum de candidats, mais [elle] provient surtout de l'absentéisme qui constitue un véritable fléau pour la justice coloniale²⁴¹ ». L'absentéisme résulte de la précarité des conditions

²³⁵ Durand, 2016, *op.cit.*, p. 538.

²³⁶ Royer, 2010, *op.cit.*, p. 805.

²³⁷ Royer, 2010, *op.cit.*, p.496, notes en bas de page : « Il existe une cour de cassation et 27 Cours d'appel comprenant, en 1830, 912 membres- qui sont réparties en trois classes distinctes et dont la composition varie considérablement de l'une à l'autre. A l'échelon inférieur, il y a 361 tribunaux d'arrondissement répartis en huit classes et dont la composition peut aller de 34 juges au tribunal de la Seine à deux juges seulement pour les tribunaux de dernière classe (M.Rousselet). Le nombre de magistrats en fonction est aussi excessif, 17 000 y compris les justices de paix, ce dont le gouvernement en fonction s'inquiète ».

²³⁸ R. Martinage Renée, « L'épuration des Magistrats du Nord en 1883 », *Revue du Nord*, Juillet-septembre 1986, t. 68, n°270, p. 663-676, p. 663.

²³⁹ Krynen, 2012, *op.cit.*, p. 62.

²⁴⁰ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 169.

²⁴¹ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 78.

matérielles de travail, notamment le « problème lié au logement, l'absence d'édifice pour le tribunal, l'indigence des moyens, et le manque de réseaux de distribution d'eau et d'électricité en brousse²⁴² ». Ces comforts matériels qui sont des acquis pour la société métropolitaine, et surtout pour les hauts fonctionnaires que sont les magistrats, relèvent du luxe en colonie. « À cela, s'ajoute le climat que supportent difficilement les européens et plus particulièrement les magistrats envoyés jusqu'au fin fond de la brousse pour rendre la justice. D'ailleurs, il n'est pas rare de voir un magistrat à peine arrivé dans une colonie, demander déjà sa mutation²⁴³. » Les conditions climatiques atteignent les santés des européens alors que les infrastructures médicales et hospitalières sont précaires.

176. L'absentéisme, par ailleurs, est favorisé par un contrôle laxiste et quasi-inexistant de l'obligation présenteielle. Cette flexibilité profite aux magistrats et à l'administration centrale qui y trouve un motif de confier de plus en plus de juridictions aux administrateurs, plus enclins à servir l'ordre colonial au détriment de la justice. « Le magistrat colonial semblait avoir eu comme signe particulier sous la Troisième République d'être absent de son siège²⁴⁴ ». Les mesures alternatives comme les pratiques d'intérim, l'extension des compétences et l'unicité des juges sont utilisées pour remédier à « la pénurie des magistrats²⁴⁵ ». La distinction entre le poste de grade, là où le magistrat est nommé, et le poste de fonction, là où il exerce effectivement naît dans cette pratique d'intérim de la magistrature coloniale.

177. Le souci de rendre une justice de qualité, et celui de doter l'appareil judiciaire des moyens pour y parvenir, ne viennent pas en priorité dans les colonies. Les guerres de conquêtes du siècle précédent laissent place à l'impérieuse nécessité d'asservir pour mieux exploiter. Subvenir aux besoins d'une Métropole engagée dans les guerres mondiales est plus urgent que de garantir une justice. Faire taire les mouvements indépendantistes est plus rentable qu'investir pour une paix sociale durable.

178. Le basculement vers l'assimilation préconisée à travers l'institution de l'Union française accroît les problèmes de la Justice coloniale. Le décret du 30 avril 1946 portant suppression de la justice indigène en matière pénale entre en vigueur le 1^{er} juillet 1946. « La réforme, qui est immédiate, a pour conséquence le transfert de tout contentieux répressif, jadis traité par les juridictions indigènes aux juridictions de droit français, très peu nombreuses, et

²⁴²J. Clauzel, « La France d'Outre-mer », in *Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, 2003, *op.cit.*, p. 694.

²⁴³Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 167.

²⁴⁴Royer, 2010, *op.cit.*, p. 823.

²⁴⁵Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 166.

l'abandon des droits et coutumes locales pour le droit pénal en vigueur devant ces juridictions²⁴⁶ ». Cette dévolution imprévue des compétences des tribunaux indigènes vers les tribunaux français aggrave les difficultés. « Le nombre de justiciables est brusquement multiplié par quatre-vingts, tandis que le nombre des juridictions diminue d'une centaine²⁴⁷ ». Dans la pratique, cette absorption de compétence génère l'éloignement géographique des juridictions, la faible couverture judiciaire du territoire, et l'explosion des volumes d'affaires. Les traitements deviennent de plus en plus expéditifs. Or, le déploiement d'un surplus de personnel et l'affectation de moyens matériels pour la construction des nouvelles juridictions dans les colonies, ne présentent aucun intérêt pour le colonisateur engagé dans la reconstruction d'après-guerre.

179. De 1946 à 1952, la situation est critique du fait de cette brusque fracture. « Du 30 avril 1946 au 31 décembre 1947, les juridictions répressives indigènes sont supprimées, mais non remplacées (...). De janvier 1948 à juillet 1952, une juridiction nouvelle, la juridiction de paix à attributions correctionnelles limitées fait son apparition²⁴⁸ ». Elle consacre, à nouveau, le pouvoir d'un administrateur-juge, avec tous les risques judiciaires que cela comporte. Une justice de paix à compétence étendue est également créée. Ces solutions alternatives, en réalité, s'inscrivent dans la continuité des pratiques sous la loi d'annexion et dans la rupture de l'assimilation véhiculée. En effet, « ces juridictions fonctionnent à juge unique. De plus, elles ont des attributions plus larges et un ressort plus étendu que les juridictions métropolitaines²⁴⁹ ». Les administrateurs qui ont présidé les juridictions indigènes deviennent ceux qui sont en charge de ces juridictions nouvelles. Le sentiment d'insécurité juridique est aggravé. L'ensemble du Droit malgache devient illégal alors que le Droit français demeure soit rejeté du fait de son incompatibilité aux réalités, de plus en plus dénoncé dans cette période insurrectionnelle, soit totalement inconnu des justiciables.

180. « Dès 1952, une commission de travail est désignée par M. Pflimlin, ministre de la France d'Outre-mer, pour étudier les questions d'organisation judiciaire. (...) Le décret du 19 décembre 1957 va prévoir la concentration des effectifs de la magistrature dans des grands tribunaux d'instance. Ces tribunaux comprennent plusieurs sections détachées dans les chefs-

²⁴⁶Ortolland, 2003, *op.cit.*, p. 687.

²⁴⁷ A. Ortolland, *Les institutions judiciaires à Madagascar et dépendances de 1946 à 1960*, Tome 2, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 69.

²⁴⁸Ortolland, 2003, *op.cit.*, p. 688.

²⁴⁹Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 69.

lieux de zones économiques moins développées ou moins peuplées²⁵⁰. » La création des tribunaux de sections écarte les administrateurs de la fonction de juger mais elle aggrave l'insuffisance de la couverture judiciaire. La Justice est non seulement rare du point de vue géographique mais également sporadique avec un système tournant. Le manque de moyens pour le déplacement des magistrats agrandit les intervalles de temps entre les audiences, et accroît la lenteur judiciaire.

181. Tout ceci mène au développement, dans le territoire colonial, de pratiques de justice traditionnelle appelées « dina ». « L'analyse de l'histoire politique de Madagascar met en relief que les conventions de *Dina* se développent de manière plus importante dans les contextes de sous-administration du territoire, plus particulièrement en temps de guerres, de périodes de transition ou de crises politiques²⁵¹ ». La multiplication des *Dina* est, dès lors, un phénomène d'auto-défense populaire en cas de pics d'incompétence de l'État.

182. Le *Dina* est une tradition²⁵² judiciaire en ce qu'il s'agit d'un contrat social, conclu donc au sein d'un groupe fixé sur une zone géographique plus ou moins circonscrite, sans l'intervention des autorités étatiques. La culture à transmettre consiste dans l'application d'une sanction prédéterminée face à un agissement. La contrainte sociologique réside dans l'obligation d'assistance ou de participation dans la recherche de l'auteur de l'agissement réprimé ou l'exécution de la sanction. Refuser d'y procéder ou défendre le sanctionné peut conduire à la considération du réfractaire comme un complice de l'agissement. Dans sa conception première, l'assise sociale du *dina*, le *Fokonolona*, est « un clan (ou parfois un lignage) de type patriarcal unissant sur un même territoire (*Fokontany*) les descendants d'un même ancêtre (*razana*) dont la tombe constitue le pôle mystique où le groupe vient retrouver sa cohésion²⁵³ ». Deux critères, territorial et familial, se cumulent. Plus tard, seul le critère territorial subsiste, le *Fokonolona* devient « l'ensemble des habitants d'une collectivité territoriale appelée *Fokontany*, ou collectivité territoriale de base²⁵⁴ ».

²⁵⁰Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 200.

²⁵¹D. Rasoanaivo, *Le Dina, institution de justice traditionnelle face aux exigences du respect des droits de l'homme*, Mémoire de master, Nantes, 2015, p. 4.

²⁵²R. Granger, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *RIDC*, Janvier-mars 1979, Vol. 3, N°1, p. 37-125, p. 42 : « Pour qu'on reconnaisse véritablement la tradition dans [des] phénomènes sociaux, plusieurs conditions doivent être réunies. En premier lieu il doit s'agir d'un phénomène collectif, se manifestant le plus souvent, mais pas toujours, dans le cadre de groupes ou de sous-groupes. En second lieu et surtout, il est nécessaire qu'il y ait transmission d'une culture. (...) Une dernière condition pour que l'on reconnaisse une tradition, c'est que celle-ci soit assortie de contraintes sociologiques. Il pourra s'agir de réprobation du groupe, de mise à l'écart et, à la limite, de l'exclusion »

²⁵³G. Condaminas, *Fokonolona et collectivités rurales en Imerina*, Paris, ORSTOM, 1961, p. 34.

²⁵⁴E.Njara, *Droit et Cultures*, N°26, 1993, p. 221.

183. Le *Dina* constitue l'exemple d'une justice parallèle en ce qu'il a une portée de droit pénal de fond mais également de droit pénal de forme. En effet, il définit une règle de comportement et des sanctions en cas de transgression de ces règles, des organes pour veiller à son application et l'étendue des pouvoirs de ces organes. De ce fait, il s'agit de prescriptions de droit et d'un appareillage judiciaire totalement différent de l'appareillage étatique qu'il concurrence.

184. A l'instar de la période de 1880 à 1895 marquée par la défaillance de l'État dans son rôle, les années quarante voient également l'avènement de nombreux *Dina*. De 1880 à 1895, ils sont élaborés dans le double contexte d'insécurité du fait de l'inaptitude du pouvoir central Merina d'administrer l'ensemble des territoires conquis et des premières instabilités nées de la conquête coloniale. « Le pouvoir de l'oligarchie politico-militaire des grands officiers *Hova* et *Andriana*, structurée dans la hiérarchie des « Honneurs », dont l'aristocrate Rainilaiarivony était la tête, était à bout de souffle dans les années 1890. (...) L'anarchie (...) s'étendait dans le pays²⁵⁵ ». Le premier *dina* écrit recensé est donc celui d'Ambatofinandrahana du Novembre 1884. Il régit le vol de bovidés.

185. Les tribunaux indigènes, comme le statut d'indigénat, sont brusquement supprimés. « Quand on les abolit en 1946, les populations crurent que le *Fanjakana Frantsay*, le gouvernement des Français, était terminé, une situation pré-insurrectionnelle s'étendit dans les provinces et on en revint à la situation de décrédibilisation du pouvoir, et localement, d'anarchie, d'avant 1895²⁵⁶ ». Les locaux sont soumis à une juridiction lointaine que certains d'entre eux n'arrivent à rejoindre qu'après plusieurs heures de marche. Ils subissent dans une procédure qu'ils méconnaissent, pour l'application d'une loi qu'ils ignorent, dans une décision rédigée en une langue qu'ils maîtrisent à peine. En bref, les justiciables malgaches sont face à une Justice qui leur est complètement incompréhensible, et pourtant il faut résoudre les litiges. L'option ouverte est le recours aux *dina*.

²⁵⁵J.Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », *Afrique contemporaine*, 2014/3, N°251, p. 125-142., p. 126.

²⁵⁶Fremigacci, 2014, *op.cit.*, p. 127.

Section 2. Rendre la justice dans la colonie : réinventer la « justice »

186. Comme la colonisation a apporté l'organisation administrative française aux colonies, elle apporte également une organisation judiciaire. Mais cette transposition s'accommode de plusieurs contraintes : la grande diversité entre la justice française et la justice locale qu'elle doit remplacer graduellement, la nécessité de garantir une justice qui se rapproche le plus de celle qui existe en métropole pour la population française et européenne, l'impossibilité matérielle d'offrir une couverture judiciaire sur tout le territoire colonial, et le besoin d'instaurer une justice maniable au gré de l'ordre public colonial.

187. Tout ceci mène à l'institution de deux justices en colonie, la justice de droit commun, qui se rapproche de la justice métropolitaine, et la justice spéciale pour les indigènes « assistés ou plutôt sous contrôle des administrateurs²⁵⁷ ». Dans ce cadre, l'article 1^{er} du décret du 9 juin 1896 énumère les juridictions de la justice coloniale : la cour d'appel, les cours criminelles, les tribunaux de première instance, les justices de paix et les tribunaux indigènes.

188. Toutefois, la dualité des juridictions n'est pas absolue. Le rapport instauré est hiérarchique en faveur du droit français et de la justice française. La seule Cour d'appel, constituée de magistrats français et sise dans la capitale, a compétence sur l'ensemble du territoire malgache et uniformise la jurisprudence. Elle connaît les recours intentés contre les décisions de toutes les juridictions. « L'autorité française s'intègre donc au sein de la justice indigène²⁵⁸ » en autorité de réformation des décisions.

189. En somme, la justice coloniale est constituée d'une justice spéciale pour les indigènes, inventée les administrateurs et confiée à leur autorité (paragraphe 1) et d'une justice française tourmentée entre les exigences parfois antinomiques d'un idéal de justice qui anime ses magistrats et des impératifs de l'ordre public colonial (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'invention d'une justice parodique pour les indigènes

190. La justice pénale pour les indigènes est spéciale en raison de sa compétence personnelle, du « juge » qui l'orchestre et qu'il orchestre, de sa procédure et enfin du droit qu'elle applique. Deux formes de juridictions composent le système judiciaire spécial pour les indigènes. La

²⁵⁷ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 73.

²⁵⁸F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches : Les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, Thèse en Droit, Montpellier, 2010, p. 25.

première, non reconnue comme une juridiction car considérée comme un mécanisme disciplinaire, est celle relative à l'application du Code de l'indigénat. Les tribunaux indigènes ont été, par la suite, créés, sans que cette première juridiction disparaisse.

191. Sur la compétence personnelle, la discrimination est au centre de l'organisation de la société coloniale. La race est le critère de répartition. Cette répartition n'est pas exclusive. Si la justice pour les indigènes ne peut juger une affaire où un européen est partie, la justice française, peut juger les indigènes. D'ailleurs, outre les cas où la compétence de la justice française est de rigueur, elle reste une option pour les indigènes même si aucun européen n'est impliqué dans le litige.

192. Les deux formes de justice spéciale pour les indigènes se répartissent les compétences sur la base d'un critère matériel. Dans le cas d'infraction prévue par le Code de l'indigénat, l'organe de jugement est un administrateur. Dans le cas d'autres textes, le tribunal indigène est compétent. Ce tribunal est composé d'un administrateur, président, et de deux assesseurs indigènes à voix consultative.

193. Cette répartition matérielle est doublée d'une compétence personnelle. Certains indigènes, « la masse vivante de races colonisées²⁵⁹ », échappent au Code de l'indigénat « pour des raisons tenant au sexe, à l'instruction, au rang social, en raison des services rendus à la France²⁶⁰ ». Il s'agit d'une émancipation administrative. Cette distinction est apparue dans les années vingt quand la « division des populations entre bons et mauvais indigènes²⁶¹ » est utilisée dans les colonies. Celui qui sert bien l'intérêt français, c'est-à-dire celui qui participe à l'organisation du rayonnement de la civilisation française et à la construction ou à la défense de l'ordre colonial, est récompensé. Les bons indigènes servent dans les troupes françaises, les titulaires d'un diplôme d'un degré égal ou supérieur au brevet élémentaire, les commerçants patentés et plus généralement les indigènes qui se sont distingués sur une libre appréciation des autorités administratives locales. Ils « ont atteint un degré de civilisation leur permettant de participer à la gestion de leurs intérêts ; ils peuvent être appelés à prendre part à la désignation des membres de certains organes locaux²⁶² ».

194. Inversement, le fait d'être un malgache non méritoire implique la justiciabilité devant une justice expéditive et en application d'une loi plus sévère. Cette justiciabilité exceptionnelle

²⁵⁹ Sarraut, 1931, *op.cit.*, p. 6.

²⁶⁰ Royer, 2010, *op.cit.*, p. 850.

²⁶¹ Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 55.

²⁶² L. Rolland et P. Lampué, *Précis de législation coloniale*, Paris, Dalloz, 1940, p. 212.

a l'allure d'une punition du fait de l'appartenance raciale. Le malgache ne peut s'en émanciper que sur des décisions discrétionnaires des administrateurs.

195. Sur l'organe de décision, la justice spéciale pour les indigènes est, dès lors, une justice rendue par un administrateur quelle que soit la disposition pénale d'incrimination. Dans l'ordre hiérarchique, du plus élevé au moins élevé, ces autorités administratives dotées de la compétence judiciaire sont : le gouverneur général, le chef de province et le chef de district. Cette hiérarchie est posée par l'Arrêté du 22 juin 1908. « L'obligation d'information à laquelle est assujettie l'administrateur-juge permet en retour au gouverneur d'apporter des correctifs sur l'administration judiciaire²⁶³ ».

196. De ce fait, la mainmise de l'administration coloniale sur la justice ne se limite pas au service judiciaire, c'est-à-dire à l'aspect administratif, mais elle dispose également du pouvoir de juger. Cette confusion des pouvoirs s'explique, selon la doctrine colonialiste, par la nature même des indigènes. « La fameuse distinction des pouvoirs, chère à Montesquieu, ne vaut que pour les pays de haute civilisation ; le primitif ne comprend pas qu'un chef n'ait pas tous les pouvoirs, et spécialement celui de punir. Pour être respecté, il faut être armé²⁶⁴ ». L'administrateur, chef institué dans la société coloniale, doit disposer du pouvoir de réprimer pour asseoir son commandement dans la société. « Toute la théorie du droit pénal va se résumer dans la défense de l'ordre public²⁶⁵ ». Elle passe sous silence l'aspect de protection de l'individu.

197. En France, la répression fait intervenir un organe législatif pour fixer préalablement les incriminations et les sanctions, un organe de l'Exécutif pour procéder aux enquêtes, et un organe judiciaire pour la phase de jugement. Dans les colonies, l'ensemble des pouvoirs est exercé par l'administrateur qui définit les incriminations, procède à une brève enquête, facultative d'ailleurs, et prononce la sanction. « Il faut (...) châtier immédiatement et infailliblement (...). C'est là une nécessité devant laquelle les scrupules juridiques et les considérations sentimentales doivent s'effacer²⁶⁶ ». Parmi ces scrupules juridiques à effacer

²⁶³ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 281.

²⁶⁴ P. Moreau, *Les indigènes de l'A.O.F. Leur condition politique et économique*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938, p. 161.

²⁶⁵ J. Vernier de Byans, *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, Thèse en droit, Paris, E. Leclerc, 1905, p. 132.

²⁶⁶ Voir A. Girault, « Conditions des indigènes au point de vue de la législation civile et criminelle et de la distribution de la justice », in *Congrès international de sociologie coloniale*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, Tome 2, p.65 et suivants.

s'énumèrent la séparation des fonctions de poursuite et celle de juger, les droits de la défense, le principe du contradictoire, et les droits de l'Homme consacrés par la Déclaration de 1793.

198. Dans un premier temps, « un régime pénal particulier, dit de « l'indigénat » [était institué] pour réprimer avec rapidité certaines actions ou abstentions de nature à nuire à l'ordre colonial²⁶⁷ ». Il établit des incriminations non prévues ni par le Code métropolitain ni par les lois indigènes. La sanction est quelques jours d'emprisonnement, assortis ou non, d'amende. Cette nature de la sanction encourue prouve qu'il s'agit d'« une forme de justice exceptionnelle du colonisateur²⁶⁸ » et non d'un régime disciplinaire. « En d'autres termes, les infractions liées au régime de l'indigénat sont des infractions de simple police qui ne disent pas leur nom²⁶⁹ ».

199. En tant que sanctions pénales, les condamnations à ces sanctions ne doivent avoir lieu qu'à l'issue d'une procédure qui répond aux règles consacrées par la loi française comme celle de la présomption d'innocence et celle du contradictoire. Or, la procédure pour l'application du Code de l'indigénat est brève. Elle consiste dans la décision de l'administrateur de punir un agissement, une décision qu'il notifie souvent avec la sanction elle-même, sans formalité exigée. « Il n'existe pas de procédure d'information et l'administrateur n'a pas davantage besoin de baser sa condamnation sur un mode de preuve expressément déterminé²⁷⁰ ». La procédure relève de la liberté de l'administrateur. L'objectif de punir prime sur l'objectif de juger. La décision de l'administrateur de condamner en application du Code de l'indigénat fait rarement l'objet de contrôle.

200. Les décisions de condamnation prononçant des peines égales ou supérieures à cinq jours de prison et quinze francs d'amende sont susceptibles d'appel devant le gouverneur général. Mais cette voie de recours n'a été activée que rarement. Entre 1904 et 1908, moins de dix appels sont portés devant le gouverneur général²⁷¹. Cette rareté des recours s'explique tout d'abord par l'éloignement, le gouverneur général se trouvant à Tananarive. Mais elle s'explique surtout par la quasi-certitude de perdre en appel, les éléments de la décision à attaquer étant imprécis dans le jugement transmis au gouverneur. « Les seules pièces fournies par le chef de district, et parvenant au chef de province puis au gouverneur général, se résument à une simple mention de l'article du code appliqué, l'indication de la peine infligée²⁷² ».

²⁶⁷Royer, 2010, *op.cit.*, p. 849.

²⁶⁸Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 86.

²⁶⁹Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 107.

²⁷⁰Razafindratsima, 2010, *op.cit.*, p. 330.

²⁷¹ A.N.O.M., Madagascar, Affaires indigènes, 6 (11) D12 : « Affaires diverses relatives à des indigènes », p. 331.

²⁷²Razafindratsima, 2010, *op.cit.*, p. 331-332.

L'instance supérieure ne peut apprécier ce qui ne lui est pas fourni. Le défaut de motif aurait été une cause suffisante d'infirmité en appel ou en cassation devant des juridictions françaises. Mais dans un système d'indigénat où la présomption d'innocence a laissé place à la monarchie d'un administrateur, à la préservation d'un ordre d'asservissement, la perspective est inversée. Ce défaut de contrôle des décisions rendues permet une partialité « raciste et oppresseur²⁷³ ».

201. Dans un second temps, les tribunaux indigènes sont créés. « Désormais, l'administrateur, en plus d'infliger des peines disciplinaires aux indigènes non-citoyens, assure dans le même temps la saisine, l'instruction des affaires et la présidence des juridictions indigènes²⁷⁴. » Le régime judiciaire de l'indigénat répond à la nécessité immédiate de répression dès la conquête. Les tribunaux indigènes, créés et rendus fonctionnels ultérieurement, correspondent à une atténuation de la répression du fait de leur composition incluant des assesseurs indigènes. Leur compétence s'étend au civil et au pénal. Toutefois, le maintien en vigueur du Code de l'indigénat démontre une certaine ruse coloniale de garder une branche de la justice pénale exclusivement et directement sous son emprise. En effet, en tant que juridictions, les tribunaux indigènes ne relèvent du gouverneur qu'indirectement.

202. Dans la législation, le décret du 24 novembre 1898 portant organisation de la Justice indigène à Madagascar en régit le fonctionnement. Le décret du 9 mai 1909 concerne sa réorganisation et traite de la compétence répressive ainsi que des peines. Trois types de juridictions composent la justice indigène : les tribunaux indigènes de premier degré, les tribunaux indigènes de second degré et la chambre d'homologation de la Cour d'appel. Cette dernière valide les décisions par rapport au droit français. Les deux assesseurs indigènes qui siègent dans le tribunal indigène avec l'administrateur, comme les deux assesseurs indigènes de la chambre d'homologation de la Cour d'appel qui siègent à côté de trois magistrats et de deux fonctionnaires désignés par le gouverneur, ne disposent que de voix consultatives.

203. L'article 116 du décret du 9 mai 1909 dispose que : « Les tribunaux indigènes appliquent en matière répressive : - les lois et les coutumes indigènes en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire au principe de la civilisation française, - la loi française en tout ce qui n'est pas prévu par la loi malgache et dans le cas où celle-ci serait contraire aux principes de la civilisation ». Selon l'article premier de l'arrêté d'organisation judiciaire du 28 février 1897,

²⁷³ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 6.

²⁷⁴ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 106.

le droit indigène qui reste applicable est fait des « lois indigènes de l’Imerina ». Le droit l’Imerina est formé de trois codes : les Instructions aux *Sakaizambohitra* (1878, réunissant 87 articles), le Code des 305 articles (1881) et les Règlements des gouverneurs (1889, réunissant 61 articles). Sur les peines, l’article 19 du décret du 9 juin 1896 dispose de l’impossibilité pour tous les tribunaux de prononcer d’autres peines que celles établies par la loi française. Le décret du 9 mai 1909 a, dans ce sens, commué certaines peines prévues par les lois indigènes conformément à ce principe : l’amende remplace la peine de paiement en bœufs (article 111), l’emprisonnement remplace la peine de fers pour les infractions de moindre gravité, autrement, elle est remplacée par des travaux forcés (article 110).

204. La lecture combinée de ces articles amène à la première déduction d’un rôle supplétif du Droit français qui n’est applicable qu’en cas de silence de la loi malgache ou de dispositions législatives malgaches contraires à la civilisation française. Mais « la colonisation impose une certaine forme de domination politique, économique, juridique et administrative, inconciliable avec une prépondérance des coutumes locales²⁷⁵ ». En matière civile, l’administration coloniale promulgue les décrets écartant les dispositions coutumières en matière foncière et en matière de travail pour accaparer les terres et faire travailler les indigènes dans l’exploitation des terrains spoliés. En matière pénale, les dispositions pénales qui ont structuré la société précoloniale, notamment relative au devoir d’obéissance aux aristocrates et fonctionnaires royaux, sont abrogées. Elles sont remplacées par celles qui répriment la résistance à l’autorité française et celles qui facilitent l’exercice de cette autorité même en l’absence de toute action de résistance (notamment les infractions spéciales à l’indigénat). Il n’y a, pour l’indigène, qu’« une apparence de conservation de ses coutumes et donc de sa justice traditionnelle »²⁷⁶. Le motif invoqué de l’instauration progressive de la civilisation française est en réalité la consolidation de la colonisation.

205. A l’exclusion du code de l’indigénat, les tribunaux indigènes ont la compétence attributionnelle de principe sur les indigènes. La procédure est « expéditive et soucieuse de châtier promptement²⁷⁷ ». L’impératif de célérité commande, les actes de procédure. Pour ces juridictions, « l’intérêt de l’ordre et de la sécurité publique (...) doit primer les droits de l’individu. (...) Les formalités judiciaires doivent être simplifiées et les détails restreints²⁷⁸ ».

²⁷⁵Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 206.

²⁷⁶Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 212.

²⁷⁷ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 65.

²⁷⁸ A. Billiard, « Étude sur la condition politique et juridique à assigner aux indigènes des colonies », in *Congrès international de sociologie coloniale*, 1901, *op.cit.*, p. 47.

La collégialité, qui offre en principe une garantie d'objectivité dans la confrontation des idées et des raisonnements, n'est que parodique. « Il est difficile de voir dans l'assessorat indigène une sorte de bouclier à l'administrateur-juge²⁷⁹ ». Les avis des assesseurs indigènes sont de valeur consultative, d'autant que les assesseurs sont choisis par l'administrateur lui-même. Toutefois, à travers leur présence, les administrateurs coloniaux peuvent prétendre à une collégialité, faisant écho au discours d'association. « Le fait de faire participer à la délibération un ou deux hommes parlant la même langue que l'accusé, capables d'exprimer certains traits de mœurs ou certaines nuances de langages est pour celui-ci [l'administrateur] une garantie précieuse²⁸⁰ » d'un semblant de légitimité.

206. Dans l'administration des preuves, « l'intime conviction du magistrat [ou plutôt de l'administrateur] substituée à la présomption d'innocence²⁸¹ » devient la règle. La condamnation résulte des éléments non vérifiables. Le recours à la torture est fréquent, prétendument adaptée à la nature indigène du justiciable. Assimilé tantôt à un enfant, tantôt à un animal, ou aux deux, la nature indigène exigerait l'atteinte à son intégrité corporelle pour retenir les leçons d'une punition. « On a répété bien souvent que les indigènes sont des grands enfants (...) ; or, pour si étrange que paraisse cette comparaison, l'enfant, dont le caractère n'est pas encore formé, a de nombreuses analogies avec l'animal ; l'un comme l'autre se souviennent de la correction reçue, et hésitent à recommencer un acte pour lequel ils ont été fustigés²⁸² ». En réalité, la torture est tolérée et utilisée pour mieux asseoir la domination dans l'entendement populaire. La violence est également fréquente dans les peines. L'incarcération dans le respect de l'inviolabilité du corps humain aurait été insuffisante pour l'indigène. « Réputés efficaces parce qu'adaptés à la mentalité enfantine et fruste des autochtones, les châtiments de ce type [corporels] doivent donc être maintenus²⁸³ ».

207. L'invention de la justice pour les indigènes, par conséquent, consiste en la consécration d'un administrateur en juge, mais également en la création d'une procédure nouvelle. Cette procédure n'est ni la procédure pénale métropolitaine ni la procédure pénale malgache avant la colonisation. En effet, la procédure pénale malgache précoloniale connaît déjà les principes procéduraux semblables à ceux qui lui étaient contemporains en Europe. Entre autres, « la

²⁷⁹Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 254.

²⁸⁰A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Larose, Tome II, 2ème édition, 1904, p. 540.

²⁸¹ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 68.

²⁸² J. Vernier De Byans, *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, Thèse en droit, Paris, E. Leclerc, 1905, p. 139.

²⁸³ Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 72.

dévolution à des institutions propres du pouvoir juridictionnel était une règle bien établie dès avant la conquête française²⁸⁴ ». Le principe de légalité en matière pénale est consacré avant la colonisation. « Le juge malgache, loin de juger en équité ou selon des traditions, se conformait strictement aux textes de lois, surtout en matière pénale²⁸⁵ ».

208. La présence de missionnaires de la London Missionary Society à Madagascar contribue à forger de telles similitudes. Ces missionnaires accèdent à l'entourage proche des derniers souverains de l'Imerina, région centrale de l'Ile. Ils contribuent aux travaux de codification durant les deux décennies précédant la colonisation. De cette codification sont issus les trois codes formant les lois qualifiées d'indigènes et établissant les principes de la procédure pénale malgache précoloniale. Parmi ces principes figurent :

- Le principe de la séparation de la fonction de poursuite confiée aux *Sakaizambohitra* et aux gouverneurs, fonctionnaires résidant dans chaque localité, de la fonction de juger dévolue à des magistrats résidant à Antananarivo (articles 2, 50 et 51 des « Instructions aux *Sakaizambohitra* », et articles 39 et suivants des Règlements des gouverneurs de l'Imerina) ;
- Le principe du contradictoire (articles 3, 4, 45 et 81 des Instructions aux *Sakaizambohitra* et articles 197 et 261 du Code des 305 articles) ;
- Le principe de l'écrit (articles 182, 196, 200, 202 et 205 du code des 305 articles) ;
- Le principe de *non bis in idem* (article 213 et 215 du Code des 305 articles) ;
- Le principe d'impartialité²⁸⁶ (articles 186 et 206 du Code des 305 articles, 30 du Règlement des gouverneurs).

209. D'autres règles, qui se rapprochent également de règles de procédures en Europe, sont également incluses dans ces Codes : les règles de consignation et de restitution des objets saisis (articles 35, 36 et 55 des Règlements des gouverneurs), l'obligation de diligence et de célérité imposée aux *Sakaizambohitra* et aux magistrats (article 202 du code des 305 articles et article 41 des Règlements des gouverneurs), le secret de délibéré (article 199 du code des 305 articles), l'humanisation du traitement des personnes arrêtées, détenues ou condamnées comme l'obligation de nourrir ou l'interdiction de dévêtir (article 142 du code des 305 articles), la

²⁸⁴ A. Ramangasoavina, « Impératifs de la justice dans les pays en voie de développement », *Les annales malgaches*, Acte du colloque de Droit malgache, Octobre 1964, p. 1-30, p. 5.

²⁸⁵ Ramangasoavina, 1964, *op.cit.*, p. 7.

²⁸⁶ Sur le principe d'impartialité dans la justice précoloniale à Madagascar, voir notamment E. Njara, « L'attachement à la vérité au XIXème siècle sous la reine Ranaivalona II », *Bulletin d'information du Ministère de la Justice*, N°30, Tananarive, Jurid'ika, 2012, p. 97 et suivants.

responsabilité pénale des fonctionnaires et magistrats corrompus ou auteurs de concussion (articles 186 et 206 du code des 305 articles, 30 des Règlements des gouverneurs), le droit de faire appel (article 253 du code des 305 articles), l'incompatibilité de la fonction de *Sakaizambohitra* avec une autre activité professionnelle (article 65 des Instructions aux *Sakaizambohitra*), l'interdiction des tortures et de la proportionnalité de la force utilisée à la résistance pendant l'arrestation (article 42 des Instructions aux *Sakaizambohitra*, article 142 du code des 305 articles).

210. De ce fait, l'organisation judiciaire coloniale n'a pas apporté à Madagascar les principes procéduraux européens. Tel n'est pourtant pas l'avis d'Ortolland qui qualifie la justice indigène de progrès pour Madagascar. Selon lui, « nul ne peut contester sérieusement que par rapport à ce qui existait en 1896, l'administration de la justice répressive indigène constituait un sérieux progrès²⁸⁷ ». Toutefois, le droit procédural précolonial ne s'écarte pas du droit français qui lui est contemporain. Il est faux, par conséquent, d'affirmer que la colonisation débarrasse Madagascar d'une justice royale ordalique et désorganisée. En réalité, « on ne conserva des institutions indigènes que celles qui ne portaient aucune atteinte à la domination française ou même qui la favorisaient : toutes celles qui, par leur réaction, retardaient l'évolution des masses²⁸⁸ ». À la place, le colonisateur invente des institutions juridiques nouvelles comme les tribunaux indigènes, qui répondent mieux à l'ordre colonial. « Il convient de parler de la subjugation des systèmes juridiques africains par le Droit occidental²⁸⁹ ».

Paragraphe 2. L'invention difficile d'une justice de droit commun

211. La Justice de droit commun, que le colonisateur veut à l'image de la Justice métropolitaine puisqu'elle se prononce sur les litiges impliquant les européens, ne lui est pas identique. Le milieu colonial a conduit à l'invention d'une forme de Justice nouvelle, façonnée par toutes les contraintes du milieu et les foisonnements des discours dans lesquels elle évolue. « La prédation est l'axe, le principe, et la loi de la société coloniale²⁹⁰ ». Et la Justice, pendant la colonisation, avait été un moyen de prédation que l'exécutif veut domestiquer sans jamais y

²⁸⁷Ortolland, 2003, *op.cit.*, p. 683.

²⁸⁸ Cartier, 2006, *op.cit.*, p. 116.

²⁸⁹ V. Kangulumba Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers du Droit*, Volume 46, N°1-2, Paris, Mars-juin 2005, p. 317.

²⁹⁰Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 47.

parvenir complètement. Pour les magistrats, rendre la justice dans la colonie s'avère un défi dans l'invention d'une justice acceptable compte tenu des contraintes parfois antinomiques.

212. Pour eux, il faut « favoriser l'implantation des grands principes de justice sans pour autant entamer l'autorité coloniale ni dépouiller les gouverneurs de leur autorité nécessaire au maintien de l'ordre (...), grand écart qui va placer ceux qui doivent rendre la justice entre le souci de participer à l'ordre colonial et celui de porter l'offre de justice²⁹¹ ». Et dans cette offre de justice, les magistrats se sont parfois levés comme des protecteurs de la population asservie, ou du moins de ses coutumes. La Cour d'appel de Madagascar s'est investi « gardienne des lois indigènes²⁹² ». Dans ce rôle, le juge colonial s'empare de temps en temps du pouvoir normatif secondaire qui lui est refusé en raison du contexte colonial. Il soutient que « la jurisprudence est l'interprète de la coutume dont elle suit et consacre l'évolution²⁹³ », tenant compte du fait que « la coutume n'est pas une matière inerte²⁹⁴ » dont le contenu reste à définir de manière casuistique.

213. Si le pouvoir exécutif a veillé à ce que l'amovibilité des juges soit la règle dans les colonies, à garder la branche la plus répressive de la justice pénale sous contrôle exclusif, c'est dans la crainte d'une magistrature qui s'érige en résistance. Protectrice des libertés individuelles, la magistrature risque, à tout moment, de s'élever contre l'administrateur pour exercer ce rôle qui est le sien par essence. Dans ce sens, le mode de recrutement et le contenu de la formation de la magistrature coloniale sont spécifiques afin de les modéliser conformément à l'ordre public colonial. Dotée d'un statut particulier dans l'exercice de ses fonctions, la magistrature coloniale est l'aspect judiciaire de la spécificité de cet ordre.

214. Les magistrats, toutefois, ne sont pas des automates. En France même, au dix-neuvième siècle, « si les marques d'allégeance n'ont certes pas manqué, (...) la revendication d'indépendance n'a jamais cessé d'être présente et proclamée²⁹⁵ ». Les magistrats d'outre-mer ne se dissocient pas de cette optique dans laquelle évoluent leurs homologues. « Ils ont une haute idée de la manière de rendre la justice et ils sont persuadés qu'ils peuvent par l'exercice

²⁹¹Royer, 2010, *op.cit.*, p. 806-807.

²⁹² Cour d'Appel de Tananarive, Arrêt du 27 décembre 1899, *Archives judiciaires de Tananarive, Arrêts indigènes*, 1899, n° 23.

²⁹³ Cour d'Appel de Tananarive, Arrêt du 15 mars 1951, *Archives judiciaires de Tananarive, Arrêts indigènes*, 1951-I, N°43.

²⁹⁴ Cour d'Appel de Tananarive, Arrêt du 8 août 1929, *Archives judiciaires de Tananarive, Arrêts indigènes*, 1929-II, N°116.

²⁹⁵Krynen, 2012, *op.cit.*, p. 60.

d'une bonne justice amener un progrès, avoir un rôle civilisateur²⁹⁶ ». L'entreprise de la mission civilisatrice est, comme démontré, impossible du fait de l'incompatibilité de l'humanisme avec l'asservissement. Mais il est spéculatif d'en déduire que l'ensemble des français dépêchés aux colonies sont complices de cette supercherie politique. « Malgré toutes les violences et injustices des réalités coloniales, certains administrateurs coloniaux croient sincèrement au rôle civilisateur possible de la colonisation²⁹⁷ », et beaucoup de magistrats se sont rendus aux colonies dans cet état d'esprit.

215. Dans ce sens, « l'administration locale vit assez difficilement la présence des magistrats²⁹⁸ ». Habités à la confusion du pouvoir dans l'exercice de leur autorité, ils voient dans l'arrivée des magistrats une fragilisation de l'ordre colonial qu'ils ont mis du temps à construire. À juste titre d'ailleurs puisque les magistrats « sont venus parfois s'opposer à des administrateurs qui cumulaient jusque-là leurs fonctions avec celle de juge²⁹⁹ ». Il est, dès lors, présomptueux de déduire l'impartialité de l'ensemble de la justice coloniale en général, et des magistrats en particulier, à partir de l'état de la dépendance de la Justice vis-à-vis du pouvoir exécutif. « Les magistrats sont conscients d'avoir une mission à accomplir. Cette mission consiste bien entendu à appliquer le droit métropolitain mais elle va beaucoup plus loin dans l'esprit des intéressés qui se sentent investis d'un rôle civilisateur³⁰⁰ ».

216. La mobilisation de la Justice dans l'entreprise coloniale soulève, de ce fait et au-delà de la dépendance de la Justice qui est déjà établie, la question de sa partialité. A-elle le recul nécessaire, ou le dépassement utile, pour rendre justice ? Cette interrogation est d'autant plus légitime, compte tenu du principe de la spécialité législative aux colonies qui permet aux autorités administratives de prévoir des incriminations pénales, pour mieux étendre la possibilité d'opprimer par voie judiciaire. Toute l'histoire de la justice pénale coloniale à Madagascar est, dans ce sens, une alternance entre le triomphe de la Justice dans une impartialité qui l'honore, car le contexte ne s'y prête guère, ou son déclin au profit de la politique, réalisant le risque judiciaire dans la domestication de la Justice.

217. La partialité a été vérifiable dans le cadre de répression des leaders des mouvements indépendantistes. Des arrestations massives, des procédures factices et des condamnations sévères les visent. « Vers la fin de 1915, les autorités coloniales procèdent à l'arrestation de

²⁹⁶ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 87.

²⁹⁷ Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 211.

²⁹⁸ Mbodj, 2017, *op.cit.*, p. 164.

²⁹⁹ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 89.

³⁰⁰ Fabre, 2004, *op.cit.*, p. 81-82.

quelque quatre cents Malgaches accusés d'avoir ourdi un complot nationaliste dans le cadre d'une société secrète, la V.V.S.³⁰¹ ». Dès 1946, date de création du parti nationaliste MDRM, l'emprisonnement devient un moyen pour taire les contestataires et dérouter les nationalistes des éventuels errements. « Chaque nouvel incident jugé subversif donne l'occasion de frapper le parti et d'emprisonner ses militants, même si les preuves d'accusation sont minces. A la veille de l'insurrection [qui débute le 29 mars 1947], les prisons de Madagascar sont comblées³⁰² ».

218. L'implication de la Justice dans la restauration de l'ordre public colonial fut surtout concrète lors de la répression judiciaire des insurgés de 1947. Tout l'intérêt d'une Justice soumise au pouvoir exécutif est mis en évidence dans cet épisode de l'histoire judiciaire. Le grand procès de l'insurrection s'étend du juillet à octobre 1948. Soixante-dix-sept accusés répondent de l'accusation d'insurrection dans le « procès des parlementaires » alors que la grande majorité d'entre eux y étaient totalement étrangers. En réalité, ce ne sont pas des parlementaires, seuls trois d'entre eux le sont : Ravoahangy, Raseta et Rabemananjara.

219. « Ce que l'on appelle le procès des parlementaires est en fait le procès de l'état-major du MDRM. (...) . Il s'agit, au final, d'un procès politique fondé sur des pseudos-preuves. Ravoahangy est condamné à mort, ainsi que Raseta et quatre autres insurgés, pour montrer aux populations que la France entend rester à Madagascar. (...) L'essentiel de la répression judiciaire, qui a moins retenu l'attention, est mené par les tribunaux militaires relayés par les tribunaux et cours criminelles civiles : 5756 malgaches sont condamnés, dont 865 par les militaires et 4891 par les civils³⁰³ ».

220. Parmi ces condamnations, 173 sont à la peine capitale, dont 44 prononcées par les tribunaux militaires et 129 par les cours criminelles, 20 d'entre elles sont exécutées³⁰⁴. « Certains hauts responsables de l'insurrection ou considérés comme tels, Samuel Rakotondrabe et le lieutenant Albert Randriamaromanana, sont exécutés avant même l'ouverture du procès en 1948³⁰⁵ ». Les procès relatifs à l'insurrection continuent plusieurs années encore. De « multiples condamnations aux travaux forcés d'insurgés³⁰⁶ » sont prononcées en raison de leurs participations, réelles ou supposées, à cet évènement. La

³⁰¹Esoavelomandroso, 1986, *op.cit.*, p. 129.

³⁰²Tronchon, 1986, *op.cit.*, p. 33.

³⁰³Fremigacci, 2007, *op.cit.*, p. 42.

³⁰⁴Royer, 2010, *op.cit.*, p. 1057.

³⁰⁵Rabearimanana, 1986, *op.cit.*, p. 168.

³⁰⁶Fremigacci, 2014, *op.cit.*, p.127.

machination ne prend fin que le 22 octobre 1959 quand « l'Assemblée constituante vote l'amnistie pleine et entière à une très forte majorité pour les crimes et les délits commis en relation avec l'insurrection de 1947³⁰⁷ ».

221. Dans d'autres décisions, contrairement au cas de ces procès, la Justice s'investit du rôle de correctrice de l'organisation coloniale discriminatoire. En effet, la Cour de cassation française, compétente pour connaître en pourvoi les arrêts des Cours d'Appel des colonies a, dans l'affaire du gérant de journal *L'opinion* publié à Madagascar, déclaré recevable le pourvoi intenté par un indigène. Le gérant de ce journal a avancé des propos irrespectueux envers l'autorité française, mettant en cause les pratiques coloniales. La décision est innovatrice en ce que le pourvoi est une voie de recours ouverte aux Européens selon la loi, et que la jurisprudence ne l'étend aux indigènes que « lorsqu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué que le condamné est indigène³⁰⁸ ». Tel n'est pas le cas en l'espèce.

222. De ce fait, on ne peut être formel en ce qui concerne l'impartialité, ou non, des magistrats coloniaux dans le traitement des cas pénaux. D'ailleurs, la grande majorité des décisions répressives ne sont motivées qu'avec des clauses de style, des canevas dans lesquelles seules les qualifications pénales et les articles d'incriminations varient. Ce qui ne permet qu'un contrôle limité de la substance des décisions judiciaires. Leur marge de liberté en ressort plus large.

223. En outre, la procédure pénale conforte cette liberté des magistrats de la période coloniale. L'administrateur colonial jouit d'un large pouvoir législatif, le juge colonial manie la procédure dans une grande latitude. La précarité des moyens, l'indigence des effectifs, le colmatage des règles dans la pratique judiciaire, l'absence de contrôle qui se cantonne au contrôle des décisions susceptibles de bousculer l'ordre colonial font que la justice coloniale est grandement tributaire de la personnalité du magistrat. La qualité de la justice dépend de la personnalité et de la volonté du magistrat et non des mécanismes systémiques qui doivent la garantir.

³⁰⁷ D. Galibert, « La proclamation de la République malgache : transmission de l'État et malentendus fondateurs », *Outre-Mers*, 2008, N°358-359, p. 89-105, p. 95.

³⁰⁸ Recueil Penant, 1929, p. 38-50 et p. 125 et s. cité par Durand, 2016, *op.cit.*, p. 494.

CONCLUSION DU CHAPITRE

224. Pendant toute l'occupation de Madagascar (de 1896 à 1960), la justice française elle-même est en pleine mutation. La loi du 30 août 1883 sur la réorganisation judiciaire institue des esquisses de la professionnalisation de la fonction du magistrat par les traitements, l'idée de carrière, le mode de recrutement et l'inamovibilité du juge. Les débats s'étendant sur plusieurs décennies ne se soldent qu'en 1958, avec une Ordonnance sur le statut de la magistrature et une Ordonnance sur l'organisation judiciaire. L'absence d'une matrice judiciaire claire, du fait de cette mutation, permet aux administrateurs coloniaux de modeler une justice répondant aux motifs de sécurisation de l'entreprise coloniale. Cette justice est dominée par les administrateurs, marquée par l'inégalité des traitements judiciaires pour la communauté européenne et la communauté indigène. À travers l'invention de deux justices en rapport hiérarchique, le colonisateur renforce son organisation politique marquée par « deux ordres distincts : celui des Européens et celui des autochtones ; le premier dominant bien sur le second³⁰⁹ ». Le système est perfectionné avec l'annihilation de l'indépendance traditionnelle des juges, dans un contexte de précarité matérielle qui affecte la qualité de leur travail et la qualité de la justice dispensée.

225. Toutefois, les magistrats n'en sont pas pour autant totalement acquis à la cause de l'asservissement. D'ailleurs, ils ont souvent été le rempart contre les abus des administrateurs sur les indigènes. Mais « il est évident que ce système n'offrait aucune garantie sérieuse de bonne justice pour les particuliers, spécialement lorsque ces derniers étaient des sujets, justiciables des tribunaux du droit local³¹⁰ ». Les magistrats officiant pendant la colonisation ont essayé de rendre une justice entre les impératifs politiques de centralisation excessive de pouvoir et la conscience d'être les remparts pour la survie d'une société où il est encore acceptable de vivre.

³⁰⁹Le Cour Grandmaison, 2010, *op.cit.*, p. 18.

³¹⁰P.-F. Gonidec, *Droit d'outre-mer*, Paris, Montchrestien, 1959, p. 169.

TITRE 2. LE DÉTOURNEMENT DU POUVOIR : LES ILLOGISMES EN MILIEU POSTCOLONIAL

« Le génie de De Gaulle Outre-mer a été de tout changer pour que rien ne bouge³¹¹. »

226. L'héritage colonial pèse sur l'évolution de la jeune République de Madagascar. L'objet de ce titre est de démontrer que l'indépendance ne corrige pas les rapports de force dans l'exercice des pouvoirs répressifs. Ils continuent à être détournés par le pouvoir exécutif, au détriment du magistrat et du justiciable. Ce titre aborde la période allant de 1960 à 1990, c'est la période immédiatement postcoloniale à Madagascar constituée de trois décennies de néocolonialisme puis de socialisme.

227. Pendant les luttes indépendantistes, les colonies ont pu « s'appuyer sur les principes énoncés par la République [les droits de l'Homme] pour la prendre à son propre piège³¹² ». Dès l'accession à l'indépendance, Madagascar ratifie plusieurs traités protecteurs des droits de l'Homme. Toutefois, la décolonisation n'entraîne pas leur réalisation. Les droits de l'Homme, dont le droit au procès équitable, restent des références simplement discursives. L'intégration dans la société immédiatement postcoloniale à Madagascar s'aligne sur les lignes politiques de toute l'Afrique anciennement colonisée. Elle se fait au ralenti en raison de la réticence de premiers dirigeants africains. La paupérisation engendrée par le socialisme perpétue un environnement inégalitaire défavorable aux droits de l'Homme (chapitre 1).

228. Pour la Justice particulièrement, le justiciable continue de subir le procès pénal. L'indépendance n'affranchit pas l'appareil judiciaire de ses tares. Dans un mimétisme législatif et judiciaire, les exceptions structurelles et fonctionnelles sont entérinées par le premier Code de procédure pénale malgache (chapitre 2).

³¹¹ J.-P. Dozon, « Une décolonisation en trompe-l'œil (1956-2006) », in *Culture coloniale en France, De la Révolution française à nos jours*, 2008, *op.cit.*, p. 537-544, p. 538.

³¹²Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 46.

229. Mesurer l'ampleur de cet héritage colonial renseigne sur l'écart entre la situation de la Justice pénale et la réalisation du droit au procès équitable. Tel est l'enjeu de la démonstration qui va suivre.

Chapitre 1. Les droits humains en milieu postcolonial : de l'extranéité vers des paradoxes

230. Ce chapitre démontre que l'intégration des droits de l'Homme à Madagascar se heurte à plusieurs obstacles dont la plupart relèvent de l'héritage colonial.

231. Cet héritage s'apprécie, tout d'abord, dans le cadre général africain. La réaction au mouvement des droits de l'Homme est d'envergure continentale. L'histoire coloniale commune, en plus de la proximité géographique, conduit les premiers dirigeants africains à se solidariser, notamment dans l'essor et le sort des droits de l'Homme sur le continent. La contradiction entre la législation internationale pour la protection des droits de la personne humaine dont les colonisateurs sont les instigateurs, d'une part, et les transgressions de ces mêmes droits par les colonisateurs en Afrique, d'autre part, expliquent la lente marche vers la conventionnalisation de ces droits sur le continent. Un désintérêt s'ajoute à cette méfiance générale. Au moment de la conventionnalisation, la volonté de souligner une identité africaine a conduit à la rédaction d'une charte « partagée entre universalisme et particularisme³¹³ » (section 1).

232. Cet héritage s'apprécie, ensuite, dans les particularités du contexte malgache. Ce dernier est caractérisé par un développement de la législation protectrice des droits humains avec la ratification de plusieurs conventions internationales. Toutefois, les fractures sociales demeurent, créant un environnement défavorable à la réalisation des droits reconnus. Le décalage se creuse entre la législation et la réalité des citoyens (section 2).

³¹³ D. Gnamou-Petauton, « Les mécanismes régionaux africains de protection des droits de l'homme », in *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, P. Tavernier (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 255-277, p. 257.

Section 1. De l'extranéité vers un paradoxe dans le cadre général africain

233. Le discours des droits humains a servi à justifier les atrocités coloniales commises en Afrique. Le premier contact de ce continent avec lesdites notions, dans leur représentation actuelle, est mensonger. La méfiance née de ce double langage n'explique toutefois que partiellement le retard de l'Afrique dans la conventionnalisation de ces droits. En effet, il s'explique également par le désintéret des dirigeants africains qui concentrent leurs efforts politiques dans le recouvrement du plein exercice de la souveraineté au lendemain des proclamations d'indépendance.

234. De ce fait, la conventionnalisation, survenue tardivement avec la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP), témoigne de la volonté de se défaire de l'empreinte coloniale. L'Afrique entame une spécification de la notion des droits de l'Homme. La Charte revendique, dès son préambule et à travers ses articles, une particularité identitaire africaine. Mais cette revendication s'effrite avec l'internationalisation des interprétations des instruments conventionnels. Les mécanismes de protection se rapprochent de plus en plus de leurs homologues européens et américains. Il y a un paradoxe entre la lettre de la Charte africaine, qui revendique la particularité, et l'évolution des interprétations et des mécanismes pour sa mise en œuvre, qui tendent vers l'universalité.

235. L'histoire des droits humains en Afrique s'articule, dès lors, en deux points : le retard de la conventionnalisation de la notion par rapport aux États européens et américains (paragraphe 1), et l'abandon de la singularisation continentale des droits humains (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le retard de la conventionnalisation

236. Le processus de conventionnalisation africaine des droits humains, et la signature de la convention qui en a résulté, ont lieu tardivement par rapport à d'autres continents. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) date de 1950. La Convention américaine des droits de l'homme (Convention ADH) date de 1969. La CADHP n'est adoptée que le 28 juin 1981 lors de l'Assemblée Générale de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) tenue au Kenya. L'entrée en vigueur intervient le 21 octobre 1986. Cette reconnaissance tardive procède de deux causes. La première cause est relative à la méfiance

découlant du rapport historique de l'Afrique avec ces droits. L'Afrique est exclue de la conception des premiers instruments internationaux en la matière. En outre, la notion de droits humains est, dans la conscience populaire, associée aux puissances européennes colonisatrices qui ont recouru à des « falsifications manifestes des droits de l'Homme », faisant peser, sur ces droits, « le discrédit » et « la présomption de mensonge ³¹⁴ ». La seconde cause de ce retard de conventionnalisation est le choix politique des premiers dirigeants africains postcoloniaux, préférant ne pas limiter leurs pouvoirs nouvellement acquis.

237. En premier lieu, il faut reconnaître la filiation européenne des droits humains, « héritage culturel de l'Europe ³¹⁵ ». Les premières reconnaissances et formalisations sont européennes. « L'idée des droits subjectifs et la conception d'un droit fondamentalement attaché à l'individu (...) sont nées dans la culture occidentale à une époque bien particulière : celle des Lumières ³¹⁶ ». Le Bill of Rights (Royaume Uni 1689), la DDHC de 1789 (en France) et la Déclaration des droits de l'homme de 1776 (Virginie, États-Unis d'Amérique) en constituent les principaux instruments de reconnaissance. Ces déclarations proclamées dans les pays occidentaux n'ont aucune portée contraignante à l'égard des autres États. Leurs apports philosophiques dans la construction de la conception actuellement admise des droits humains est indéniable. Les États africains n'ont donc pas contribué à la construction initiale de la notion contemporaine de droits humains.

238. En matière internationale, la Convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'abolition de l'esclavage résulte d'un long processus européen. Les premières recommandations dans ce sens ont été émises lors du Congrès de Vienne de 1815 dans le cadre de la délimitation des frontières entre les États européens. L'Acte Général du Congrès de Bruxelles tenu à la fin de l'année 1889 et au début de l'année suivante a été approuvé pour l'ensemble des États représentés en vue de l'abolition de l'esclavage en Afrique. En 1919, la Convention de Saint-Germain-en-Laye insiste sur l'abolition de l'esclavage en Afrique. Concomitamment à ce discours d'égalité et de liberté véhiculé avec les droits humains, l'Europe établit un régime raciste et oppresseur pour l'exploitation de ses colonies. « Au fur et à mesure que l'esclavage a été aboli en Afrique commençait le colonialisme européen sur ce continent et c'est ce colonialisme qui avait introduit le système de travail forcé ou obligatoire »,

³¹⁴Manceron, 2003, *op. cit.*, p. 8 et p. 9.

³¹⁵ A. Le Guyader, « Regard de sociologue plutôt philosophique », in *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, *op.cit.*, 2008, p. 79-98, p. 97.

³¹⁶M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 15-16.

selon le Professeur C.M. EyaNchama dans son discours intitulé « Genèse et histoire de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », prononcé lors de la célébration du cinquantenaire de cette Déclaration à Bujumbura, le 10 décembre 1948. Concernant cette Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), elle est universelle par l'objectif qu'elle prône (respect des droits) et par la valeur dans laquelle elle s'enracine (la dignité humaine) et non pas par ses signataires. En effet, elle a été rédigée au sein de l'Organisation des Nations Unies, créée trois ans plus tôt, et en ce temps-là, dirigée exclusivement par les vainqueurs de la seconde guerre mondiale. Les États africains, à l'exception de l'Éthiopie, de l'Égypte et de l'Union Sud-africaine qui devient l'Afrique du Sud en 1961, n'ont pas participé, à l'implémentation de la DUDH.

239. Toutefois, cette filiation européenne ne signifie pas qu'il y ait une contradiction entre le continent africain et l'idée des droits humains. Tout d'abord, il est présomptueux d'affirmer que parce que les premières déclarations sur des droits de l'Homme ont eu lieu en Europe, alors l'Afrique précoloniale n'aurait connu que leurs violations. En l'occurrence des droits de l'Homme relatifs au procès ont été reconnus à Madagascar quelques décennies avant la loi d'annexion coloniale. Il y a, de ce fait, une appropriation de droits de l'Homme, dans l'ordonnement juridique précolonial des États africains.

240. Ensuite, la pluralité caractérise l'Afrique. Les États africains n'ont pas une civilisation homogène. D'un côté, bien que l'on ait tendance à stéréotyper l'image de l'Afrique dans une représentation unique, les cinquante-cinq pays qui la composent renferment d'énormes diversités. « L'aberration fondamentale revient sans doute à ériger une africanité mythique, archétype [dans laquelle se résoudraient] l'actualité événementielle, la configuration globale et le devenir des sociétés noires³¹⁷ ». « Si originalité d'un ensemble africain il y a, elle est moins liée à une culture commune, isolable et close, qu'à l'interaction historique entre ces sociétés africaines, avec leur fonds culturel commun et leur diversité culturelle, et le monde occidental³¹⁸ ». En ce sens, « la plus pernicieuse des illusions sociologiques est celle qui tend à réduire la pluralité des systèmes politiques africains au cadre monovalent de l'État sous-développé sans se soucier des multiples facteurs institutionnels, idéologiques, économiques, géographiques qui les différencient et les apparentent dans leurs mérites ou leurs méfaits³¹⁹ ». L'Afrique ne peut dès lors être confinée dans l'utopie d'une unicité civilisationnelle.

³¹⁷ J.-F. Bayart, « Les sociétés africaines face à l'État », *Pouvoirs*, 1983, N°25, p. 23-39, p. 23.

³¹⁸ J. F. Médard, « La spécificité des pouvoirs africains », *Pouvoirs*, 1983, N°25, p. 5-22, p. 6.

³¹⁹ R. Lemarchand, « Quelles indépendances ? », *Pouvoirs*, 1983, N°25, p. 131-147, p. 132.

241. De l'autre côté, le niveau de réalisation des droits humains eux-mêmes peuvent différer. A un moment donné et dans un État africain précis, le degré de réalisation d'un droit peut être plus élevé que celui d'un autre droit, situation qui peut être inversée pour une autre époque ou un autre pays africain. « On ne peut donc en appeler à l'existence d'une tradition africaine qui serait, en tant que telle imperméable aux droits de l'Homme, sempiternel « cœur des ténèbres » qu'il faudrait éclairer³²⁰ ». Toute généralisation est abusive.

242. Quant à l'idée de communautarisme africain souvent opposée aux droits humains, il convient de relativiser la contradiction. Effectivement, dans les sociétés précoloniales, « le chef coutumier (...) incarnait, plutôt qu'un pouvoir despotique, un pouvoir régulateur³²¹ », il était le sage, penseur et décideur de ce qui serait le mieux pour l'intérêt communautaire. L'autorité du dirigeant, qu'il s'agisse d'un chef coutumier ou d'un roi est donc légitimée par les devoirs dont il s'acquitte envers la population. Le communautarisme rattache les droits de l'individu à son apport à la société. Il « cherche à équilibrer les intérêts du groupe et de l'individu³²² ». La structure communautariste associe l'identification de l'individu, et donc de ses droits, à son appartenance sociale. Ce qui contredit l'idée des droits humains par laquelle l'individu détient des droits de par son essence humaine et non en raison de son appartenance sociale. C'est précisément sur ce point que le communautarisme freine la réalisation des droits humains, et qu'un aspect des cultures africaines, au pluriel, s'érige en une barrière pour ces droits.

243. Cette opposition doit cependant être relativisée de plusieurs façons. Tout d'abord, dans l'opposition formelle des critiques philosophiques, « les droits de l'Homme, c'est la perte du sens du collectif, le déni de l'être communautaire de l'homme (Marx) ou des rapports socio-affectifs ancrés dans les institutions (Freud)³²³ ». En l'occurrence, Marx a écrit que : « l'application pratique du droit de liberté, c'est le droit de propriété privée. Le droit de propriété est donc le droit de jouir de sa fortune et d'en disposer à son gré, sans se soucier des autres hommes, indépendamment de la société³²⁴ ». Les droits humains éloigneraient alors l'homme

³²⁰ Le Guyader, 2008, *op.cit.*, p. 93.

³²¹ C. Coquery-Vidrovitch, « A propos des racines historiques du pouvoir : chefferie et tribalisme », *Pouvoirs*, 1983, N° 25, p. 51-62, p. 51.

³²² E. Le Roy, « Regard de l'anthropologue du droit. Pourquoi les Africains n'adhèrent pas « spontanément » aux droits de l'homme ? », in *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, *op. cit.*, 2008, p. 65-77, p. 69.

³²³É. Delruelle, « Quel universalisme des droits de l'homme ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, N°98, p. 353-362, p. 355.

³²⁴ K. Marx, *Œuvres*, III, Philosophie, Paris, Pléiade, 1982, p. 367.

de ses semblables. Or l'histoire démontre que « le combat pour les droits de l'Homme, lui, est collectif³²⁵ », donc favorable à la construction d'un esprit communautaire.

244. La revendication des droits de l'Homme est, dans n'importe quelle société, l'expression d'une attitude défensive de la masse dirigée contre les abus d'une minorité dirigeante. Ces revendications peuvent prendre une forme violente et brusque, jusqu'à réformer un ordre préétabli, comme en France, en 1789. Elles peuvent secouer le système sans réussir à le bouleverser entièrement comme l'insurrection malgache en 1947. Elles peuvent également être pacifiques et progressives. Quoi qu'il en soit, invoquer les droits humains relève d'une réaction collective défensive, née d'une prise de conscience d'un désordre communautaire dû aux abus des dirigeants. En conséquence, les droits de l'Homme n'excluent pas l'ordre communautaire. Ils le restituent, ils l'innovent ou ils le modifient mais ils n'en rejettent pas l'essence constituée par la cohabitation. Les droits de l'Homme œuvrent pour une meilleure organisation de la communauté, dans l'égalité de ses membres et la coordination de leurs libertés.

245. Ensuite, il est nécessaire de dénoncer l'opposition stricte entre une société européenne qui serait individualiste et une société africaine qui serait communautariste. Les européens ont revendiqué puis consacré les droits de l'Homme quand leurs dirigeants les ont violés. « Il s'agit d'une identité advenue, conquise par les européens contre d'autres européens, (...), une création sociale-historique, (...) qu'on ne peut déduire d'une essence européenne préexistante ». Il est, de ce fait, inexact d'affirmer que le respect des droits de l'Homme fait partie de la nature européenne et leurs violations de la nature africaine. Les sociétés européennes ont le mérite d'avoir été les premières à formaliser les droits humains. Mais la codification, est un processus réactif et non proactif. « Ils y ont été inventés comme norme fondamentale « juridicisable », mais en tant qu'ils ont une culture qui a triomphé en Europe et qui a profondément bouleversé la culture européenne. En d'autres termes, l'Europe s'y est acculturée³²⁶ ». Elle a apprivoisé puis s'est appropriée de la notion des droits humains. Dès lors, l'opposition prétendue entre une essence européenne et une essence africaine, en ce qui concerne ces droits, est erronée. Les sociétés européennes ont eu une longueur d'avance sur les sociétés africaines en matière de droits humains parce qu'elles en ont connu les violations avant les sociétés africaines. Ces violations ont conduit à des contestations puis à des nouvelles législations.

³²⁵ Delruelle, 2004, *op.cit.*, p. 356.

³²⁶ Le Guyader, 2008, *op.cit.*, p. 97 et p. 98.

246. En matière de droits humains donc, l'apport de la colonisation n'est ni absolu ni exclusif. Il n'est pas absolu dans la mesure où quelques droits de l'Homme sont déjà reconnus dans certains États colonisés avant la colonisation. Il n'est pas exclusif du fait que leur appropriation par l'Afrique ne nécessite nullement la renonciation aux cultures africaines qui en connaissaient déjà certains traits. L'apport de la colonisation est d'avoir apporté, non pas l'idée des droits humains, mais une clarification de concepts qui font déjà l'objet, en Europe, d'une énumération détaillée, avant d'être rassemblés dans un acte unique. Cet acte en précise la teneur en spécifiant les caractéristiques substantielles, il en précise également la portée en plaçant l'État en situation de débiteur. La colonisation apporte non pas les droits humains en Afrique, mais une accélération de la clarification législative du sujet. Ces modélisations législatives auraient pu être progressivement engendrées par l'évolution normale des sociétés africaines, compte tenu des débuts de reconnaissance et des appropriations observées.

247. Toutefois, cet apport est terni par le double langage colonial des droits humains : le colonisateur « affirme l'égalité de tous et institue une hiérarchie parmi les habitants de l'empire³²⁷ ». La restriction des bénéfices des droits humains aux européens a construit dans l'entendement populaire le rapprochement entre la colonisation et le mensonge des discours des droits humains. « C'était avec une réelle conviction que certains internationalistes (...) faisaient la promotion de la colonisation qui, estimaient-ils, permettait d'amener la « civilisation » à ces peuples « arriérés » (...). C'est avec la même conviction que les internationalistes s'engagent en faveur de la promotion des droits humains (...). Les idées, règles et institutions promues par les internationalistes humanistes finissent régulièrement par être instrumentalisées par les groupes dominants (dans le cas de notre problématique : l'Occident) et par avoir des effets pervers défavorables pour les groupes subalternes (et notamment ceux du Tiers-monde)³²⁸ ».

248. Dans le langage colonial, l'universalisation des droits humains conduit à la standardisation de l'homme sur le modèle de l'homme européen et non à la standardisation des relations humaines à travers les principes de la liberté et de l'égalité. « Pendant quelques cinq siècles, le rapport de l'ensemble de l'Europe avec les autres mondes, marqué par l'esclavage et les colonisations, a été souvent contraire aux principes d'humanisme que cette même Europe a produit³²⁹ ». Rien ne garantit qu'après la décolonisation, ce détournement politique des

³²⁷Bancel, 2003, *op.cit.*, p. 46.

³²⁸R. Bachand, « Les nouvelles formes de colonialisme dans le monde : que faire du concept d'État fragile en droit international ? », *Civitas Europa*, 2012/1, N°28, p. 121-139, p. 128-129.

³²⁹Manceron, 2003, *op.cit.*, p. 19.

concepts humanistes soit révolu. D'ailleurs, « la décolonisation juridique n'a pas eu lieu (...), et quoiqu'en dise, la question des droits de l'Homme y est étroitement associée³³⁰ ». En bref, la méfiance envers la notion des droits humains s'explique plus par la cause historique bien qu'une cause structurelle, dont l'organisation communautariste des sociétés africaines, ne peut être entièrement écartée.

249. Cependant, le retard de la conventionnalisation s'enracine également dans le choix des dirigeants africains. Restant dans la quête d'une réelle indépendance, les États africains se lancent dans la conquête de souveraineté effective. Or, l'idée de droits humains, transcendant l'État et qui lui sont opposables, vicie cette souveraineté. La méfiance populaire s'ajoute à la réticence institutionnelle.

250. « Les premiers dirigeants vont privilégier les impératifs de développement économique, d'unité nationale et d'intégrité territoriale au détriment des droits et libertés des citoyens »³³¹. Paradoxalement, les décennies qui ont suivi les décolonisations enregistrent un bilan économique catastrophique. Les États nouvellement indépendants sont incapables d'enclencher leur croissance malgré le départ des puissances coloniales. Quant à l'unité nationale et l'intégrité territoriale, le découpage territorial dans l'Afrique continentale sous la colonisation se fait au fur et à mesure de l'avancement géographique de la conquête et non des frontières préexistantes. Ce découpage est maintenu au-delà de la colonisation, en application du principe de droit international de l'*uti possidetis*, obligeant des groupes à priori totalement étrangers les uns aux autres, à cohabiter. « La construction de la nation, les exigences de l'unité territoriale, des menaces sécessionnistes et bien d'autres arguments invoquant des dangers plus ou moins imaginaires, plus ou moins manipulés » autorisent l'autocratie. Ils servent également de prétexte pour écarter la question des droits humains que les dirigeants transgressent à grande échelle. Les droits humains sont « décrédibilisés par ceux qui devaient en être les témoins et les gardiens, les hommes d'État, au sens générique³³² », à l'instar des administrateurs coloniaux.

251. Le retard de la conventionnalisation s'étend sur presque trois décennies. Bien que dans les années soixante-dix, beaucoup d'États africains ratifient plusieurs instruments internationaux dont les pactes sur les droits de l'Homme de 1966. Ces adhésions n'ont entraîné

³³⁰ Le Roy, 2008, *op.cit.*, p. 76.

³³¹ A. Badara Fall, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, 2009, N°129, p. 77-100, p. 81.

³³² Le Roy, 2008, *op.cit.*, p. 74 et p. 76.

aucun abandon de leurs réticences dans l'intégration des droits humains. Cette attitude s'est également cristallisée dans leurs politiques internationales et notamment dans leur engagement au niveau continental. Réunis à Lagos sur l'initiative de la Commission internationale des juristes en janvier 1961, lors du Congrès des juristes africains sur la primauté du droit, quelques experts ont adopté une résolution sur la nécessité d'élaborer un mécanisme continental de protection des droits de l'Homme. Ladite résolution, baptisée « Loi de Lagos », n'a déclenché aucun engagement politique. Les interventions onusiennes sous l'égide de la Commission des Droits de l'Homme ont également été vaines. Les conférences et les ateliers n'ont pas abouti à l'adoption d'un instrument africain de protection des droits humains³³³. Les privilèges nés du bouclier de souveraineté ont servi aux dirigeants pour prendre « les États africains en otage du pouvoir personnel et du sous-développement³³⁴ »

252. Au sein de l'OUA, la Charte constitutive, votée le 25 mai 1963 et entrée en vigueur le 13 septembre 1963, n'inclut aucune énonciation de droits des individus. Elle se contente d'une référence à la DUDH et à la Charte de l'Organisation des Nations Unies. « Les droits de l'Homme ne figurent ni parmi les principes devant guider les États membres, ni parmi les politiques que les États se doivent de coordonner et d'harmoniser³³⁵ ». Cette charte concerne surtout la quête de la souveraineté effective et le respect du principe de non-ingérence. Elle dénonce le néocolonialisme. La question de l'apartheid constitue une exception. « Pour le reste, l'OUA fut largement bloquée par les intérêts divergents des différents pays africains empêchant toute avancée significative dans des domaines tels que l'intégration économique du continent ou la promotion des droits de l'Homme et de la démocratie³³⁶ ». La lutte contre l'apartheid, dans ce sens, s'inscrit plutôt dans un esprit de contestation de l'emprise européenne sur l'Afrique que dans la revendication des droits de l'homme. L'idée des droits consacrée au niveau mondial qui transcendent l'État et justifie, pour la société internationale un droit d'interpellation et d'action à leurs égards, s'agence mal avec la quête de souveraineté.

253. Également la conception communautaire de la société fait l'objet d'un regain de consécration juridique. L'OUA réinscrit l'homme dans un paradigme communautaire réitérant « qu'en Afrique l'individu ne se réalise pleinement que dans la société, du lignage à l'ethnie et

³³³ En ligne sur www.achpr.com, consulté le 8 mars 2021

³³⁴ F. Ougouergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, PUF, 1993, p. 12.

³³⁵ H. Ghérari, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », in *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, op.cit., 2008, p. 131-163.

³³⁶ P. De Gendt, *L'Union africaine face aux défis du continent*, Bruxelles, SIREAS, 2016, p. 4.

à l'État (...)»³³⁷. Toutefois, les exactions commises sur le continent en l'espace de quelques décennies d'indépendance ont entériné le risque que « la primauté accordée au groupe sur les libertés individuelles n'aboutisse à des régimes autoritaires ou dictatoriaux³³⁸ ».

254. D'ailleurs, face à l'énormité de ces exactions, quelques dirigeants précurseurs, dont ceux du Sénégal et de la Gambie, entraînent leurs homologues dans le projet d'une convention protectrice des droits humains au niveau continental. Ce projet est formalisé dans la résolution de l'Assemblée générale de l'OUA N°115 (XVI), tenue du 17 au 20 juillet 1979 à Monrovia (Libéria): « (...) L'Assemblée réaffirme le besoin (...) du respect des droits fondamentaux de l'Homme et des peuples et en particulier le droit au développement (...). L'Assemblée demande au Secrétaire Général (...) de préparer un projet préliminaire d'une Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ». La réticence complique également la rédaction d'un accord sur la matière. La conférence pléniptentiaire prévue au Sénégal pour voter le premier projet est annulée du fait de l'insuccès manifeste du projet à soumettre au vote. Il a fallu deux autres conférences tenues à Banjul, capitale de la Gambie, pour aboutir à l'instrument définitivement voté. Le rôle décisif de ces deux conférences explique la dénomination de la CADHP comme la « Charte de Banjul ».

Paragraphe 2. L'abandon de la singularisation

255. Les droits de l'Homme n'échappent à une revendication d'identité africaine. « D'une part, les États africains considèrent qu'ils ont leurs propres problèmes et qu'il convient de les régler dans le cadre d'organisations continentales ou régionales. D'autre part, on assiste à une remise en question des régimes juridiques internationaux établis par les puissances coloniales³³⁹ ». La littérature africaine des droits humains, partisane de l'idée de singularité, en avance deux aspects : une spécificité dans la consistance des droits et une spécificité dans le mécanisme de protection.

256. Le préambule de la CADHP soutient l'existence « des vertus de leurs [États africains] traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser

³³⁷M. Glele-Ahanhanzo, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Mélanges C.-A. Colliard*, Paris, Pédone, 1984, p. 511.

³³⁸P.-G. Pougoue, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Droits de l'homme en Afrique centrale*, P.-G. Pougoue (dir.), Paris, Karthala, 1996, p. 35.

³³⁹P. F. Gonidec, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *AFDI*, 1965, Vol. 11, p. 866-885, p. 880.

leurs réflexions sur la conception des droits de l'Homme et des peuples ». Mais existe-t-il réellement une civilisation africaine qui impliquerait une conception africaine des droits humains ? Selon Badara Fall, « Toute la force intrinsèque de la Charte réside dans cette double perspective de concilier une conception africaine des droits de l'Homme avec les théories en vigueur³⁴⁰ ». Keba M'baye, quant à lui, dans un raisonnement inductif, explique la singularité de la conception africaine avec celui du droit à la vie. Il « rappelle qu'en Afrique ce droit fondamental ne saurait être circonscrit à la seule interdiction de ne point tuer. Le droit à la vie correspond à des prescriptions positives puisqu'il oblige les hommes à apporter secours à ceux qui n'ont pas les moyens de subsister³⁴¹ ». Tous les droits humains s'interprètent, pour l'Afrique, dans cet esprit communautariste qui distingue les sociétés africaines des autres sociétés. L'ossature rédactionnelle de la CADHP inclut, dès lors, une énonciation des devoirs et des droits collectifs en plus des droits individuels, parce que l'homme africain ne s'épanouit que dans la société et à travers elle. Il se donne la chance de s'épanouir par l'accomplissement de ses devoirs envers sa communauté.

257. D'un point de vue formel, et dans cette revendication de particularité, l'intitulé même de la CADHP fait référence non seulement aux droits de l'Homme mais également à celui des peuples, à la différence des autres instruments régionaux. Elle énonce des droits collectifs, les droits de peuples, dont celui à l'égalité (article 19), celui à l'existence et à l'autodétermination (article 20) et celui à la libre disposition de leurs richesses (article 21). La CADHP dispose également, en précurseur cette fois-ci malgré le retard de son adoption, des droits de la troisième génération, ceux au développement (article 22), à la paix (article 23) et à un environnement satisfaisant et global (article 24).

258. Enfin, la CADHP procède à l'énonciation des devoirs de l'État et de l'individu, et pas seulement de leurs droits. Elle consacre les devoirs de l'individu envers sa famille, sa communauté et envers l'État. Son préambule en explique la connexité : « la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun ». Les devoirs se lisent, des lors, comme alors en des restrictions des droits et libertés précédemment accordés, qui, désormais « s'exercent dans le respect (...) de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun » (article 27.2). Les individus ont en outre le devoir de « servir sa communauté nationale » (article 29.2), de ne pas compromettre la sécurité de l'État (article 29.3), de

³⁴⁰Badara Fall, 2009, *op.cit.*, p. 84-85.

³⁴¹K. M'baye, « Les droits de l'homme en Afrique », *RIDC*, 1993, Vol. 45, N°3, p. 723-726, p. 724.

préservé et de renforcer la solidarité sociale et nationale (article 29.4) et de contribuer à la défense de son pays (article 29.5).

259. Toutefois, comme le dit Gonidec, « plutôt que de s'interroger sur l'insondable problème de savoir s'il y a une philosophie africaine des droits de l'Homme ou si les Africains ont adhéré à celle qui inspire la déclaration universelle et les pactes internationaux de 1996, il est plus intéressant de se demander si l'originalité de la Charte réside, non pas dans la formulation des droits pris isolément, mais plutôt dans les liaisons établies entre les groupes de droits comme entre les droits et les obligations³⁴² ». Il faut l'admettre, l'insertion des dispositions sur les devoirs de l'individu dans la Charte tient moins du souci d'affirmer une spécificité africaine des droits humains que de la volonté d'avoir un corps de texte à portée fédérative. Compte tenu du retard de la conventionnalisation, il fallait insérer dans le projet de CADHP des considérations nouvelles nées des motifs de rejets précédents. À la lumière de toutes ses dispositions, la Charte se démarquerait dès lors dans la restriction de l'exercice des droits au profit des règles communautaires comme la morale et la solidarité ou des impératifs nationaux comme la sécurité et la défense du territoire. La lecture et l'interprétation des droits et libertés doivent être encadrées par ces devoirs, si l'on s'en réfère à la lettre de l'article 27. Cette interprétation doit, cependant, être tempérée en ce que, en premier lieu, aucune interprétation ultérieure faite par la commission ne restreint le bénéfice des droits à la condition d'exécution des devoirs énoncés. En second lieu, la CADHP est « connue pour ne pas comporter de clause de dérogation générale, contrairement à d'autres grands textes de protection des droits de l'Homme³⁴³ », excluant l'hypothèse de restriction des droits pour des causes conjoncturelles.

260. Par ailleurs, de ce fait, les interprétations successives de la CADHP par la commission, son organe d'interprétation de la Charte d'après son article 45.3, n'a jamais défini ces devoirs comme une cause de restriction des droits et libertés accordés. L'illusion de la particularité substantielle des droits humains africains, entretenue par les rédacteurs et les premiers commentateurs de la CADHP, est d'ailleurs dissipée par les interprétations qui en sont faites. Les articles 60 et 61 suggèrent à la commission de s'inspirer des autres instruments protecteurs des droits humains dans l'accomplissement de ses missions. La Commission utilise la faculté offerte par ces articles pour faire sien les outils et les interprétations onusiennes et régionales. D'ailleurs, elle va jusqu'à qualifier cette faculté d'obligation en énonçant qu'elle « doit se

³⁴²P.-F. Gonidec, « Un espoir pour l'homme et les peuples africains ? La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Le Mois en Afrique*, 1983, p. 25-26.

³⁴³Ghérari, 2008, *op.cit.*, p. 151.

conformer (...) aux normes internationales des droits de l'Homme définies dans la Charte qui comprennent les décisions et les commentaires généraux des organes des Nations Unies créés par traités³⁴⁴». Ce glissement s'inscrit dans le phénomène dit de « l'intertextualité des droits de l'Homme³⁴⁵ », une connexion à travers un « élément de convergence³⁴⁶ », dont l'interprétation, des instruments en la matière. Cette ouverture s'effectue dans deux dimensions.

261. Premièrement, dans le mécanisme d'intégration d'un élément tiers, la Commission est partie d'emprunts de définition ou de raisonnement pour procéder, aujourd'hui, à des visas et des renvois exprès. Odinga met en parallèle la définition des actes de tortures avancée dans la décision groupée sur les affaires N° 137/94, 139/94, 154/96 et 161/97 International PEN, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken SaroWiwa Junior et Civil Liberties Organization contre Nigeria (paragraphe 79) et celle dans la jurisprudence de la commission et de la CEDH. Il conclut que la Commission reprend « pratiquement au mot près, (...) la même formule que celle adoptée par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme³⁴⁷ » sans le mentionner. Dans l'Affaire N°155/96 Social and Economic Rights Action Center contre Nigeria (paragraphe 52) cependant, la Commission fait explicitement référence à l'article 12 du PIDESC. De même, la Cour africaine, dans son Arrêt Commission ADHP contre Lybie (2016), aux paragraphes 81,82, 83, 88 et 89, se réfère aux articles 9 et 14 du PIDCP pour interpréter les articles 6 et 7 de la Charte qui portent sur le droit au procès équitable.

262. Deuxièmement, les références sont élargies vers des instruments moins conventionnels comme les déclarations et les programmes d'action. Le Programme d'action de Vienne de 1993 est, notamment, cité dans l'affaire N°241/01, Purohit et Moore contre Gambie (paragraphe 48). La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées est citée dans l'Affaire N° 204/97, Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples contre Burkina Faso (paragraphe 44).

³⁴⁴ Affaire N° 218/98, Civil liberties Organization, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project contre Nigeria, par. 29.

³⁴⁵ Voir P. Wachsmann, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *SFDI*, in *Actes du Colloque de Strasbourg sur La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 158-170.

³⁴⁶ Voir B. Conforti, « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *SFDI*, actes du Colloque de Strasbourg sur La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Paris, Pedone, 1998, p. 121-126.

³⁴⁷ A. D. Olinga, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, N°62, p. 499-537, p. 506.

263. En plus de ces emprunts jurisprudentiels et législatifs, la Commission étoffe la Charte de plusieurs résolutions et directives qui consacrent de l'universalité de lecture des droits humains. Rédigée dans une volonté d'affirmation identitaire, la Charte reçoit des interprétations dans une optique d'universalité des droits humains et des interprétations qui en sont faites³⁴⁸. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes en tant que telles, elles formalisent le rattachement aux conceptions internationalement reconnues et la régression de la revendication de singularité africaine. « L'Afrique rencontre et rejoint ainsi, pour la partager, une communauté de valeurs à défendre et à promouvoir, communauté déjà habitée notamment par les systèmes européen et interaméricain des droits de l'Homme³⁴⁹ ». Quant à l'idée de la spécificité substantielle, elle est désormais invoquée, non plus dans le cadre d'une conception africaine des droits humains, mais dans celui des réalités en Afrique qui en paramètrent la réalisation. « Le caractère unique de la situation africaine et les qualités spéciales de la Charte africaine imposent une importante tâche à la Commission africaine³⁵⁰ », les particularités s'inscrivent dans les difficultés de réalisation des droits et non dans leurs notions.

264. La particularité du mécanisme de protection, quant à elle, s'explique dans l'absence d'un organe judiciaire pour connaître des violations de la CADHP. « Les États africains, jaloux de leur souveraineté, ne tenaient pas à se soumettre aux décisions d'une juridiction régionale³⁵¹ ». Par ailleurs, les dirigeants africains, lors du processus de conventionnalisation, se sont beaucoup appuyés sur « la thèse du respect des traditions juridiques africaines » qui privilégient les « modes consensuels de règlement des différends³⁵² », de nature « essentiellement conciliatoire³⁵³ ». La procédure devant la commission, dès lors, comme principes le dialogue, la confidentialité et la conciliation.

265. Mais en raison des violations massives des droits humains pendant les décennies suivant la décolonisation, commises ou cautionnées par ses dirigeants, il est légitime de s'interroger si cette opposition tient plus de l'idée de revendication d'esprit communautaire que d'une ruse pour échapper à un organe judiciaire supranational, potentiellement encombrant. Quoi qu'il en

³⁴⁸ Sur l'analyse de ces résolutions, voir notamment A. D. Olinga, « Les résolutions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Une tentative de systématisation », *Afrique juridique et politique*, 2012, Vol. 1, N°2, p. 126-169.

³⁴⁹ Olinga, 2005, *op.cit.*, p. 502.

³⁵⁰ Commission Africaine, Communication N° 155/96, Octobre 2001, Social and Economic Rights Action, Centre for economic and social rights contre Nigeria.

³⁵¹ O. Delas et E. Ntaganda, « La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mécanisme efficace de protection des droits de l'homme ? », *Revue québécoise de droit international*, 1999, p. 99-124, p. 102.

³⁵² Gnamou-Petauton, 2008, *op.cit.*, p. 258.

³⁵³ Delas, 1999, *op.cit.*, p. 102.

soit, la Commission africaine est un organe administratif et non judiciaire, censé résoudre les violations conformément à l'esprit communautariste africain. « Cette recherche de compromis serait, pour ainsi dire, l'ethos processuel de l'africain³⁵⁴ ». Toutefois, il faut noter que la conciliation en elle-même n'est pas une particularité de la CADHP, étant également prévue par la CESDH (article 39) et la convention américaine (article 48 et 49) de protection des droits humains. Néanmoins, contrairement aux autres conventions régionales pour les droits humains, la charte africaine ne s'est pas dotée d'une Cour pour son application dès son entrée en vigueur, mais seulement d'une commission.

266. En ce qui concerne la procédure, la commission connaît deux sortes de communications : étatiques et non étatiques. Le sort de chaque dossier de communication interétatique (articles 51 et suivants de la charte), conformément à l'esprit de conciliation, passe obligatoirement par la Conférence des chefs d'États et gouvernements de l'OUA. Or, « l'organe suprême de l'OUA a toujours été qualifié de syndicat des chefs d'États et de gouvernements où régnait la conspiration du silence des dirigeants africains face aux violations massives des droits de l'Homme³⁵⁵ ». Le contrôle d'exécution de la CADHP passe par la validation politique des personnalités souvent mises en cause dans les communications. Quant aux communications non-étatiques, deux autres paramètres politiques, tenant à la Commission, précèdent la décision de cette conférence. En premier lieu, la recevabilité de la communication est soumise à la demande de la majorité absolue des membres de la Commission, sans que ces derniers soient tenus de motiver leur position d'abstention ou d'adhésion (article 55.2). En second lieu, la commission, apprécie la gravité des transgressions des droits dénoncées pour donner suite à la communication (article 58).

267. Si, dépassant tous ces obstacles politiques, une communication débouche sur un rapport circonstancié avec des recommandations émanant de la Commission, la publication de ce dernier n'a lieu que sur l'autorisation de ladite conférence (article 59). Cet empêchement dénature entièrement tout le travail de la commission. Compte tenu de l'impossibilité dans le droit international de contraindre un État à exécuter une mesure, la publication est le seul moyen de faire pression à travers la mobilisation de l'opinion publique et médiatique.

268. Cette politisation du mécanisme de protection a causé sa fragilité, et partant, a entravé l'amélioration de la protection des droits humains sur le continent. La persistance des violations

³⁵⁴Olinga, 2005, *op.cit.*, p. 500, notes de bas de page.

³⁵⁵ Delas, 1999, *op.cit.*, p. 105.

des droits, malgré l'entrée en vigueur de la CADHP en 1986 et la mise en place de la Commission en 1987, traduisent ce bilan d'échec. La Commission a mis fin à des procédures après la conclusion d'un accord entre les parties en cours d'instance. Tel est le cas dans le dossier N° 67/91, Civil Liberties Organization contre Nigeria, clôturée le 25 février 1992. L'abandon de la procédure intervient sans aucune condition relative aux victimes présumées comme leur indemnisation ou la vérification de la véracité des allégations des violations des droits.

269. Au milieu des années quatre-vingt-dix, le débat sur la nécessité d'un organe juridictionnel continental refait surface et cette fois-ci, les militants pour la création de la Cour l'emporte. Un projet initial de Protocole à la CADHP relatif à une Cour est débattu du 6 au 12 septembre 1995 en Afrique du Sud. Il est modifié en Mauritanie du 11 au 14 avril 1997, puis signé à Ouagadougou le 9 juin 1998. Il est entré en vigueur le 25 juin 2004.

270. En outre, les droits humains prennent un essor de protection institutionnelle avec la naissance de l'Union Africaine (UA), fusionnant l'OUA et la Communauté Économique Africaine. Son Acte constitutif est adopté à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000, entré en vigueur le 26 mai 2001. La place centrale de la notion de souveraineté, qui a induit un principe fonctionnel de concertation au sein de l'OUA, cède la place au mécanisme d'intégration dans l'UA. « Un grand changement par rapport à l'OUA est la transformation du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un État-membre par le principe de non-indifférence. Celui-ci permet à l'U.A. d'intervenir en cas de crime de guerre, de génocide ou de crime contre l'humanité³⁵⁶ ».

271. A la différence de celui de l'OUA, l'acte constitutif de l'UA exprime un attachement aux droits humains dès son préambule : « (...) [Les États] résolus à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des peuples » et également dès l'énoncé de ses objectifs, notamment celui de l'article 3.h en ces termes : « promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme ». Cet acte constitutif prévoit également la création d'une cour de justice de l'UA. En présence, du moins théorique, de deux cours de justice, un Protocole à la CADHP est adopté le 1^{er} juillet 2008. Elle opère, dès son article premier, l'unification des deux juridictions africaines pour former la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, qui n'est pas encore opérationnelle. Quoi qu'il en soit, « dans le

³⁵⁶ De Gendt, 2016, *op.cit.*, p. 5.

système africain, la Cour africaine est une création après-coup et marque l'abandon de la spécificité africaine prônée par les tenants de l'arbre à palabres³⁵⁷ ».

³⁵⁷F. Quilleré-Majzoub, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'Homme en Afrique. Étude comparée autour de la création de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *RTDH*, 2000, p. 729-785, p. 731.

Section 2. De l'extranéité vers un paradoxe à Madagascar

272. La proximité géographique génère des similitudes certaines, mais n'implique pas l'uniformité de l'évolution des droits de l'Homme dans tous les pays colonisés. Les premières reconnaissances législatives datent de l'occupation et ont été faites par la puissance colonisatrice. Toutefois, dès le départ du colonisateur, le sort de ces droits reconnus varie d'un pays à un autre. Pour Madagascar particulièrement, le décalage entre le développement de la législation sur les droits de l'Homme (paragraphe 1) et le maintien d'un schéma d'organisation sociale propice à leurs violations (paragraphe 2) s'amplifie.

Paragraphe 1. Le développement de la législation sur les droits humains

273. Le paradoxe colonial sur les droits est celui de la déconnexion entre le discours politique de l'humanisme et la pratique de l'asservissement. Après la colonisation, le paradoxe réside dans l'écart entre la législation et la réalité. Madagascar se lance dans une course législative de ratification de conventions internationales sans avancer dans leur réalisation. Mais préalablement à cela, il convient d'apprécier le sort des conventions internationales ratifiées par la France et entrées en vigueur à Madagascar pendant la colonisation. « Il est évident que le droit conventionnel, du fait qu'il a été élaboré sans la participation ni le consentement des pays devenus indépendants puisqu'ils n'avaient pas ou ne pouvaient pas exercer le pouvoir de traiter, reflète beaucoup plus les intérêts des puissances coloniales que ceux des États africains³⁵⁸ ».

274. Malgré la volonté politique de marquer la décolonisation, les États nouvellement indépendants, dont Madagascar, ne rompent pas totalement avec le droit colonial. Pour éviter le désordre né d'un vide juridique, il leur faut procéder à des aménagements entre cette volonté politique et une reconduction fidèle des conventions internationales imposées par le colonisateur. Deux options sont possibles : la succession sous réserve de dénonciation ou la rupture sous réserve de confirmation. La première hypothèse pose le principe du maintien des engagements internationaux sauf le cas d'une manifestation de la volonté dans le sens contraire. La seconde hypothèse pose le principe de la rupture sauf le cas de manifestation de la volonté de maintenir l'engagement.

³⁵⁸ P.F. Gonidec, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *AFDI*, Volume 11, 1965, p. 866-885, p. 879.

275. Généralement, les accords multilatéraux sont moins répudiés que les bilatéraux. En effet, les conventions bilatérales, *intuitu personae*, militent clairement en faveur des intérêts de la puissance coloniale. La reconduction en devient hasardeuse pour le cocontractant et pour l'État nouvellement indépendant. Les conventions multilatérales, quant à elles, tendent plus vers l'organisation uniforme des relations interétatiques que la consécration d'intérêts particuliers. Leur portée politique, en ce qu'elle orchestre des relations entre États indépendants sur la scène mondiale, répond aux besoins des anciennes colonies de voir leur personnalité juridique internationale rapidement reconnue.

276. Au-delà de cette tendance générale, la position de chaque État varie suivant le traité invoqué. Tel est le cas pour Madagascar, la question n'ayant pas été réglée par les Accords de coopération franco-malgaches. Pour les traités signés sous l'égide de l'ONU, « le Secrétaire général de l'ONU, en qualité de dépositaire de certaines conventions multilatérales, a pris l'initiative d'envoyer aux nouveaux États une liste des conventions qui leur étaient applicables avant l'indépendance et de leur demander de lui confirmer « qu'ils se considèrent comme étant toujours liés par ces instruments ». À défaut d'une telle confirmation, le Secrétaire général estime « qu'ils ne sont pas parties aux conventions³⁵⁹ ». En ce qui concerne Madagascar, une telle liste a été annexée à la lettre du Secrétariat général de l'ONU pour le Président de la République en date du 20 mars 1961, invitant Madagascar à prendre position sur treize conventions onusiennes en vigueur à Madagascar après les actes d'extension d'application territoriale pris par la France³⁶⁰.

277. Par une lettre du 6 février 1962 du Ministre des affaires étrangères, en réponse à la demande du Secrétariat général de l'ONU, le gouvernement malgache admet être tenu des obligations internationales contractées par la France et appliquées à Madagascar. Le principe du maintien sous réserve de dénonciation semble consacré. Cependant, ladite lettre précise

³⁵⁹ P.F. Gonidec, 1965, *op. cit.*, p. 882.

³⁶⁰ « La convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies ; la convention signée à Genève le 26 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ; la convention La Haye du 23 janvier 1912 sur l'opium ; la convention de Genève du 19 février 1925 sur l'opium, modifiée par le protocole de New York du 11 décembre 1946 ; la convention, signée à Genève le 13 juillet 1931 pour limiter la fabrication et réglementer la distribution des stupéfiants, amendée par le protocole signé à New York le 11 décembre 1946 ; le protocole signé à Paris le 19 novembre 1948, plaçant sous contrôle international certaines drogues non visées par la convention du 13 juillet 1931 précitée ; la convention, signée à Genève le 11 octobre 1933, relative à la répression de la traite des femmes majeures ; l'arrangement signé à Paris le 18 mai 1904 en vue d'assurer une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches, modifié par le protocole signé à New York le 4 mai 1949 ; la convention signée à Paris le 4 mai 1910, relative à la répression de la traite des blanches, amendée par le protocole signé à New York le 4 mai 1949 ; la convention sur la circulation routière, signée à Genève le 19 mars 1949 ; la convention relative à l'esclavage, signée à Genève le 25 septembre 1926 », Bardonnnet, 1966, *op.cit.*, p. 651 note en bas de page

que : « ce principe étant admis, il paraît indispensable que vous soit adressée, pour chaque convention, une déclaration formelle par laquelle le Gouvernement malgache se déclare comme lié ». En conséquence, c'est le principe de la rupture sous réserve de confirmation qui est choisi pour le sort des conventions onusiennes. Mais dans une lettre adressée à l'Ambassade des États-Unis à Tananarive en ce qui concerne les conventions bilatérales conclues entre la France et les États-Unis d'Amérique, la position des autorités malgaches diffère. En effet, il est exposé que « Conformément à la coutume, la République malgache se considère comme liée implicitement par de tels textes [droits et obligations contractées pour le compte de Madagascar], sauf dénonciation expresse par elle-même³⁶¹ ». Le principe du maintien sous réserve de dénonciation est, dès lors, consacré.

278. Ces deux lettres transcrivent l'ambiguïté de la position des autorités malgaches. Bardonnnet, qui a cité ces deux lettres, a pris position. Selon lui, « les correspondances échangées entre le Gouvernement malgache et le Secrétariat des Nations Unies ne concernent qu'une liste bien déterminée de conventions multilatérales générales, il ne s'applique qu'aux seules conventions citées dans la lettre du Secrétaire général. En revanche, le système de la continuité sous réserve de dénonciation doit correspondre à toutes les autres hypothèses, non seulement pour les traités multilatéraux préexistants dont le Secrétaire général des Nations Unies n'est pas dépositaire, mais aussi pour les traités bilatéraux antérieurs ».

279. Toutefois, ces deux correspondances concernent toutes les deux des conventions nommément énumérées, la première concerne des conventions onusiennes et la seconde traite des conventions bilatérales entre la France et les États-Unis. Il est présomptueux d'affirmer avec certitude la position malgache, d'autant que ces solutions s'écartent de la tendance générale de maintenir les engagements multilatéraux et de se délier des engagements bilatéraux. La confusion s'intensifie, d'ailleurs, en ce que la solution pour les accords bilatéraux diffère d'un cocontractant à un autre, et même d'un accord à un autre en cas d'identité de cocontractant. De ce fait, la Cour d'appel de Madagascar expose, dans son Arrêt Brouette contre Andalini du 14 juin 1961, que « La République malgache ne se trouve (...) pas liée par les traités conclus, par la France avec l'Italie avant son accession à l'indépendance » sans qu'il y ait eu confirmation, alors qu'elle s'est déclarée comme liée sauf dénonciation aux Accords franco-américains d'après la lettre invoquée précédemment. En 1963 et en 1964, cette

³⁶¹Bardonnnet, 1966, *op.cit.*, p. 653.

Cour va refuser d'appliquer l'Accord d'extradition franco-américain du 6 janvier 1909³⁶², posant une exception à la continuité de principe exprimée.

280. En outre, la pratique malgache a été hétérogène en ce qui concerne les conventions multilatérales. En application de la lettre que les autorités malgaches ont adressée au Secrétariat général des Nations Unies, Madagascar s'est déclaré tenu par la Convention contre la traite des blanches de 1910 par lettre du 1^{er} octobre 1963. Le sort de l'arrangement de 1904, qui porte également sur la même question, reste indéterminé. Par ailleurs, malgré cette lettre, il a adhéré, et non confirmé son engagement, à certaines conventions internationales faisant l'objet de ladite lettre. L'adhésion signifie que l'État qui y procède n'a jamais été tenu par le traité. Tel est le cas pour la Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures du 11 octobre 1933 et la convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage, les instruments d'adhésion étant déposés le 12 février 1964. Madagascar a, pareillement, adhéré à la convention de 1951 sur le statut des réfugiés le 18 décembre 1967. Le 12 février 1964, Madagascar a déposé les instruments d'adhésion à la Convention du 31 mars 1953 relative aux droits politiques de la femme, non citée par les communications diplomatiques avec les Nations Unies mais qui lui a été applicable en vertu d'une clause d'extension territoriale.

281. En conséquence, des conventions sur la protection des droits humains ratifiées par la France et rendues applicables à Madagascar, seule la Convention de 1910 sur la Traite des blanches est reconnue par Madagascar comme le liant en application du principe de la succession des États dans les traités. Les autres conventions, à l'exception de l'Arrangement de 1904 sur la traite des blanches sur laquelle aucun acte ultérieur n'a été pris, ont fait l'objet d'adhésion pendant la Première République. Ce qui sous-entend une rupture tacite des relations contractuelles préétablies lors de l'accession à l'indépendance.

282. Puisque Madagascar a déposé des actes d'adhésion, et non de confirmation, pour les quatre conventions déjà ratifiées par la France et rendues applicables à Madagascar suscitées, ils s'inscrivent, dans les conventions protectrices des droits humains intégrées par la Première République à l'ordonnancement juridique interne malgache. En outre, plusieurs conventions relatives aux droits humains sont ratifiées par Madagascar pendant la Première République :

- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 10 décembre 1967, ratifiée le 7 février 1969 ;

³⁶² Voir Bardonnnet, 1966, *op.cit.*, p. 671 et suivants.

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son protocole facultatif, ratifié le 21 juin 1971 ;
- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ratifié le 21 septembre 1971.

283. Pendant la Deuxième République, Madagascar a ratifié les traités suivants :

- La Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (adhésion le 26 mai 1977) ;
- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée le 17 mars 1989 ;
- La Convention relative aux droits de l'enfant, ratifiée le 16 mars 1991.

284. Sous la Troisième République, plusieurs traités ont été également ratifiés :

- La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifiée le 13 décembre 2005 ;
- La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, signée le 06 février 2007 ;
- Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 22 septembre 2004 ;
- Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 22 septembre 2004.

285. Sous la Quatrième République, les traités ratifiés sont :

- La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, ratifiée le 13 mai 2015 ;
- La Convention relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée le 12 juin 2015 ;
- Le Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifié le 21 septembre 2017 ;
- Le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort, ratifié le 21 septembre 2017.

286. Une évolution constitutionnelle de la reconnaissance des droits humains a également accompagné l'insertion de ces textes internationaux dans le droit interne malgache. La Constitution de la Première République et celle de la Deuxième République accordent une place considérable aux droits humains. La première Constitution malgache a énoncé les droits humains dans son préambule, où la dignité humaine « fondement même des droits de l'Homme³⁶³ » est exprimée. Cette formulation fait écho à l'esprit de la DUDH de 1948 à laquelle cette Constitution se réfère expressément. Ce préambule énonce également des droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels. La force contraignante de ce préambule fait l'objet de l'article 13 de l'ordonnance N°62-041 du 19 septembre 1962 en vertu duquel « Les principes généraux contenus dans le préambule de la Constitution de la République Malgache s'imposent aux juges qui doivent, en tous les cas, en faire assurer le respect et l'observation dans le cadre de la législation en vigueur ».

287. La Constitution de la Deuxième République a inséré la déclaration des droits humains dans son corps articulé, rompant avec le modèle de la Constitution française de 1946 et de 1958. Son avènement déconstitutionnalise certains droits anciennement énoncés dans la Constitution. Le droit syndical et celui à la protection sociale deviennent seulement de valeur légale avec le Code de travail pour les travailleurs dans le secteur privé, le Statut de la fonction publique et l'Ordonnance N°76-008 du 20 mars 1976 pour les fonctionnaires.

288. La hiérarchie des normes est bouleversée par la Charte de la Révolution Socialiste, adoptée par voie référendaire avec la Constitution de la Deuxième République. Aux termes de l'article 13 de la Constitution de 1975, « Les libertés fondamentales et les droits individuels sont garantis dans le cadre de la charte de la révolution socialiste ». De ce fait, selon la Constitution, la charte définit le cadre d'interprétation des droits et libertés. Elle n'occuperait alors que la place que lui accorde la Constitution, qui lui serait donc, dans ce raisonnement, supérieure. Mais l'article 16 de la Constitution dispose que « Quiconque abuse des libertés constitutionnelles ou légales pour combattre la révolution, entraver l'avènement de l'État socialiste (...) encourt la déchéance de ses droits et libertés. Les droits et les libertés du citoyen trouvent également leurs limites dans la loi et les impératifs de nécessité nationale ». Sachant que la charte préconise le processus de l'avènement de l'État socialiste et de la révolution, la déchéance de dispositions constitutionnelles peut, dès lors, être prononcée en son application. Ce qui élève la Charte au-dessus de la Constitution. Ces deux articles ont, dans ce sens, permis

³⁶³ Conseil des droits de l'homme, Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et des droits de l'homme, résolution N°21/11 adoptée en Septembre 2012, § 15.

plusieurs restrictions ou même annihilation des libertés, notamment d'expression ou de manifestation. Cette primauté de la Charte de la révolution sur la Constitution transparaît dans les rapports officiels déposés par les autorités malgaches auprès des instances internationales. Dans, ce sens le rapport malgache du 12 novembre 1980, présenté en vertu de la résolution 1988 au Conseil économique et social des Nations Unies concernant les droits couverts par les articles 6 à 9 du PIDESC, d'un point de vue formelle, énonce les dispositions de la Charte de la Révolution avant les dispositions constitutionnelles.

289. Toutefois, malgré cette extension et cette intensification de la reconnaissance législative, la réalisation des droits humains va se heurter à un environnement défavorable : l'appauvrissement général et la faible protection judiciaire. À Madagascar, comme dans tous les États fragiles, « il existe (...) un fort décalage entre le niveau formel de l'engagement international et le respect réel des droits fondamentaux³⁶⁴ ».

Paragraphe 2. Le maintien d'une organisation socio-politique défavorable à la réalisation des droits humains

290. Les droits de l'Homme requièrent des exigences structurelles pour leur réalisation. Cette organisation est caractérisée par deux aspects : un aspect vertical qui régule le rapport politique qui lie l'État aux citoyens, et un aspect horizontal qui régule le rapport entre les citoyens.

291. Tout d'abord, l'organisation socio-politique verticale doit s'ancrer dans deux principes structurels pour la réalisation des droits humains : la démocratie et l'État de droit. La colonisation a instauré un régime dans lequel l'État porte atteinte aux droits humains de manière légale. La DUDH énonce dans son article 21.3 que « La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». En consacrant ce droit de prendre part à la direction des affaires publiques et en posant le principe des élections pour ce faire, la DUDH relie intrinsèquement l'idée des droits de l'Homme et de la démocratie, « deux expressions d'un même idéal d'émancipation personnelle et collective³⁶⁵ ».

³⁶⁴M. Dubuy, « États fragiles et droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2012/1, N° 28, p. 35-54, p. 42.

³⁶⁵N. Régis, « Juger au nom des droits de l'Homme. L'office du juge, entre moral, droit et politique », *Les cahiers de la justice*, 2015/1, N°1, p. 99-111, p. 101.

292. La démocratie devient le mode de gouvernement propice à la réalisation des droits humains. « Les droits de l'Homme figurent en effet le principe d'autonomie individuelle que requiert la souveraineté, tout autant qu'elle le permet³⁶⁶ ». Cette souveraineté, exercée communément par tous les hommes, définit la démocratie qui est, « en son sens propre, une idéologie du respect de la personne humaine, d'abord dans ses droits et ses choix fondamentaux, puis récemment dans sa dignité³⁶⁷ ».

293. « Outre la proclamation des droits et libertés, l'État de droit postule la garantie juridictionnelle du respect du droit³⁶⁸ » par les gouvernants. « La réalisation de ces droits ne passe pas tant par l'exercice en commun du pouvoir que par l'institution de garanties encadrant l'action des pouvoirs publics³⁶⁹ ». Cette garantie juridictionnelle est instituée à l'encontre des membres de l'Exécutif avec la justiciabilité de l'Administration et des actes administratifs. L'exercice du pouvoir étatique ne garantit pas l'impunité, elle implique la redevabilité envers le peuple mandant. La garantie est également instituée contre les détenteurs du pouvoir législatif à travers le contrôle juridictionnel et le contrôle de constitutionnalité.

294. L'accession à l'indépendance n'a pas rendue la direction des affaires publiques aux citoyens anciennement asservis. Bien qu'elle ait toujours été partie prenante dans les discours politiques postcoloniaux, l'on assiste à « la dégradation de la démocratie en démocratisme en Afrique³⁷⁰ ». Le démocratisme « privilégie la forme sur le contenu, se méfie de la souveraineté du peuple et redoute autant l'altérité que le pouvoir de l'opinion ». Déclinaison purement formelle de la démocratie, il consiste en une « édulcoration ou falsification³⁷¹ » de la notion originale. Le mythe d'une démocratie africaine qui serait une variante de la démocratie en accord avec la philosophie communautariste du continent.

295. Loin de s'inscrire dans la considération de l'autre portée par le communautarisme, le démocratisme est assimilé à tort à la démocratie africaine. Il est plutôt une infantilisation de la population à travers un paternalisme du pouvoir, permettant « dans le présidentielisme africain de ces dernières années une simple survivance du centralisme colonial³⁷² ». Le pouvoir étatique se transforme presque immédiatement en pouvoir personnel du chef d'État, excluant toute

³⁶⁶Régis, 2015, *op. cit.*, p. 102.

³⁶⁷Nzinzi, « La démocratie en Afrique : l'ascendant platonicien », *Politique Africaine*, 2000/1, N°77, p.72-89, p. 72.

³⁶⁸Guèye, 2009/2, *op.cit.*, p.12

³⁶⁹Régis, 2015, *op. cit.*, p. 104.

³⁷⁰Nzinzi, 2000, *op. cit.*, p. 89.

³⁷¹Nzinzi, 2000, *op. cit.*, p. 73.

³⁷²Nzinzi, 2000, *op. cit.*, p. 76.

possibilité de séparation de pouvoir et d'État de droit. « L'histoire politique de l'Afrique instruit en effet qu'un très long séjour à la tête d'un État conduit souvent à la personnalisation et à la patrimonialisation du pouvoir, voire à la tentation de se choisir un dauphin accommodant³⁷³ ». L'histoire politique malgache s'inscrit également dans cette personnalisation du pouvoir dans un présidentielisme fort.

296. « La protection des droits de l'Homme est tributaire de certains déterminismes structurels et contextuels propres à chaque pays³⁷⁴ ». Pour Madagascar, cette personnalisation s'enracine dans la mystification du pouvoir qui justifie le démocratism. « La relation étroite du politique et du religieux (...) pose le problème de la légitimation du pouvoir³⁷⁵ », malgré les élections qui en sont l'origine ou qui l'ont postérieurement validé. « Le régime repose sur un chef élevé (...) au rang d'homme providentiel investi de tous les pouvoirs et objet d'un culte délirant de la personnalité³⁷⁶ ». Comme tous ces successeurs, « Tsiranana put bénéficier d'une réactivation de la théologie politique qui soutenait le pouvoir des monarques avant la colonisation³⁷⁷ ». Le dirigeant est vite associé aux dieux et aux ancêtres, le pays étant encore fortement empreint de croyances religieuses diverses. « Le paysan qui constitue plus de 80 % de la population en 1960 ne pense nullement que c'est à lui de désigner celui qui doit exercer le pouvoir, mais à Dieu et aux ancêtres. On n'élit donc pas un individu, mais ses ancêtres³⁷⁸ ». La filiation est un élément déterminant dans le choix des élites politiques.

297. En 1946, le MDRM fait campagne dans certaines zones rurales avec le slogan « Andrianampoinimerina n'est pas mort et Ravoahangy est son petit-fils ». Le parti a volontairement associé son candidat aux législatives à un ancien roi adulé. En 2009 et en 2010, Monja Roindefo est nommé premier ministre du régime transitionnel issu de l'insurrection de l'année 2009. Il est totalement inconnu de l'histoire politique mais il est le fils de Monja Jaona, le meneur du mouvement à l'origine de la chute du régime néocolonial de Tsiranana. Albert Ratsiraka, gouverneur indigène, a deux fils Etienne et Didier. Didier Ratsiraka, Président de la République de 1972 à 1992 puis de 1996 à 2002, épouse Céline, fille de Pascal Velonjara, député siégeant au parlement de l'Union française de 1951 à 1956. Son neveu Rolland Ratsiraka tient successivement des postes ministériels, occupe le poste de député puis de maire

³⁷³Guèye, 2009, *op.cit.*, p.18.

³⁷⁴ E. H. M. Sanghare, *La réception du droit international des droits de l'homme au Sénégal*, Thèse en Droit, Grenoble Alpes, 2014, p. 12.

³⁷⁵Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 124.

³⁷⁶Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 129.

³⁷⁷Razafindrakoto, 2014, *op.cit.*, p. 30

³⁷⁸Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 135.

de Tamatave. Elysé Ratsiraka alterne avec lui dans ces postes. Une autre fille Velonjara épouse Christopher Raveloson-Mahasampo, premier ministre de la défense dans le régime socialiste et fils de Raveloson-Mahasampo, député siégeant au parlement de l'Union française de 1951 à 1956. Une troisième sœur Velonjara est la femme d'un membre du Conseil Suprême de la Révolution dans cette Deuxième République. Le gouverneur de Tuléar en 2002, est le fils de Christopher Raveloson-Mahasampo avec Hortense Velonjara. Les exemples se multiplient avec les familles Andriamanjato, Ramarosaona et Resampa pour les régions centrales, Timingaro et Zafera pour la côte ouest, Zafimahova et Marson pour la Sud Est. Les alliances matrimoniales renforcent l'oligarchie. Les régimes successifs incluent des membres de ces familles dont les patronymes font présumer les compétences, le cas échéant, la légitimité. « Les Républiques et les partis passent, les grandes familles restent³⁷⁹ ».

298. Ce trait de l'organisation politique malgache fragilise la démocratie. Les échecs de la Première République sont imputables principalement à l'administration malgache qui a failli dans son rôle de développement démocratique de l'État, en dépit même de l'influence française. D'ailleurs, « la présence d'étrangers dans les institutions nationales décroît rapidement, avant même le renversement de la Première République³⁸⁰ ». Il en est de même dans les entreprises privées. Les premières élections sont effectivement organisées pendant la Première République, mais elles n'ont pas garanti l'avènement de la démocratie, encore moins de l'État de droit.

299. Plus tard, au début des années soixante-dix, le socialisme prône la rupture plus nette avec l'ancien colonisateur et séduit avec des discours de souveraineté populaire, de justice sociale et d'égalité. Cependant, l'organisation politique se maintient « sous une forme extrêmement centralisée et personnalisée, dans la lignée des pouvoirs précédents, et les bouleversements sociaux attendus n'eurent pas lieu³⁸¹ ». « Le caractère oligarchique du pouvoir va se renforcer en se renouvelant³⁸² ». La démocratie n'est que caricaturale. « On affirme que le peuple est souverain. Mais en fait, on le dépouille de tout pouvoir. On organise des simulacres d'élections pour arriver au pouvoir et pour s'y maintenir³⁸³ ». Cette démocratie formelle est liberticide. « On ne reconnaît aucune expression légale aux partis d'opposition.

³⁷⁹Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 133.

³⁸⁰Galibert, 2008, *op.cit.*, p. 97.

³⁸¹Razafindrakoto, 2014, *op.cit.*, p. 36

³⁸²Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 130.

³⁸³« Textes bilingues des évêques de Madagascar », *Église et société à Madagascar*, N° 3, Antananarivo, Foi et Justice, 1984, p. 61.

Aucune possibilité de faire entendre des critiques³⁸⁴ ». Les libertés, comme les droits fondamentaux, restent totalement discursives. Le gouvernement socialiste instaure un « régime quasi dictatorial par le biais de la propagande, de la peur et de la répression³⁸⁵ ».

300. En plus, pour la réalisation des droits humains, l'organisation sociale doit intégrer le principe de l'égalité. Ni l'avènement de l'Union française en 1946, ni le recouvrement de l'indépendance en 1960 ne remédient à l'inégalité sociale entretenue pendant les décennies précédentes. La Première République « creusa encore l'écart entre l'immense majorité rurale (plus de 80 % de la population) et un monde urbain pourtant hétéroclite³⁸⁶ ». Certes, l'élite politique de la Première République compte des nobles des régions côtières dans ses rangs, contrairement à l'époque précoloniale de l'hégémonie politique des Merina, l'ethnie des Hauts-plateaux du centre de l'île. Toutefois, la grande fracture économique, cause de la fracture sociale, survit à la décolonisation.

301. « En simplifiant à l'extrême, on peut avancer l'hypothèse selon laquelle les dominés et les exploités de l'État postcolonial tendent à être les dépendants des sociétés précoloniales, la nouvelle donne provoquée par la colonisation n'ayant été que partielle³⁸⁷ ». L'État échoue dans tous ces domaines d'intervention. En matière économique, la restructuration des sociétés d'économie mixte enclenchée en 1967 ne fonctionne pas. « Un constat et un bilan accablants furent dressés à l'encontre des entreprises publiques dans leur ensemble, des établissements publics industriels et commerciaux en particulier³⁸⁸ ». La croissance économique qui est perçue comme « l'une des conséquences incontournables de l'accession à l'indépendance (...) tarde à se produire et se fait de manière inégalitaire³⁸⁹ ». Le constat fait notamment état de signes ostentatoires d'inégalité et de marginalisation d'une partie de la population avec « les abus de droits, (...) l'accès limité à l'information, les coûts inégaux de l'enseignement, (...) le mépris du pauvre et la corruption³⁹⁰ ».

302. Cette fracture sociale est en partie imputable aux dirigeants malgaches et non seulement à l'héritage colonial. Le bilan du régime socialiste, qui marque une rupture plus nette avec l'ancienne puissance colonisatrice, est également accablant. Baptisée comme « la Révolution

³⁸⁴ « Textes bilingues des évêques de Madagascar », 1984, *op.cit.*, p. 61.

³⁸⁵ H. Maier, *Droits de l'homme et dignité humaine à Madagascar. Un pays cherche sa voie*, Missio, 2010, p. 7

³⁸⁶ Razafindrakoto, 2014, *op.cit.*, p.32.

³⁸⁷ Bayart, 1983, *op.cit.*, p.23-39, p. 29.

³⁸⁸ Ramarolanto Ratiaray, « L'entreprise socialiste à Madagascar », *RIDC*, 1984, Vol. 36, N°3, p. 541-587, p. 544.

³⁸⁹ K. Rafitson, « Les crises malgaches vues par la conférence épiscopale de Madagascar. Étude des communiqués publiés de 1889 à 2014 », *Afrique contemporaine*, 2014, N° 251, p. 69-92, p. 75.

³⁹⁰ Lettre de l'évêque catholique Claude Rolland datant du 1^{er} mai 1964 cité par Rafitson, 2014, *op.cit.*, p. 74.

socialiste » par ses instigateurs, les mouvements de 1972 manquent également leurs promesses d'une société juste. En effet, dans la foulée de l'insurrection, le sort de ses ressortissants pousse la France à accepter de réviser les Accords de coopération. Les discussions commencent à Paris le 25 janvier 1973 avec les nouveaux dirigeants malgaches. Neuf nouveaux traités sont signés : un de portée générale qui abroge tous les Accords de coopération antérieurs et huit de portées spécifiques qui en définissent les nouveaux termes dans des conditions plus égalitaires. Les conventions spécifiques légifèrent sur la diplomatie, la coopération militaire, l'administration judiciaire, l'assistance technique, les relations culturelles, les télécommunications, de la coopération militaire, et deux conventions de nature économique traitant de la pêche et du domaine. La France perd la quasi-totalité de ses privilèges issus des premiers Accords de coopération. Les accords rentrent plus dans les standards posés par la Convention de Vienne de 1969 sur le Droit de traités en incluant des dispositions reflétant des relations égalitaires entre parties souveraines.

303. En l'occurrence, en matière militaire, les deux bases françaises installées à Madagascar sont restituées à l'État malgache. En vertu du nouvel Accord de coopération militaire conclu le 4 juin 1973, le retrait des troupes françaises se fait jusqu'en fin août 1973. La France conserve toutefois des facilités d'escale technique et de ravitaillement sur la base d'Antsiranana en contrepartie de la formation dispensée aux techniciens malgaches. En matière diplomatique, la Convention consulaire franco-malgache connaît une fin conventionnelle à partir du 25 janvier 1974. « A cette date, les relations consulaires seront régies, ajoute le texte, par la Convention de Vienne du 24 avril 1963. Elles seront donc placées sous l'empire du droit international général et perdront donc tout caractère privilégié ou particulier³⁹¹ ».

304. Toutefois, « les résultats [du socialisme] ne sont pas à la hauteur des ambitions affichées car Madagascar est incapable d'engendrer les ressources internes lui permettant de financer les programmes d'infrastructures. (...)»³⁹² ». Comme tous les pays socialistes, Madagascar connaît « des difficultés sérieuses et grandissantes sur la voie de [son] développement³⁹³ ». A côté de la paupérisation de la masse populaire s'étale, de plus en plus, la richesse des oligarques tenants du pouvoir. Les pratiques socialistes ont renforcé la cassure sociale en enrichissant les plus

³⁹¹ G. Feuer, « La révision des accords de coopération franco-africains et franco-malgaches », *AFDI*, Vol. 19, 1973, p. 720-739, p. 729.

³⁹² J.-B. Véron, « L'Afrique post-indépendances : 50 ans de crises ? L'exemple de Madagascar », *Afrique contemporaine*, 2010/3, N°235, p. 115-126, p. 118.

³⁹³ J. Marczewski, « Les conditions d'efficacité des réformes dans les pays socialistes », *Revue d'études comparatives Est-ouest*, 1988, Vol.19, N°4, p. 5-29, p. 5.

riches et en appauvrissant les plus pauvres. « Un appareil d'État incompetent, prédateur et corrompu va accélérer la paupérisation de la population, le laminage de la classe moyenne, et l'enrichissement d'une nouvelle minorité de profiteurs³⁹⁴ ». Le régime exclut la grande majorité de la population de la distribution des richesses à l'instar des indigènes coloniaux. « L'affectation des ressources s'effectue suivant un ordre de priorités rigide : les besoins de l'armée, du parti et de l'État sont satisfaits en première ligne, puis viennent les activités prioritaires de production, le reste est laissé à la consommation des ménages³⁹⁵ ». Dix années après son instauration, les échecs du régime socialiste conduisent à des « nombreux affrontements entre les forces de l'ordre et les citoyens, occasionnant parfois des pertes en vie humaine³⁹⁶ ». Le socialisme, lui également, entretient la supercherie. « Le dessein politique était grandiose, mais l'intendance ne suivit pas. Fin 1981, la situation économique était catastrophique. Tous les indicateurs étaient au rouge³⁹⁷ ». L'inégalité persiste et s'aggrave. « Malgré tous les slogans, ce n'est pas le bien du peuple que l'on vise [...] mais l'intérêt d'une oligarchie au pouvoir³⁹⁸ ».

305. Pour toutes ces raisons, les ruptures politiques successives (la décolonisation puis l'avènement du socialisme), revendiquées par les discours politiques, n'ont pas engendré la fin de l'accaparement des richesses par un groupe minoritaire. Entre l'époque monarchique et la Troisième République, Madagascar connaît la colonisation, le statut de territoire français d'outre-mer, le néocolonialisme, et le socialisme. A chaque fois, la conscience de l'inadéquation du régime en place, propice à la violation des droits humains, et la conscience de la nécessité impérieuse de changement conduit au soulèvement populaire et au renversement du régime, mais le successeur reproduit un cliché social similaire. Les données sur les droits humains corroborent l'absence d'un cadre favorable à leur réalisation. « Des violations systématiques » persistent depuis plusieurs décennies. Entre autres, on peut citer : « pauvreté structurelle, lutte pour le pain quotidien, accès limité à l'éducation et aux services de santé, manque cruel d'opportunités de travail et de revenus permettant d'assurer la subsistance de la population, couverture sociale embryonnaire, système judiciaire peu fiable, et exclusion de facto de la population du processus politique décisionnel³⁹⁹ ».

³⁹⁴Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 129-130.

³⁹⁵Marczewski, 1988, *op.cit.*, p. 12.

³⁹⁶ K. Rafitoson, « Les crises malgaches vues par la conférence épiscopale de Madagascar. Étude des communiqués publiés de 1889 à 2014 », *Afrique contemporaine*, N° 251, 2014, p. 69-92, p. 79.

³⁹⁷ F. Deléris, *Ratsiraka : Socialisme et misère à Madagascar*, Paris, L'Harmattan, 1986, p. 66.

³⁹⁸ « Textes bilingues des évêques de Madagascar », 1984, *op.cit.*, p. 61.

³⁹⁹Maier, 2010, *op.cit.*, p. 5.

CONCLUSION DU CHAPITRE

306. La méfiance de l’Afrique envers les droits humains est une cause du retard de conventionnalisation de ce droit dans le continent. Mais ce retard est également dû à l’absence de volonté politique des premiers dirigeants des États africains, préférant les questions de souveraineté sur celles des droits humains. Ce choix politique, par ailleurs, les exonère de leur redevabilité face à la continuité de violations des droits humains qu’ils ont la charge d’éradiquer au lendemain de la colonisation. Toutefois, la position africaine évolue avec le temps. Les droits humains reçoivent, aujourd’hui, une consécration longtemps refusée en Afrique avec l’adoption des conventions africaines en la matière, l’avènement de l’UA et la création des Cours qui offrent une protection judiciaire.

307. En ce qui concerne le contexte national qui est le cadre de réalisation des droits humains, « l’histoire de leur [les États africains anciennement colonisés] évolution politique est celle d’un perpétuel recommencement : (...) les équipes au pouvoir se succèdent sans pour autant transformer les règles du jeu ou la nature des enjeux⁴⁰⁰ ». Pour Madagascar particulièrement, la décolonisation a opéré le transfert du pouvoir d’oppression de l’autorité coloniale vers les autorités malgaches. L’utilisation de ce pouvoir transféré s’est inscrite dans la perpétuation d’un système économique d’enrichissement de groupes minoritaires. Il y a de ce fait, pendant la période postcoloniale (1960-1990), un décalage entre une législation de plus en plus protectrice des droits humains et une organisation sociale qui en favorise les violations. Le retour de pouvoir de s’auto-disposer n’a conduit à aucun progrès dans le quotidien de la population. La fin de la colonisation, malheureusement, n’implique pas l’avènement d’un cadre propice à la réalisation des droits humains malgré les ratifications de plusieurs traités les consacrant.

⁴⁰⁰ Lemarchand, 1983, *op.cit.*, p. 137.

Chapitre 2. La justice postcoloniale : d'une justice coloniale à une justice à la coloniale

308. L'indépendance propulse les États anciennement colonisés dans l'obligation de se prendre en charge et de s'administrer. « Les jeunes États africains (...) n'ont pas eu le temps ni les moyens de réformer leur droit aussitôt après le départ des colonisateurs. La loi du moindre effort a consisté, sans se préoccuper des conséquences d'une telle option, à garder des anciennes lois à défaut de recopier servilement la législation des États occidentaux (...)»⁴⁰¹. Madagascar suit cette tendance.

309. « La continuité juridique du pouvoir est dénotée par celle de la publication des textes officiels. Le Journal Officiel de Madagascar et dépendances est remplacé par le Journal officiel de la République Malgache le 27 novembre 1958, publié uniquement en français. (...) Quant à la structure du texte, elle conserve le découpage en trois parties de sa version coloniale, copiée sur la présentation du Journal officiel de la République française⁴⁰² ».

310. Le mimétisme ne se limite pas aux aspects formels de la législation. Madagascar postcolonial s'approprie les institutions, les modes d'organisation de pouvoirs de la colonisation, remplaçant les personnalités françaises progressivement par les personnalités malgaches. « La nouvelle classe dirigeante, issue de l'ancienne administration subalterne, n'était pas loin de penser que le modèle de gouvernance qui avait assuré sa promotion était indépassable et qu'il suffisait de le malgachiser⁴⁰³ ». L'organisation administrative de la Première République reprend celle de 1930, abandonnée en raison de sa lourdeur, comprenant de manière pyramidale les provinces, les préfectures et les sous-préfectures.

311. Ce chapitre démontre que la justice malgache s'inscrit également dans cette continuité : d'une justice coloniale, Madagascar met en place une justice à la coloniale. Comment se transmet cet héritage judiciaire ? Quelles sont les conséquences de cette continuité dans la réalisation du droit au procès équitable ?

312. La décolonisation politique est trop brève pour s'accompagner d'une décolonisation judiciaire qui doit inclure deux facettes : le remplacement des magistrats français et l'accouchement législatif de nouvelles procédures. Au début des années soixante, Madagascar

⁴⁰¹KangulumbaMbambi, 2005, *op.cit.*, p. 325.

⁴⁰² Galibert, 2008, *op.cit.*, p. 91.

⁴⁰³Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 128.

entérine les mécanismes de la justice coloniale dans ses nouveaux Codes en reprenant ses principaux traits d'organisation et de procédure (section 1). Par ailleurs, le système judiciaire de la nouvelle République hérite des problèmes fondamentaux qui ont handicapé la justice coloniale (section 2).

Section 1. La transmission conventionnelle

313. « Le caractère non violent mais inégal de la relation instituée entre le nouvel État et l'ancienne puissance coloniale affecte le transfert du dispositif global du pouvoir⁴⁰⁴ ». Le transfert des compétences régaliennes vers l'État nouvellement indépendant fait l'objet d'une première série d'accords. Concomitamment à cela, une seconde série est discutée. Ce sont les Accords de coopération : un accord général et des accords spécifiques sur divers secteurs : diplomatique, culturel, militaire, domaine, judiciaire, économique et financier, poste et télécommunications. Ils sont tributaires des hommes qui les ont formulés et de ceux qui vont les appliquer (paragraphe 1). Ils assurent le report conventionnel des procédures et des institutions judiciaires coloniales au-delà de la proclamation d'indépendance (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les relais de transmission : des hommes et des accords

314. L'union française devient la Communauté française, d'inspiration fédéraliste, par la Constitution de 1958. Lors du référendum du 28 septembre 1958, Madagascar choisit de rester dans la Communauté française. Le 14 octobre de la même année, Madagascar est proclamé République avec un statut d'État-membre de la Communauté française. « Relevaient de la compétence de la Communauté, la politique étrangère, la défense, la monnaie, la politique économique et financière, et le contrôle de la justice⁴⁰⁵ ». Toutes les fonctions régaliennes restent de la compétence communautaire, donc de la compétence française puisque le président de la communauté est le président de la République française.

315. Cependant, les États membres de la Communauté vont vite réclamer une indépendance totale. Tel est le cas pour Madagascar dès 1959. Cet échec de la Communauté n'est que partiel. En effet, l'indépendance n'est pas arrachée à la France. Cette dernière la conçoit, la façonne et la dirige. La décolonisation est prévue par la Constitution qui dispose dans son article 78 des modalités de transfert de compétences de la Communauté vers les pays anciennement colonisés. Le transfert « peut être réglé par un accord particulier⁴⁰⁶ ». Dès lors, la Constitution française prévoit déjà, non seulement l'indépendance des États membres de la Communauté

⁴⁰⁴Galibert, 2008, *op.cit.*, p.91

⁴⁰⁵ G. Massa, « Les politiques coloniales de la France de 1930 à 1960 », in *La France d'outre-mer (1930-1960). Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, 2003, *op.cit.*, p. 25-36, p.36

⁴⁰⁶G. Conac et G. Feuer, « Les accords franco-malgaches », *AFDI*, 1960/6, p. 859-880, p.862

par la possibilité de transfert de compétences régaliennes, mais également des mesures conventionnelles accompagnant ce transfert.

316. D'ailleurs, de part et d'autre, la décolonisation ne peut être totale. Des aménagements sont nécessaires malgré le discours politique de rupture. « Si la France doit se préoccuper du sort de ses fonctionnaires, le « nouveau » pays, lui, a l'obligation de fonctionner⁴⁰⁷ ». Les intérêts convergent. Pour la France, les voyages de rapatriement sont coûteux. Le reclassement des fonctionnaires coloniaux en Métropole est problématique. Ils ne peuvent être absorbés dans l'effectif métropolitain. Beaucoup d'entre eux ont été formés pour travailler aux colonies, avec toutes les particularités que le contexte colonial implique.

317. Quant aux anciennes colonies, le système d'enseignement pendant la période d'occupation n'a guère préparé la relève lors de l'indépendance. Si quelques personnalités des anciennes colonies ont reçu les formations et ont rempli les fonctions qui les prédestinent à assurer la direction du pays au départ du colonisateur, ils ne sont pas assez nombreux pour assurer le fonctionnement normal des machines d'État. « La faiblesse du nouvel État indépendant devait être compensée par l'aide et l'expérience de l'ancien colonisateur⁴⁰⁸ ». La dévolution d'États doit être progressive pour en assurer une certaine continuité.

318. La convergence d'intérêts politiques rejoint le besoin de préservation des intérêts économiques. La dépendance des entreprises françaises envers les anciennes colonies ne disparaît ni avec l'abrogation de la loi d'annexion ni avec la désuétude de l'Union française. Beaucoup d'entre elles continuent à exploiter et à exporter des matières premières à Madagascar. En France, beaucoup d'entreprises s'occupent de transformer ces matières premières importées des anciennes colonies. Parallèlement, le parc industriel des nouveaux États indépendants ne recense que très peu d'industries de transformation alors que la population est désormais habituée aux produits élaborés déversés abondamment sur le marché pendant la période d'occupation. « La décolonisation (...) n'a pas mis fin à la dépendance. (...) Les structures politiques et économiques contemporaines, et notamment l'État, doivent se lire à la lumière de cette continuité historique⁴⁰⁹ ».

⁴⁰⁷ M. Fabre, « Décolonisations et repli de l'État : enjeux et stratégies », in *Le juge et l'outre-mer*, T. 8, M. Fabre et D. Mouret (dir.), Montpellier, UMR 5815 Dynamiques du droit, 2013, p. 11-18, p. 15.

⁴⁰⁸ M. Fabre, « Les conventions judiciaires de la colonisation à l'interdépendance », in *Le juge et l'Outre-Mer*, 2013, *op.cit.*, p. 153-178, p. 154.

⁴⁰⁹ Bayart, 1983, *op.cit.*, p. 29.

319. Dès lors, la présence des anciens fonctionnaires coloniaux convient aux deux pays. Les discours politiques doivent s'accommoder de ces contraintes du terrain. « A l'exception de quelques agents rentrés définitivement en France avant 1960, tous les anciens « colos » (...) restent dans le même pays durant la période charnière des indépendances⁴¹⁰ ». Ils deviennent, auprès des nouveaux États indépendants, des assistants techniques rattachés au sein du nouveau ministère de la coopération. Le champ d'action de ce ministère s'étend dans les anciennes colonies tandis que le ministère des affaires étrangères se tourne vers les autres pays. Il est « chargé de développer sur dons des activités de coopération économique, culturelle, mais aussi militaire et stratégique dans les pays du 'champ', soit la plupart des anciennes colonies⁴¹¹ ».

320. Au-delà, il est également question de maintenir l'interdépendance pour « apaiser le traumatisme de la décolonisation⁴¹² ». Les Accords de coopération⁴¹³ voient le jour dans cet objectif. Selon Conac, « d'une part, la République malgache accepte de coopérer avec la France au sein de la Communauté contractuelle. D'autre part, la France accepte d'assumer certaines responsabilités particulières en vue d'aider au développement de Madagascar⁴¹⁴ ». Le contenu des accords sont tributaires des hommes qui les rédigent, et leur sort, des hommes au pouvoir. Les accords doivent rentrer dans le dessein voulu par l'ancien colonisateur, celui d'une décolonisation en trompe l'œil. Pour ce faire, l'ensemble des parties prenantes doivent adhérer à cette vision. Le premier pas dans le sens d'une décolonisation bénéfique pour l'ancien colonisateur se matérialise par la nomination de personnalités à la tête des anciennes colonies. « La sélectivité du recrutement du personnel politique qui a généralement présidé à la formation des États africains⁴¹⁵ » est un moyen efficace de préserver les intérêts français. En contrepartie, les nouveaux dirigeants bénéficient de l'appui militaire pour la stabilisation de leur pouvoir. Dans les discours officiels, le maintien de la sécurité et l'implantation des structures démocratiques dans les États encore en construction justifient cette assistance. Mais en réalité, les soutiens militaires deviennent des remparts contre le renversement des dirigeants

⁴¹⁰ J. Meimon, « Les permanences de la transition et les contraintes du repli », in *Le juge et l'outre-mer*, 2013, *op.cit.*, p. 135-150, p. 144.

⁴¹¹C. Balleix, « La politique française de coopération au développement. Cinquante ans d'histoire au miroir de l'Europe », *Afrique contemporaine*, 2010, N°236, p. 95-107, p. 97.

⁴¹² Fabre, « Les conventions judiciaires », 2013, *op.cit.*, p. 154.

⁴¹³ Sur les Accords de coopération conclus entre la France et ses anciennes colonies, Voir J.-A. Basso, « Les Accords de coopération entre la France et les États africains francophones : leurs conséquences au regard des indépendances africaines », in *L'Afrique noire française : l'heure des indépendances*, Ch.-R. Ageron et M. Michel (dir.), Paris, CNRS, 1992, p. 255-284.

⁴¹⁴Conac, 1960, *op.cit.*, p. 861.

⁴¹⁵ Lemarchand, 1983, *op.cit.*, p. 136.

favorables à la France et non des garanties contre l'insécurité institutionnelle et publique en général.

321. Pour Madagascar, Philibert Tsiranana est le vice-président du Conseil de gouvernement de Madagascar dans le système de la Communauté française. Il n'est pas élu par un suffrage universel, le Conseil de gouvernement étant élu par les assemblées provinciales. Il occupe la plus haute fonction pouvant être dévolue à un malgache dans l'organisation politique de la Communauté. Il est issu du Parti des Déshérités de Madagascar, PADESM, « parti regroupant surtout des notables venant des régions côtières favorables à la colonisation française⁴¹⁶ ». Ce choix politique mise sur une dissension raciale entre les originaires des régions centrales et ceux des régions côtières. Cette dissension a été « largement entretenue par l'occupant pour en faire un instrument de pouvoir, favorisant les côtiers pour contrer le nationalisme des hauts plateaux⁴¹⁷ ».

322. En effet, « en réaction à la formation du MDRM et exprimant la peur que les grandes familles Merina ne soient les principales gagnantes d'une indépendance immédiate, se créa le PADESM, constitué d'une alliance de *Merina mainty* ou descendants d'esclaves et des membres des élites côtières. Ce parti, sans véritable base populaire, reçut le soutien du pouvoir colonial⁴¹⁸ ». Soutenir le PADESM encadre l'influence du parti indépendantiste MDRM, fort de ses partisans à travers toute l'île contrairement aux idées vulgarisées par l'administration coloniale qui le cristallise comme le parti pour la révolte des Merina désireux de rétablir leur pouvoir royal. Beaucoup des partisans regroupés au sein du PADESM « s'étaient (...) trouvés aux côtés de la France durant la répression⁴¹⁹ » de 1947.

323. Avec la première Constitution malgache, proclamée le 29 avril 1959, Tsiranana devient le Président de la République. Les pourparlers en vue de la sortie de la Communauté française débutent le 11 février 1960. Ils sont menés entre les délégations permanentes dirigées par Jean Foyer, secrétaire d'État français aux relations avec les États de la communauté, et André Resampa, ministre malgache de l'intérieur et membre du PADESM. L'indépendance est acquise le 26 juin 1960, « les héritiers du PADESM (...) accèdent au pouvoir⁴²⁰ ». La Constitution, rédigée dans le contexte de la Communauté française, est modifiée le 28 juin

⁴¹⁶ L. Rabearimanana, 1986, *op.cit.*, p. 171.

⁴¹⁷ Blum, 2011, *op.cit.*, p.63, note en bas de page.

⁴¹⁸ M. Razafindrakoto, F. Roubaud, et J.-M. Wachsberger, « Élités, pouvoir et régulation à Madagascar. Une lecture de l'histoire à l'aune de l'économie politique », *Afrique contemporaine*, N° 251, 2014, p. 25-50, p. 31.

⁴¹⁹ Blum, 2011, *op.cit.*, p. 86.

⁴²⁰ Blum, 2011, *op.cit.*, p. 86.

1960. « L'indépendance refusée, et à quel prix, a été octroyée et confiée à ceux qui avaient alors été, au même titre que l'occupant, la cible des insurgés⁴²¹ » de 1947.

324. Avec de telles personnalités à la tête des États nouvellement indépendants, le dessein ambitieux d'une Communauté française dans laquelle la France garde une place prépondérante dans ses anciennes colonies se réalise avec les Accords de coopération. « La coopération est une solution pour prolonger l'esprit, sinon la lettre, de la Communauté. Ce pacte donne à la France la capacité de corriger toute déviation politique⁴²² ». Sauf ceux dits « quadripartites » conclus entre le Tchad, le Congo-Brazzaville, la République centrafricaine et la France, les traités conclus entre la France et ses anciennes colonies au début des années soixante sont bilatéraux. Cependant, seul l'identité du cocontractant diffère, les contenus, notamment les privilèges concédés à la France, restent identiques. « Ces accords correspondaient du côté français à un projet unique, à une sorte de grand dessein qui succédait à la Communauté agonisante et qui exprimait une vision politique ordonnée ». La France devient le point de liaison entre ces traités, l'ancrage central autour duquel gravitent ses anciennes colonies, reproduisant le schéma voulu mais non réalisé par la version initiale de la Constitution de 1958. Ils contribuent, du côté des États africains, à entretenir « le maintien des liens verticaux et horizontaux tissés par l'histoire et maintenus par une décolonisation amiable⁴²³ ». Madagascar a expressément exprimé son adhésion dans cette « communauté renouée » par l'Accord de 27 juin 1960. « Au fur et à mesure que [le processus de décolonisation] défaisait l'ordre proprement colonial, [il] retissait simultanément des liens de plus en plus étroits avec l'État français⁴²⁴ ».

325. « On le sait, le génie de De Gaulle Outre-mer a été de tout changer pour que rien ne bouge. (...) Simplement, les tâches sont redistribuées et la confusion entre les ordres quelque peu déplacée. La coopération française devient le support d'un messianisme national [français]⁴²⁵ ». Tandis que la loi d'annexion institutionnalise l'oppression dans la colonisation, les traités expriment le consentement à une mainmise étrangère. Les proclamations d'« indépendance formelle⁴²⁶ » rentrent, dès lors, dans la stratégie coloniale face au contexte international des années cinquante. Toute l'intelligence de cette stratégie s'apprécie à travers

⁴²¹ Blum, 2011, *op.cit.*, p. 86.

⁴²²J.-P. Bat, « Le rôle de la France après les indépendances. Jacques Foccart et la pax gallica », *Afrique contemporaine*, 2010/3, N°235, p. 43-52, p. 44.

⁴²³ G. Feuer, 1973, *op.cit.*, p. 720.

⁴²⁴J.-P. Dozon, 2008, *op.cit.*, p. 538.

⁴²⁵Fremigacci, 1993, *op.cit.*, p. 35.

⁴²⁶Dozon, 2008, *op.cit.*, p. 539.

l'abandon du recours à la force, condamné par le Droit international en plein essor au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Les relations conventionnelles font passer une ancienne colonie pour « un État pleinement indépendant qui accepte de coopérer avec la France et les États de la Communauté⁴²⁷ ». Elles sont difficilement contestables. La France s'est affranchie des reproches nés de la conflictualité de la conquête et de l'occupation coloniale tout en conservant ses privilèges et ses intérêts dans ses anciennes occupations. Les proclamations d'indépendance ont contribué à forger « un monde anachronique ou désuet qui n'a fait que perpétuer, à contretemps de l'histoire et sous la forme du néocolonialisme, la présence et les intérêts français en Afrique (...)»⁴²⁸.

326. Les relations franco-africaines des années soixante créent « un système de type postcolonial, fondé certes sur l'indépendance mais comportant pour les partenaires de la France des éléments de subordination tant sur le plan matériel que sur le plan culturel⁴²⁹ ». Cette nouvelle forme de domination, plus subtile, se manifeste dans une « intervention constante des anciennes puissances coloniales et des autres dans les affaires politiques, économiques, militaires et même culturelles des pays africains⁴³⁰ ». Les Accords de coopération « garantissent aux ressortissants des deux pays la possibilité d'occuper tout poste dans la fonction publique et d'ouvrir commerces et entreprises au même titre que les nationaux⁴³¹ ». Les privilèges accordés à la France et à ses ressortissants sont exorbitants. Le premier gouvernement malgache, dans ce sens, comprend trois ministres de nationalité française, Paul Longuet (ministre des finances), Marcel Fournier (ministre de la justice) et Eugène Lechat (ministre des travaux publics et du transport).

327. Entre autres, l'Accord de coopération militaire du 27 juin 1960, concède plusieurs prérogatives à la France « pour assurer la sécurité de leurs défenses⁴³² ». Madagascar lui accorde la libre circulation dans ses eaux et dans ses espaces aériens et la libre utilisation de ses matériels et infrastructures. Deux bases militaires à Madagascar restent sous commandement français, à Antsiranana (dans le nord) et à Antananarivo (dans le centre). Des interventions militaires sur la zone de l'Océan Indien et de l'Afrique de l'Est peuvent être déployées à partir de la base aéronavale française, le numéro 182, installée dans la ville

⁴²⁷Conac, 1960, *op.cit.*, p. 861.

⁴²⁸Dozon, 2008, *op.cit.*, p. 539.

⁴²⁹Feuer, 1973, *op.cit.*, p. 721.

⁴³⁰Ekanza, 2006, *op.cit.*, p. 615.

⁴³¹Blum, 2011, *op.cit.*, p. 62.

⁴³²Conac, 1960, *op.cit.*, p. 873.

d'Antsiranana. Aucune autorisation de l'autorité malgache n'est exigée pour ces déploiements. La France y exerce les prérogatives de souveraineté. Elle y régule, de manière exclusive, le flux des flottes étrangères. La capitale malgache abrite, ensuite, l'état-major d'une zone militaire française outre-mer qui est en charge de l'Océan Indien. Cet état-major est à l'image de celui qui a été installé à Brazzaville pour les anciens pays de l'Afrique de l'Est française ou à Dakar pour les anciens pays de l'Afrique de l'Ouest française. Ces deux bases garantissent à la France une position militaire stratégique en cas de conflit international. Selon les nombres avancés par Fremigacci, en 1963, 661 militaires français officient à Madagascar qui compte dans ses rangs d'armée 3500 hommes⁴³³. « Il ne pouvait être question d'une aide purement unilatérale de la France. Chacun des États se devait, dans la limite de ses moyens, de consentir à l'autre des avantages effectifs et, c'est pourquoi, les facilités reconnues par la République malgache dans le domaine militaire peuvent apparaître, dans une certaine mesure, comme une contrepartie des énormes responsabilités que la République française s'est engagée à assumer au profit du développement de Madagascar⁴³⁴ ».

328. En matière économique, l'Accord de coopération établit « un régime préférentiel ayant pour objet d'assurer à chacune des parties des débouchés privilégiés et comportant un ensemble équilibré d'avantages mutuels, notamment dans le domaine commercial et tarifaire, ainsi que dans celui des organisations de marchés⁴³⁵ ». Mais bien que les avantages établis soient réciproques, la réalité des échanges commerciaux démontre un déséquilibre au profit de l'économie française. « On ne pouvait que constater la persistance des structures de l'économie de traite coloniale et d'une forte dépendance commerciale, financière et monétaire⁴³⁶ ». Les entreprises françaises sont les grandes gagnantes dans ces accords qui instituent des tarifs préférentiels et des exonérations de taxes de porte. À Madagascar, « la quasi-totalité des industries demeura aux mains des étrangers⁴³⁷ » et les produits étrangers déversés sur le marché intérieur proviennent surtout de la France. Le secteur industriel de la Première République est « une entreprise privée de souche coloniale⁴³⁸ ».

⁴³³ Voir J. Fremigacci, *Etat, économie et société coloniale à Madagascar (fin XIXème siècle- 1940)*, Paris, Karthala, 2014, 616p.

⁴³⁴ Conac, 1960, *op.cit.*, p. 873.

⁴³⁵ Conac, 1960, *op.cit.*, p. 872.

⁴³⁶ Fremigacci, « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », 2014, *op.cit.*, p. 129.

⁴³⁷ R. Archer, *Madagascar depuis 1972. La marche d'une révolution*, Paris, L'Harmattan, 1976 cité par Razafindrakoto, 2014/3, *op.cit.*, p. 32.

⁴³⁸ Lemarchand, 1983, *op.cit.*, p. 139.

329. La question judiciaire favorise, bien au-delà des volontés des parties, le maintien de cet héritage colonial. Elle présente « la particularité d'intégrer le temps dans son processus ». D'un côté, l'activité juridictionnelle ne peut être suspendue dans les anciennes colonies. De l'autre côté, « la métropole aura du mal à réintégrer la totalité des juges coloniaux, aussi les incitera-t-elle à accepter de rester quelques temps pour assurer la transition⁴³⁹ ». La convention judiciaire régit cette transition. « Cette convention a deux objets : d'une part, elle règle le problème des affaires pendantes lors de l'indépendance (...), et d'autre part, elle décide de l'avenir : si on renvoie tous les magistrats en métropole, soit on en conserve quelques-uns à titre d'assistance technique, soit on demande à certains d'entre eux de continuer à assurer leurs fonctions pendant un temps déterminé⁴⁴⁰ ». Tel est le cas pour Madagascar. Certains magistrats français continuent d'officier en juridiction, notamment en Cour d'appel. Ils assurent la continuité de la jurisprudence et des pratiques judiciaires. D'autres travaillent comme assistants auprès de l'administration centrale du ministère de la Justice. Ils participent aux opérations de codification des premières années d'indépendance. Les premières lois pénales malgaches portent les empreintes de ces vecteurs de transmission. « L'ombre tutélaire de la vénérable aînée limite les efforts d'adaptation⁴⁴¹ ».

Paragraphe 2. Les matières transmises en matière judiciaire : l'organisation et la procédure

330. La question judiciaire a particulièrement favorisé le maintien du système colonial au-delà de la colonisation. D'un côté, les deux pays conviennent d'une réglementation des questions purement techniques portant sur les mécanismes de coopération judiciaire, notamment l'entraide (les échanges d'informations, et les commissions rogatoires), l'exequatur et l'extradition. De l'autre côté, des questions plus généralistes traitent de la transmission de l'héritage judiciaire français vers Madagascar.

331. « L'étude de quelques préambules permet de comprendre dans quelles conditions les accords ont été conclus et ce qui se cache derrière la convention judiciaire ». Le préambule de la convention judiciaire franco-malgache fait état de « la similitude des principes généraux sur lesquels sont fondés la législation, l'organisation judiciaire et le statut des magistrats » entre

⁴³⁹ Fabre, 2013, *op.cit.*, p. 15.

⁴⁴⁰ Fabre, « Décolonisations et repli de l'État », 2013, *op.cit.*, p. 14.

⁴⁴¹ G. Conac, « Le juge de l'État en Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, N° 156, 1990, p. 13.

l'ancienne puissance colonisatrice et le nouvel État. « On retrouve d'ailleurs cette phrase, mot pour mot, dans tous les préambules des conventions avec les pays d'Afrique noire⁴⁴² ». Toutefois, il y a lieu de préciser que le système judiciaire français transmis est beaucoup plus ressemblant à celui de la justice coloniale que celui de la justice métropolitaine. Le système judiciaire malgache postcolonial reprend les principaux traits de son prédécesseur au niveau de l'organisation et de la procédure. Selon Alfred Ramangasoavina, alors ministre malgache de la Justice de la première République, « il ne pouvait en être autrement car un pays jeune, confronté à de redoutables problèmes économiques et sociaux doit disposer d'un corps de lois stables, offrant la certitude requise, susceptibles de régir les rapports sociaux pendant une période plus ou moins longue⁴⁴³ ».

332. En ce qui concerne l'organisation judiciaire, l'agencement pyramidal à trois degrés (tribunaux, cour d'appel et cour suprême) est maintenu. Lors des premières années d'indépendance, les pourvois en cassation sont restés du ressort de la Cour de cassation française. Une « période transitoire » est prévue pour que Madagascar crée « sa propre Cour suprême » et forme « un nombre suffisant de magistrats⁴⁴⁴ ». La continuité judiciaire est assurée par le mimétisme institutionnel et par la présence des magistrats français. « La maintenance d'institutions identiques à celles de la métropole pouvait garantir la continuation d'une influence⁴⁴⁵ ». Entre autres, cette influence s'apprécie avec le maintien des solutions alternatives à la sous-administration judiciaire comme le système de sections des tribunaux, le recours à l'administrateur-juge et les tribunaux de sous-préfecture.

333. Sous la loi d'annexion, les moyens octroyés à la justice ont été limités. Rendre la justice aux colonies ne rentre pas dans le cadre de l'objectif global d'exploitation. La sous-administration judiciaire est à la fois une composante et une résultante de la politique coloniale d'exploitation. L'insuffisance numérique des magistrats entretient le recours à la pratique de l'administrateur-juge, avec tout le risque judiciaire qu'entraîne la subordination qui le régit. Dans les tribunaux indigènes de premier degré, la justice est rendue par un administrateur assisté de deux assesseurs indigènes à voix consultatives. Dans les autres juridictions, l'administrateur est souvent appelé en intérim des magistrats de l'époque coloniale, caractérisés par leur absence chronique.

⁴⁴² Fabre, « Les conventions judiciaires », 2013, *op.cit.*, p. 153-178, p. 159.

⁴⁴³ Ramangasoavina, 1964, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁴⁴ Fabre, « Décolonisations et repli de l'État », *op.cit.*, p. 12.

⁴⁴⁵ Fabre, « Les conventions judiciaires », 2013, *op.cit.*, p. 154.

334. A l'avènement de l'Union française, la sous-administration est accentuée. La disparition soudaine des juridictions indigènes rend la couverture judiciaire dérisoire. En théorie, l'égalité devant la justice et par la justice est instaurée. Le racisme d'État disparaît. En pratique, l'indigence numérique du personnel de la justice sévit. L'éloignement géographique des tribunaux est aggravé. L'incompréhension de la loi française devenue applicable au détriment des lois locales et la consécration du français comme la seule langue judiciaire poussent les justiciables à se passer des services judiciaires. Les tribunaux indigènes, renommés en tribunaux de droit local, demeurent pour améliorer la situation. L'administration coloniale recourt au « système de sections » pour pallier l'insuffisance. Plusieurs localités ne seront dotées que d'un seul magistrat assurant cumulativement la fonction de juge de fond et de juge d'instruction.

335. Le système de sections est entériné dans le premier Code de procédure pénale malgache (CPPM). Le principe de séparation des fonctions judiciaires est écarté. Un seul magistrat exerce la fonction d'instruction et la fonction de jugement. Cette concentration de pouvoirs réalise le risque d'abus. En effet, l'interdiction du cumul de fonctions est une garantie de l'impartialité dans la mesure où il permet au minimum l'intervention de deux magistrats dans la procédure. Cette séparation des fonctions judiciaires, est déjà inscrite dans les lois malgaches précoloniales.

336. Les anciens tribunaux indigènes de premier degré, maintenus au-delà de la Constitution de 1946 sous l'appellation de tribunaux de droit local, deviennent des tribunaux de sous-préfecture à partir de 1960. Les trente-et-un Tribunaux de première instance, en plus de leurs sections, sont insuffisants pour garantir une offre suffisante de justice sur toute l'étendue du territoire. Les tribunaux de sous-préfectures, à la différence des tribunaux de droit local, ne sont plus chargés d'appliquer exclusivement le droit coutumier. Ce sont « de petites juridictions de base, des sortes de justice de paix, chargés en matière pénale des affaires de simples polices et de quelques délits ruraux très simples, en matière civile de litiges peu importants, dotés également de larges pouvoirs de conciliation⁴⁴⁶ ». Ces tribunaux sont confiés aux sous-préfets qui sont des administrateurs.

337. Quant aux procédures judiciaires, le temps relativement court du processus de décolonisation, le sort des dossiers en instance, et le grand nombre des magistrats français restés au-delà de la proclamation d'indépendance font que les anciennes colonies ont juste

⁴⁴⁶ Ramangasoavina, 1964, *op.cit.*, p. 24.

codifié les pratiques procédurales de la justice coloniale. Le CPPM de 1962, par rapport au code français, se démarque par la volonté de réduire le temps de la procédure à travers l'élargissement des pouvoirs des magistrats de première instance : le magistrat du ministère public et le magistrat instructeur.

338. Pour le magistrat du ministère public, la procédure dite de l'« information sommaire » est l'exemple de cette appropriation des pratiques coloniales, en ce qu'elle n'existe pas dans le code de procédure pénale de l'ancienne métropole. La procédure d'information sommaire s'entend de la phase d'investigation menée par un membre du ministère public. Elle se rapproche de la procédure de la justice pour les indigènes sur plusieurs points : l'administrateur doté d'un pouvoir judiciaire, la brève enquête et le caractère expéditif de l'ensemble de la procédure, et paradoxalement, la possibilité de lourdes sanctions. L'information sommaire résout le problème de saturation des juridictions due à l'insuffisance des effectifs des magistrats, au grand détriment des droits des justiciables. En effet, elle peut être diligentée par un magistrat du ministère public ou un officier du ministère public, cet administrateur exerçant un pouvoir judiciaire. Comme un magistrat, il dispose du pouvoir d'arrestation et de celui d'attenter aux libertés individuelles. Il décerne un titre de détention appelé « billet d'écrou » dont le délai de validité peut aller jusqu'à trente jours. Bien que cette fonction soit supprimée dans toute l'étendue de la République française en 1953, le CPPM de 1962 le consacre. Le système de l'administrateur doté de pouvoir judiciaire est désormais entériné par voie légale, avec la confusion des pouvoirs qu'il implique et le risque judiciaire qu'il comporte.

339. L'information sommaire, comme son nom l'indique, est brève. Elle prend quelques dizaines de minutes, tout au plus, à l'issue desquelles une décision sur l'incarcération doit être prise. Schématiquement, une affaire déférée au ministère public est traitée suivant l'une des trois procédures prévues : la citation directe, l'information sommaire et l'instruction préparatoire. La citation directe est prévue pour les affaires simples, pouvant être débattues à la barre sans qu'une enquête supplémentaire s'ajoute à l'enquête préliminaire conduite par les officiers de police judiciaire. L'instruction préparatoire est prévue pour les affaires complexes. Elle est obligatoire pour les affaires criminelles susceptibles de peines perpétuelles, les affaires de faux contesté, les affaires avec un prévenu inconnu ou en fuite. De ce fait, l'information sommaire est la procédure intermédiaire si on se réfère à la complexité.

340. Toutefois, la complexité elle-même est une notion relative dans la mesure où les critères qui entrent en jeu ne sont pas définis par le code. Dans la pratique, les magistrats invoquent la

pluralité d'auteurs, la pluralité des éléments matériels constitutifs, la pluralité des préventions, l'évaluation indicative du préjudice... Ce ne sont que des critères appréciés de manière subjective, sans encadrement légal. Par ailleurs, la gravité des peines encourues n'est pas synonyme de la complexité de l'affaire. Les crimes punis de travaux forcés à temps, pouvant aller jusqu'à vingt ans, peuvent être traités en information sommaire.

341. En ce qui la fonction d'instruction, l'instruction en second degré opérée par la chambre d'accusation n'a plus lieu sauf en ce qui concerne les crimes punis de peines perpétuelles. De ce fait, le juge d'instruction saisit immédiatement la cour criminelle sur les affaires susceptibles de moindres sanctions. Concrètement, ce changement n'apporte pas une réduction significative du temps de traitement judiciaire en ce qu'aucune limitation du délai de la détention n'est fixée.

Section 2. La transmission héréditaire

342. Les accords de coopération ont transmis à la jeune République malgache les traits d'organisation et les mécanismes de procédures judiciaires de la colonisation. Au-delà de ce mimétisme conventionnel, la justice postcoloniale hérite également des problèmes de la justice coloniale. Elle est incapable de satisfaire les attentes des justiciables (paragraphe 1). En conséquence, ces derniers se tournent vers le mode de résolution traditionnelle qui pallie les défaillances de la justice étatique depuis la colonisation, les « Dina » (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une justice insatisfaisante

343. Sur les pratiques des deux premières Républiques, on relève le quasi-statismisme d'une justice pénale calquée sur la justice coloniale qu'elle est censée remplacer. Dans ses deux composantes principales, le statut des magistrats et la procédure, la justice postcoloniale reconduit et reproduit les tares de la justice coloniale : le défaut d'indépendance et la violation des droits humains.

344. « Les premières décennies après l'accession de ces pays [africains] à la souveraineté internationale ont (...) révélé que le juge africain, loin d'être indépendant, était sous la domination d'un exécutif fort, marqué par un chef de l'État omnipotent ⁴⁴⁷ ». La continuité du système colonial profite aux nouveaux dirigeants. La justice est instrumentalisée à des fins politiques. L'organisation des pouvoirs pendant l'occupation française, réduisant volontairement la justice à une simple administration sous l'autorité du pouvoir exécutif, est maintenue au-delà de la proclamation d'indépendance. La gestion de carrière des magistrats reste du ressort du ministère de la justice. Le recrutement, l'avancement, l'affectation et la sanction disciplinaire relèvent tous de la compétence de ce ministère. La mainmise sur le budget des juridictions renforce une « pesante tutelle du pouvoir exécutif longtemps omniprésente dans les jeunes États »⁴⁴⁸.

345. Pourtant, la notion d'indépendance de la justice est mentionnée dans la Constitution de la Première République. Tout d'abord, ce dernier se réfère à la DUDH qui invoque le droit à

⁴⁴⁷ A. Badara Fall, « Les menaces internes à l'indépendance de la justice », Actes du colloque de l'AHJUCAF sur *L'indépendance de la justice*, Dakar, 2007, p. 49.

⁴⁴⁸P. Wafeu Toko, « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », *Les cahiers du droit*, 2013, Vol. 54, N° 1, p. 145-174, p. 156.

un tribunal indépendant et impartial en son article 10. Ensuite, l'avant-dernier alinéa de ce préambule dispose que « pour assurer la séparation des pouvoirs, la loi garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats de siège ». Ce préambule est revêtu de la force exécutoire en vertu de l'article 13 de l'ordonnance N° 62-041 du 19 septembre 1962 portant disposition du droit interne et du droit international privé qui énonce que les principes généraux exprimés dans le préambule de la Constitution s'imposent aux juges. Toutefois, l'article 4 de cette Constitution qui cite les institutions de la République (le Président de la République, les deux chambres du parlement et le Conseil supérieur des institutions qui est le juge constitutionnel) ne met pas la Justice au rang de pouvoirs publics. Les dispositions sur l'organisation des pouvoirs et des institutions n'abordent que les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

346. Le statut de la magistrature, institué par voie d'ordonnance en février 1960, conserve également cette ambiguïté entre la consécration d'une indépendance formelle et les limitations réelles de celle-ci à travers l'organisation structurelle des pouvoirs. En effet, les articles 2 et 4 consacrent l'indépendance des magistrats, l'intime conviction dans l'exercice de leurs fonctions, l'administration des magistrats du siège par le premier président de la Cour d'appel et l'inamovibilité de ces derniers. Toutefois, ce même statut accorde le pouvoir disciplinaire au ministre de la Justice, qui est un membre de l'exécutif.

347. L'instrumentalisation de la justice regagne du terrain avec l'avènement du pouvoir socialiste. La Charte de la Révolution Socialiste inventorie les maux de la justice en 1975 : l'inaccessibilité du fait de la complexité des textes et de la procédure, l'inégalité de chance des pauvres et des riches, le coût élevé, la lenteur excessive, et l'imprécision. Elle avance que « la justice, comme les autres structures de l'État, doit (...) subir une refonte profonde dans ses textes, dans son organisation et ses composantes sociales et humaines ». La Charte de la Révolution définit comme objectif une justice « instrument de défense de la révolution ». La justice est un outil de propagande, chargée d'en inculquer la culture auprès des citoyens et d'en préserver ensuite les valeurs. « Le juge avait ainsi pour rôle de maintenir les acquis révolutionnaires et la légalité socialiste⁴⁴⁹ ».

348. Dans l'objectif de protection du régime, les incriminations considérées comme des infractions contre la sûreté de l'État sont étendues et leur répression est intensifiée. Plusieurs

⁴⁴⁹ J. L. Bergel, « Introduction générale », in Actes du Colloque du Sénat - *L'office du juge*, Paris, 29 et 30 septembre 2006, p. 12-20, p. 15.

infractions, anciennement classées délits, sont devenus des crimes. La procédure applicable pour de telles inculpations se démarque par un recul de la reconnaissance des droits humains. Ces changements ont été introduits par l'Ordonnance N° 77-021 du 10 juin 1977. Avec cette Ordonnance, l'officier de police judiciaire peut interdire la communication avec le conseil, même si le mis en examen l'est également pour une autre inculpation. De même aucune limitation des horaires de perquisition n'est imposée. La procédure pénale, instituée initialement par une loi, est modifiée plusieurs fois par l'Exécutif avec des Ordonnances. La procédure judiciaire relève normalement de la compétence législative. Cependant, plusieurs Ordonnances étendent le pouvoir des autorités administratives. En l'occurrence, le préfet, autorité administrative déconcentrée, peut proroger le billet d'écrou qui est un titre privatif de liberté suivant l'Ordonnance N° 75-023 du 1^{er} octobre 1975.

349. « Le juge ne s'est pas privé d'instrumentaliser la notion originellement coloniale et importée d'ordre public (...) afin de préserver implicitement, en tout cas sous les apparences rassurantes de la légalité, l'idéologie officielle⁴⁵⁰ ». La préservation de l'ordre public, dont la définition reste volontairement fluctuante, sert de motifs pour écarter les droits de la défense. En effet, la police politique a été investie de la protection de cet ordre public. Dotée de larges pouvoirs, elle procède à des arrestations et des détentions s'étendant sur des longues périodes. Les suspects dans ces procédures menées par la police politique ne peuvent prétendre à des droits de la défense, de telles procédures étant considérées comme exceptionnelles en raison de la sûreté de l'État qu'elles protègent.

350. Trois avis du Comité des droits de l'Homme (CDH) sur des affaires impliquant l'État malgache donnent des aperçus de la justice pénale à Madagascar pendant la période socialiste. Dans son Avis du 24 mars 1983, faisant suite à la communication N°49/1979, Affaire les époux Dave Marais Sr pour le compte de leur fils Dave Marais Jr contre Madagascar, le CDH dénonce les conditions inhumaines de détention (de dix-huit mois dans les locaux de la police politique). Il dénonce également la violation des droits de la défense notamment celui de communiquer librement avec le conseil ou de se faire assister par ce conseil. Le CDH a conclu à la violation des articles 7, 10(1), et 14 du PIDCP et ordonne Madagascar de réparer les préjudices subis.

351. Dans son Avis du 1er avril 1985, faisant suite à la communication N°132/1982, Affaire Monja Jaona contre Madagascar, le CDH relève une arrestation et une détention arbitraire. Il dénonce l'absence d'information sur les motifs de l'arrestation et de la détention et les charges

⁴⁵⁰Wafeu Toko, 2013, *op.cit.*, p. 155.

retenues contre le suspect. Il dénonce également les persécutions subies du fait des opinions politiques. Le CDH a conclu à la violation de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du PIDCP.

352. Dans son Avis du 3 avril 1987, faisant suite à la Communication N° 155/1983, Affaire Eric Hammel contre Madagascar, le CDH relève l'impossibilité pour le plaignant d'actionner la justice pour débattre de son arrestation et de son expulsion du territoire national malgache devant des autorités compétentes dans un délai raisonnable pour en apprécier le bien-fondé. Le CDH a donc conclu à la violation des articles 9 et 13 du PIDCP.

353. Ces trois décisions successives du CDH sur Madagascar mettent en exergue des tares de la justice postcoloniale : l'inaccessibilité, les pouvoirs exorbitants de la police politique et la mainmise du pouvoir exécutif sur la justice, les arrestations arbitraires, les détentions arbitraires et prolongées, la violation du droit au conseil et des droits de la défense en général.

Paragraphe 2. Une justice concurrencée par les dina

354. En 1960, Madagascar n'est pas préparé à s'administrer et particulièrement en matière judiciaire. La présence des magistrats français officiant dans l'île après la proclamation d'indépendance ne rectifie pas l'équation. « Alors que les grandes juridictions d'instances et les juridictions supérieures assurent, sans heurt la continuité de la justice, les juridictions inférieures subissent les conséquences des bouleversements politiques, des réformes administratives, du manque de personnel et de matériel. Il en résulte alors une résurrection de la justice privée, suscitée par les plaideurs las de souffrir de la carence des juridictions de base⁴⁵¹ ». Une fois de plus, le recours aux *dina* pallie l'insuffisance dans la distribution de la justice.

355. Au début des années soixante, deux *dina* contre les vols de bœufs sont conclus : celui de Sakaraha (du 1960), celui d'Ambatofinandrahana (du 1962). Dans le découpage territorial de Madagascar de 1960, les provinces réunissent les sous-préfectures, qui réunissent les communes, et les communes réunissaient les *Fokontany*. Dans la représentation usuelle, le *dina* est rattaché à un *Fokontany*. Pourtant, en 1960, le *dina* de Sakaraha s'appliquait sur treize sous-préfectures de la province de Tuléar. Le *dina* d'Ambatofinandrahana de 1962 reprend les principes de celui de 1884 en élargissant les incriminations, notamment contre les *Fokontany*

⁴⁵¹ Ramangasoavina, 1964, *op.cit.*, p. 8.

(circonscriptions administratives de bases) qui refusent de prêter mains fortes aux opérations de poursuite et en intensifiant les sanctions.

356. Dès les premières années après le recouvrement de l'indépendance, les incapacités du nouvel État à s'auto-administrer se font de plus en plus ressentir. Les vagues d'instabilité politique nées de la contestation du néocolonialisme n'épargnent pas Madagascar. Au début des années soixante-dix, les manifestations généralisées conduisent à la résurgence des *dina*. Le *dina* de Toliary, voit le jour en 1975. Il réprime également les vols de bœufs. Il s'applique sur l'étendue de toute la province de Toliary, d'où son nom.

357. La période de récession économique, d'explosion du taux de chômage et d'augmentation de l'insécurité au début des années 1980 voit l'avènement de plusieurs *dina* : celui de *Tagnilo* (de 1980 sur les infractions contre les biens et contre les personnes), celui dit *Menavozo* (de 1980 sur les infractions contre les biens et contre les personnes), celui de *Miraidraiky* (de 1980 sur le vol de bœufs), celui dit *Tsimanavaky* (de 1980 sur les vols de bœufs), celui de *Rebotieka* (de 1983 sur les vols de bœufs). Enfin, vers la fin conflictuelle de la Deuxième République, deux grands *dina* sont conclus : celui du *Fandriampahalemana* (en 1990 sur toutes les infractions) et celui du *Mpihary* (élaboré et appliqué depuis 1982 mais entériné par les autorités publiques en 1991, sur les vols de bœufs). Celui du *Mpihary* s'applique sur deux provinces : Tuléar et Fianarantsoa.

358. Les principales critiques affectant les *Dina* portent sur les violations du droit au procès équitable. Sans que la liste soit exhaustive, il convient de relever les droits de la défense, l'impartialité de l'organe statuant et la sévérité de la peine. Phénomène mixte à la fois juridique, social et politique, le *Dina* met en évidence les incapacités de l'État. Il érige un organe législatif et un organe judiciaire qui lui sont propres, rentrant en concurrence avec ceux de l'État.

359. Au niveau législatif, le *Fokonolona*, habitants d'une localité, conviennent d'une peine en cas de commission d'une infraction et consacrent le pouvoir de quelques hommes, des notables ou des anciens de la localité, comme chargés d'en assurer le respect. Au niveau des sanctions, le *Dina* prévoit des peines largement plus sévères que celles prévues par le code pénal, la peine usuelle étant la peine de mort. Mais au-delà, la sanction prévue dans le *Dina* peut atteindre le patrimoine des membres de la famille du présumé coupable. En l'occurrence, en matière de vol de bœufs dans certaines localités, il est légitime de prendre les bœufs de ces proches (parents ou frères) en remplacement des bœufs qui ont été volés par un présumé coupable en fuite.

360. A ce titre, il convient de relever, entre autres, la peine de mort prévue dans le *dina* de *Tagnilo* et celui dit *Menavozo*. Sur ce dernier, *Joseph Bedo*, Ministre de la justice, invoque une « convention populaire manifestement illégal (...) prévoyant la mise à mort de citoyens dont il n'est pas certain qu'ils soient coupables⁴⁵² ». L'exécution de ces *dina* se font de manière expéditive en l'absence de véritables débats, la personne traduite devant la juridiction de *dina* étant perçue comme déjà coupable. Le *Fokonolona* se réunit non pas pour juger mais pour punir.

361. Les *dina* se caractérisent par l'insécurité juridique dans la flexibilité des règles qui les concernent, exception faite des peines. Tout d'abord, dans le temps, l'application d'un *dina* varie en fonction des dynamiques sociales en présence. Aucun *dina* n'est expressément considéré comme désuet ou inapplicable. La force dissuasive des sanctions sévères prévues implique la raréfaction des commissions des infractions visées, qui conduit également à la raréfaction de l'application du *dina* lui-même sur plusieurs années. Mais l'application d'un *dina* peut reprendre dans un élan de dynamique de groupe face à une présomption de flagrance d'infraction sans qu'une réunion en convienne officiellement.

362. Ensuite, l'enquête et l'exécution des peines se confondent dans les *Dina*. Le *Fokonolona* fait habituellement subir des sévices corporels aux présumés coupables sans prévoir déterminer à quel moment ces sévices relèvent de torture dans le cadre d'une enquête ou de peines infligées après que la culpabilité soit établie. La ferveur et la dynamique de groupe dans lesquels se déroulent l'exécution des *dina* excluent les débats égalitaires. Les témoins à charge deviennent souvent les bourreaux. Les dires des plaignants sont recueillis comme des témoignages. Les témoins à décharge, pour ceux qui osent s'aventurer à endosser ce statut, sont perçus comme des complices.

363. Les dirigeants des deux Premières Républiques, dans une indécision ou une ambiguïté voulue afin de pouvoir tanguer entre les discours au gré des conjonctures, n'affichent aucune position constante quant à l'acceptation ou l'interdiction des *dina*. En dehors de toute logique, l'État entérine par décret (décret du 6 août 1960 sur le *dina* de Sakaraha abrogé en 1975, décret du 23 août 1975 sur le *dina* de Toliary) ou les proscrit (Circulaire du ministre de la justice, référencié MJ DIRAJCRI/P-141/88 sur l'Application du *dina Menavozo* dans le ressort territorial de la juridiction d'Ihosity) sans sanctionner cependant les justiciers.

⁴⁵²Circulaire du ministre de la justice, référencié MJ DIRAJCRI/P-141/88 sur l'Application du *dina Menavozo* dans le ressort territorial de la juridiction d'Ihosity.

364. Parallèlement, « le coût élevé des procédures pousse un grand nombre de citoyens à préférer les systèmes de justice traditionnelle⁴⁵³ ». Les *dina* constituent la justice de proximité qui affranchit les citoyens du coût de déplacement vers des tribunaux. D'ailleurs, ces tribunaux vont les entraîner dans une procédure dont ils comprennent à peine les rouages via l'application d'une loi héritée d'une loi française porteuse de subtilités éloignées des réalités villageoises. S'ils comprennent la décision rendue, l'exécution des peines prononcées reste hypothétique. En outre, la force dissuasive des *Dina* supplée à la carence de l'État dans la sécurisation des agglomérations. « L'exécution capitale des voleurs de bétail a entraîné une quasi-disparition du phénomène criminel dans le Sud-Est de Madagascar, région d'application du très sanglant *Dina Menavozo*⁴⁵⁴ ». En tout point, recourir à la justice traditionnelle s'avère comme la meilleure option pour la population.

⁴⁵³ Comités des droits de l'homme, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de Madagascar, 2017, §45-46.

⁴⁵⁴S. Fabien, « Réflexion sur un mode de régulation sociale original : le Dina », Rapport de stage d'auditeur de justice, Non publié, 2000, p. 17 disponible auprès du Bibliothèque du Ministère de la justice, cité par Anaclet Imbiki, *Le Fokonolona et le Dina : Institutions traditionnelles modernisées au service de la sécurité publique et de la Justice populaire à Madagascar*, Antananarivo, Jurid'ika, 2011, p. 22.

CONCLUSION DU CHAPITRE

365. Selon Alfred Ramangasoavina, « dans un pays en voie de développement, le danger est grand de voir une importante fraction de la Nation – 80% à Madagascar – tenue pratiquement à l'écart de la vie des tribunaux en raison de l'éloignement de ces tribunaux, des arcanes de la procédures, des petites tracasseries venant de fonctionnaires inconscients ou malhonnêtes, ou plus simplement et plus généralement en raison de l'ignorance dans laquelle se trouvent les paysans de leurs droits ou de la marche à suivre pour les faire triompher⁴⁵⁵ ».

366. Ce danger que le ministre de la justice malgache souligne dans son discours en 1964 se réalise pendant les premières décennies de la jeune République de Madagascar. « Loin de léguer des structures étatiques modernes, l'autorité coloniale projeta un modèle autocratique⁴⁵⁶ » qui survit à la décolonisation. La justice est fortement ancrée dans cet héritage colonial, perpétué volontairement avec les Accords de coopération à travers le non redressement des tares structurelles de la justice coloniale.

⁴⁵⁵ Ramangasoavina, 1964, *op.cit.*, p. 16.

⁴⁵⁶ J.-M. Châtaigner, « Madagascar : le développement contrarié », in *Afrique contemporaine*, N°251, 2014/3, p. 107-124, p. 111.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

367. L'occupation a laissé des traits structurels et fonctionnels dans le paysage judiciaire malgache. Il s'agit de la domestication de la justice, de la violation des droits de l'Homme, de la faible réalisation du droit d'accès au tribunal, et de la procédure expéditive. Cet héritage colonial est pérennisé pendant la période néocoloniale et la période socialiste de la République malgache. Il n'est remis en question qu'au début des années quatre-vingt-dix, avec la chute du régime socialiste et les vagues d'engouement pour les droits de l'Homme. Ces bouleversements sont étudiés dans la deuxième partie de cette thèse.

PARTIE II – LES POUVOIRS RÉPRESSIFS RAJUSTÉS

« Le juge ne doit occuper que sa place mais il doit occuper toute sa place. Peut-être l'a-t-on, dans notre pays, trop longtemps perdu de vue⁴⁵⁷ ».

⁴⁵⁷ M. Lemonde, Juge. Récit, Paris, Fauves, 2020, p. 304.

368. Pour Madagascar, le début des années quatre-vingt-dix correspond à un changement de paradigme politique. La fin de la Guerre froide et la chute des régimes socialistes permettent la démocratisation. Cette dernière génère la possibilité du multipartisme politique, la libéralisation de la presse, la privatisation du secteur économique, le développement des syndicats de travailleurs, « l'organisation d'élections disputées, la rédaction de nouvelles constitutions et leur adoption par référendum ; bref, l'organisation de la vie démocratique⁴⁵⁸ ». Elle s'est matérialisée dans l'organisation de consultations populaires puis dans l'avènement de nouvelles Constitutions. « Le constitutionnalisme des années post quatre-vingt-dix dans les principaux sous-ensembles de l'espace francophone a conduit à revaloriser le principe de la séparation des pouvoirs en tant que pivot de l'État de droit et à en déduire les conséquences dans la constitution en termes d'indépendance pour le pouvoir judiciaire⁴⁵⁹ ». Pour Madagascar, la nouvelle distribution des pouvoirs dote l'appareil judiciaire de plus grands pouvoirs répressifs.

369. Cette redistribution des pouvoirs répressifs est, par ailleurs, enclenchée par des causes internes. L'échec de développement pendant les trois décennies postcoloniales est mis au compte d'une mauvaise distribution des pouvoirs dans le présidentielisme fort du pouvoir socialiste. L'accaparement exclusif des pouvoirs étatiques par l'appareil exécutif est pointé du doigt. Le redressement s'opère, de ce fait, dans l'affaiblissement du pouvoir Exécutif au profit du parlement avec un régime parlementaire et au profit de la Justice avec la consécration constitutionnelle du pouvoir judiciaire. La Justice gagne en indépendance, non pas parce qu'elle est désormais satisfaisante, mais parce que le pouvoir exécutif a failli à sa mission.

370. Dans ce rapport balancier des pouvoirs, l'Exécutif, réduit au plus bas de l'échelle au début des années 1990 ne peut que remonter. La révision constitutionnelle de 1998 va dans ce sens. Elle rétablit le pouvoir de l'Exécutif en récupérant sur celui du parlement le régime semi-présidentiel. La Justice, également, perd son statut pouvoir constitutionnel. Toutefois, alors que l'enjeu de pouvoirs entre l'Exécutif et le Législatif se fait essentiellement au gré de la Constitution, la Justice est affranchie de ce jeu constitutionnel. En effet, son indépendance est ancrée avec des garanties structurelles et procédurales non constitutionnelles. Le deuxième axe du changement de paradigme politique amorcé dans les années 1990 dans les anciennes

⁴⁵⁸ Guèye, 2009, *op.cit.*, p. 6.

⁴⁵⁹ F. Hourquebie, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la Justice*, 2012/2, N°2, p. 41-61, p. 44.

colonies, à côté de cette redistribution du pouvoir de l'État qui a profité à la Justice pour Madagascar, est la triomphe des idées de droits de l'homme.

371. L'objet de la seconde partie de cette thèse est de démontrer que, depuis les années quatre-vingt-dix, les rapports dans l'exercice des pouvoirs répressifs sont rajustés. Désormais, le pouvoir répressif de l'appareil exécutif, consacré pendant un siècle, bascule vers le magistrat. Ce basculement bouleverse des rapports de forces hérités de la colonisation et pérennisés par les régimes successifs (titre 1). Parallèlement, l'essor des droits de l'Homme régulent l'exercice des pouvoirs répressifs. Face au pouvoir répressif, devenu habituel, de l'appareil exécutif et de celui, naturel, de l'appareil judiciaire, les droits humains dotent les justiciables d'une nouvelle arme, celle de pouvoir peser, dans l'échiquier de la répression pénale (titre 2).

372. L'intérêt de cette démonstration est de renseigner sur l'évolution de la Justice pénale malgache qui se défait progressivement de l'héritage colonial dans son mouvement d'intégration du droit au procès équitable. Toutefois, cette évolution ne supprime pas le risque d'arbitraire. D'un côté, la montée en puissance de l'indépendance du magistrat n'est pas correctement accompagnée des balises pour asseoir son impartialité. De l'autre côté, la sécurisation judiciaire par la procédure est encore en chantier.

TITRE 1. LA RECONQUÊTE DU POUVOIR PAR LE MAGISTRAT

« *Le jugement (...) est exercice d'un pouvoir*⁴⁶⁰ ».

373. À la différence des tenants du pouvoir exécutif comme ceux du pouvoir législatif, « le juge n'a ni épée ni bourse. Tout ce dont il dispose, c'est de la confiance que le public lui accorde⁴⁶¹ ». Les magistrats, décideurs dans la Justice, ne sont connus des citoyens qu'après leur nomination. « La légitimité du juge n'est qu'indirecte⁴⁶² ». La légitimité est à construire, ou même à conquérir. « Le juge devant être responsable non plus seulement de son action, mais également de l'image qu'il en donne⁴⁶³ ». À sa manière de juger, transcrite dans la procédure judiciaire, s'ajoute sa manière d'être et de paraître. Ses valeurs éthiques garantissent la qualité de la procédure et la qualité de la justice rendue. Elles conditionnent l'acceptation de la Justice par le justiciable.

374. L'objet de ce titre est de démontrer la montée en puissance du magistrat à partir des années quatre-vingt-dix. Il s'agit d'une ascension à travers les consécration des valeurs éthiques (chapitre 1). Ces valeurs éthiques, exigibles aux magistrats, ne sont cependant pas assorties de garanties qui les transforment en valeurs favorables pour la réalisation du droit au procès équitable (chapitre 2).

⁴⁶⁰ Garrido Gómez, 2009, *op.cit.*, p. 145.

⁴⁶¹ A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : Le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, N° 66, p. 227-302, p. 252.

⁴⁶² T. S. Renoux, « La liberté des juges », *Pouvoirs*, N°74, 1995, p. 56-71, p. 56.

⁴⁶³ J. Joly-Hurard, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *RIDC*, 2006, Vol. 58, N°2, p. 439-475, p. 440.

Chapitre 1. La consécration des valeurs éthiques exigibles au magistrat

375. Le Code de déontologie des magistrats, objet du décret N° 2005-710 du 25 octobre 2005 (CDM), consacre plusieurs valeurs éthiques exigibles au magistrat : l'indépendance, l'impartialité, la compétence, et la convenance. La réflexion menée dans cette thèse se focalise sur l'indépendance et l'impartialité. En effet, elles ont une pertinence particulière pour cette analyse en raison de l'héritage colonial analysé dans la première partie.

376. Au préalable, il convient de distinguer ces deux notions souvent associées dans la littérature juridique. Elles se définissent, toutes les deux, par le négatif : l'absence de la dépendance et l'absence de la partialité. L'indépendance se réfère à des facteurs extérieurs au magistrat, des émotions « qui lui seraient inspirées de l'extérieur, influences ou opinions étrangères⁴⁶⁴ ». L'impartialité, quant à elle, « ne se conçoit, en revanche, que par rapport à lui-même et non par rapport à des influences extérieures⁴⁶⁵ ». La dépendance est subie, la partialité est choisie. La dépendance invoque un élément extérieur au magistrat qui lui fait pression dans l'exercice de sa fonction, la partialité invoque un élément qui lui est intérieur, « une question d'éthique personnelle, de force d'âme⁴⁶⁶ ».

377. Le mécanisme de la dépendance met en scène quatre acteurs : le magistrat décideur, l'acteur influent et les deux parties dans le procès dont l'une sera bénéficiaire de l'intervention de l'acteur influent. Le principe de l'indépendance interdit à tout individu de faire pression sur le magistrat mais il interdit également au magistrat de céder à cette pression extérieure si elle existe. Le manquement à cette obligation d'indépendance se manifeste dans une faveur accordée à une partie : la partialité. La partialité ne met en scène que trois acteurs : le magistrat décideur et les deux parties dont les prétentions se contredisent.

378. Ce chapitre démontre le niveau de consécration que reçoit l'indépendance (section 1) et l'impartialité (section 2) dans le paysage juridique malgache. Les conceptions doctrinales et jurisprudentielles de ces questions sont considérées. Ces références aident à apprécier l'insertion de ces notions, essentiellement internationales, dans la pratique judiciaire à Madagascar et, le cas échéant, renseignent sur les aspects passés sous silence.

⁴⁶⁴ E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse en droit, Panthéon-Assas, 2015, p. 23.

⁴⁶⁵ Bergel, 2006, *op.cit.*, p. 23.

⁴⁶⁶ L. Cadet, J. Normand et S. A. Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, Thémis, 2013, p. 660.

379. Il est à préciser que l'analyse porte sur l'indépendance et l'impartialité du magistrat et non sur l'indépendance et l'impartialité de la Justice, l'appareil judiciaire. Bien que les qualités du magistrat se répercutent sur celles de l'appareil judiciaire et inversement, l'aspect individuel présente plus d'intérêt pour notre réflexion parce qu'il est constitutif d'un risque judiciaire plus dangereux. « Les cadres ont moins d'importance que les hommes, les juridictions comptent moins que les magistrats. (...) Leur comportement commande en réalité tout le fonctionnement de la machine judiciaire⁴⁶⁷ ». La qualité du magistrat garantit la qualité de la juridiction. Se concentrer sur cet aspect personnel de l'indépendance permet de mieux cerner l'impact du paramètre humain dans la justice, de mesurer de l'incidence de l'imperfection des personnes qui la rendent sur la qualité de la justice rendue afin de limiter cette incidence.

⁴⁶⁷ A. Houlleaux, « L'administration des magistrats et leur indépendance », *Revue française de science politique*, 1963, 13^{ème} année, N°1, p. 44- 65, p. 44.

Section 1. Le magistrat face au tiers : l'indépendance

380. La DUDH, le PIDCP et la CADHP énoncent le droit à un tribunal indépendant. Ce droit à une certaine qualité du tribunal amène à définir, au préalable, « le tribunal ». Il peut s'entendre, dans son aspect structurel, de l'organisation chargée de rendre la justice, une juridiction, composée d'un personnel (magistrats et greffier), de mécanismes procéduraux et de moyens matériels. Mais il s'entend également, dans son aspect personnel, de la formation de jugement. Dans ce cas, il s'agit des magistrats. Dans la présente section, l'indépendance du tribunal est abordée dans son sens restrictif d'indépendance personnelle des magistrats. À Madagascar, elle a reçu une consécration statutaire (paragraphe 1). Elle est accordée à différents degrés, variant avec la fonction du magistrat (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La consécration statutaire de l'indépendance

381. L'indépendance de la magistrature est constitutionnellement reconnue depuis la Première République. Mais la Constitution de la Troisième République a innové avec l'inscription de cette indépendance comme un principe d'organisation des pouvoirs publics et comme un droit exigible à l'État.

382. Toutefois, si la reconnaissance constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature est une constante des Constitutions successives depuis l'année 1992, l'étendue de cette reconnaissance a varié au gré des courants politiques. En effet, la Constitution de la Troisième République, dans sa version initiale du 19 août 1992, est la plus avancée en la matière, consacrant l'existence d'un pouvoir judiciaire en son titre VI. Elle met explicitement le pouvoir judiciaire au même rang que les deux autres pouvoirs étatiques en son article 98 : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ». Elle confie la garantie de cette indépendance à la juridiction constitutionnelle et à la Cour suprême. La Cour suprême inclut une chambre administrative chargée de veiller à la légalité des actes administratifs. La Haute Cour Constitutionnelle soumet le travail du pouvoir législatif au contrôle judiciaire de constitutionnalité. L'inspection générale de la justice, chargée du contrôle de respect des règles déontologiques, est rattachée à la Cour suprême. Cette disposition constitutionnelle a le mérite de la désignation claire des débiteurs du droit à l'indépendance, à savoir le pouvoir exécutif et le pouvoir parlementaire.

383. La première révision de la Constitution de la Troisième République, datant de 1998, a opéré deux revirements. En premier lieu, le juridictionnel anciennement investi comme « pouvoir », est réduit à l'échelle de « fonction ». En second lieu, le Président de la République revient dans la gestion de cette fonction en étant le garant de son indépendance (article 98) et en ayant le pouvoir de nommer ou de démettre le magistrat d'un poste (nouvel article 98.1). Ces modifications ont été maintenues au-delà de la deuxième révision constitutionnelle de 2007. La nouvelle Constitution de 2010, celle de la Quatrième République, maintient le Président de la République comme le garant de l'indépendance de la justice mais supprime son pouvoir de nomination et de démission.

384. Malgré ces variations politiques inscrites dans la Constitution, la législation interne enregistre des précisions progressives sur le contenu du principe d'indépendance. La jurisprudence nationale s'aligne sur la doctrine et la jurisprudence internationale. Le Code de déontologie de la magistrature (CDM) définit l'indépendance comme un exercice, « conformément à l'esprit de la loi, sans influence extérieure, incitation, pression, menace, ou interférence directe ou indirecte, de la part de qui que ce soit » de la fonction de magistrat (article 2 CDM). L'indépendance regroupe, de ce fait, deux composantes : une composante négative qu'est l'absence d'élément extérieur au dossier à juger dans le processus décisionnel et une composante positive qu'est la conformité à la loi de la décision à rendre. Ces deux composantes sont-elles nécessairement cumulatives ?

385. La dépendance étant un lien d'obéissance, elle met en rapport vertical deux éléments. Dans ce cas, l'indépendance est souvent définie par le négatif, dans l'absence de ce lien d'obéissance vis-à-vis d'un organe ou d'un élément extérieur. « Selon le dictionnaire historique de la langue française, le premier texte où apparaît l'adjectif date de 1584, bientôt suivi, dès 1610, par le substantif. Dès cette origine, il a une partie liée avec la liberté, car est indépendant celui qui a le goût de la liberté, et accède à l'indépendance tout pouvoir qui jouit de cette liberté⁴⁶⁸ ». Penser l'indépendance du magistrat revient, de ce fait, à penser sa liberté dans l'exercice de sa mission sociale, est indépendant le magistrat qui n'a « rien à craindre ni rien à désirer de personne⁴⁶⁹ ».

⁴⁶⁸ G. Carcassonne, « Rapport introductif », in Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, *L'indépendance de la justice*, Dakar, 2007, p. 31-42, p. 32.

⁴⁶⁹ T.S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Préface de L. Favoreu, Economica- PUAM, Droit public positif, Paris, 1984, p. 99.

386. Mais ne serait-il pas abusif de transposer l'idée commune d'une indépendance-liberté dans le domaine singulier de la justice ? Le syllogisme judiciaire veut que, dans la résolution d'un litige, le magistrat applique une règle préalablement donnée. Autrement dit, la loi, préétablie, et les faits, immuables, imposent un verdict que le magistrat ne peut que prononcer. « Selon la parole de Montesquieu, le pouvoir de juger en quelque sorte est nul. Juger est, comme le terme l'indique, une opération de l'intelligence plutôt qu'une opération de la volonté : elle est la constatation, qui doit être impartiale, de faits dont la loi, par voie générale, a déterminé par avance les conséquences juridiques⁴⁷⁰ ». Simple bouche du droit, le magistrat résoudrait le conflit à la manière d'un automate, dans une fonction pratiquement nulle, selon Montesquieu dans *L'esprit des lois* et Beccaria dans *Des délits et des peines*. « Pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs⁴⁷¹ », les magistrats outrepasseraient leurs pouvoirs dès qu'ils interprètent la loi et exposeraient le justiciable à une insécurité. « Les inconvénients qui proviennent de l'observation rigoureuse d'une lettre de loi pénale ne saurait être mis en balance avec le désordre que provoque son interprétation⁴⁷² ». Eismen les compare à « un clavier qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches⁴⁷³ ».

387. Néanmoins, ce courant doctrinal a progressivement laissé place à la consécration de la liberté. Cette évolution fait suite à la constatation de l'impossibilité pour le législateur de régir tous les cas de figure des relations humaines. Le législateur est confiné dans l'abstraction de la loi. La généralité de la loi doit répondre à la singularité des relations humaines. Et le passage du général au particulier, de l'abstrait au réel, constitue l'interprétation juridique définie comme « toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle⁴⁷⁴ ». Il incombe au magistrat de l'accomplir. Le Conseil d'État de Madagascar consacre ce lien entre l'indépendance et la liberté en statuant que l'indépendance est « une manifestation de [la] liberté de décision⁴⁷⁵ », plus précisément, de « la liberté du juge de rendre une décision non liée par une hiérarchie ou des normes préexistantes⁴⁷⁶ ».

⁴⁷⁰ Foyer, 1981, *op.cit.*, p. 21.

⁴⁷¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), trad. M. Chevallier et préf. R. Badinter, Paris, GF Flammarion, 1991, p. 67.

⁴⁷² Beccaria, 1764, *op.cit.*, p. 68-69.

⁴⁷³ A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, p. 260.

⁴⁷⁴ C. Ghica-Lemarchand, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in Actes du colloque du sénat, *L'office du juge*, Paris, 2006, p.168-203, p. 168.

⁴⁷⁵ Conseil d'État de Madagascar, Arrêt N°54 du 17 août 2016

⁴⁷⁶ J.-M. Varaut, « Indépendance », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 623.

388. Cette liberté de décision se vérifie à tous les stades du procès. « Pour appliquer un texte, encore faut-il en comprendre le sens. Que la loi soit claire ou obscure, le juge doit nécessairement déterminer le sens de la loi⁴⁷⁷ ». Chaque mot peut avoir plusieurs sens, le texte de loi, succession de mots, a forcément plusieurs sens. « L'interprétation dépend donc de la personne qui l'effectue, de la situation et des buts poursuivis, ce qui explique que différentes lectures d'un texte soient possibles⁴⁷⁸ ». L'interprétation, acte de détermination du sens, est incontournable qu'il s'agisse d'une loi de fond ou d'une loi de procédure.

389. Tout d'abord, le magistrat procède à la qualification, autrement dit, l'interprétation d'un fait. « Interpréter un fait revient à chercher s'il entre dans le cadre d'application d'une norme⁴⁷⁹ ». Un seul fait peut être apprécié de manières différentes par différents magistrats, débouchant alors sur des qualifications alternatives. Ensuite, les textes de fond et de procédure, compte tenu de la qualification retenue, peuvent varier d'un magistrat à un autre. L'acte de volonté qu'est le travail d'interprétation peut conduire à des interprétations différentes. Enfin, « même en s'accordant sur la qualification, puis sur l'interprétation, le même litige pourra déboucher sur plusieurs sentences concurrentes, selon l'accent que le juge aura mis sur tel ou tel de ses aspects⁴⁸⁰ ». Le juge choisit la norme applicable et il apprécie l'existence matérielle des faits à juger.

390. « Si l'on continue de considérer que le jugement est le produit d'un syllogisme, on doit admettre que le juge en détermine lui-même la prémisse majeure et la prémisse mineure⁴⁸¹ ». Les deux prémisses qui entrent en compte dans le cheminement intellectuel syllogistique sont établies par le magistrat. Plus récemment, Bergel a affirmé que l'interprétation « suppose toujours une part d'innovation, non seulement de solutions ponctuelles, mais aussi, souvent, d'interprétation des textes conduisant à des règles nouvelles qui, à force de se répéter, par ralliements ou par l'autorité reconnue à des « précédents », deviennent progressivement de véritables normes⁴⁸² ». Dès lors, le magistrat ne détermine pas seulement la norme applicable, elle participe souvent à sa construction, rendant désuet la réduction de son rôle à une lecture mécanique des règles fournies par le législateur. À Madagascar, le Statut de la magistrature qui fait l'objet de l'Ordonnance N°2005-005 du 22 mars 2006 modifiée par la loi organique

⁴⁷⁷ Drago, 2016, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁷⁸ Garrido Gómez, 2009, *op.cit.*, p.142.

⁴⁷⁹ M.-I. Garrido Gómez, 2009, *op.cit.*, p. 138.

⁴⁸⁰ G. Carcassonne, 2007, *op.cit.*, p. 39.

⁴⁸¹ M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, N°16, p.5-15, p. 9.

⁴⁸² Bergel, 2006, *op.cit.*, p. 12.

N°2007-039 du 14 janvier 2008, confirme l'existence de cette liberté dans son article 5 alinéa 3.

391. Toutefois, cette liberté de principe est-elle applicable en droit pénal qui est une matière d'exception ? Le principe de la légalité en droit pénal conduirait à affirmer que cette liberté n'existe pas, « le juge étant cantonné à une distribution automatique des peines assortissant les qualifications retenues⁴⁸³ ». Le rôle du juge consisterait « simplement à assister à la production des preuves, à les vérifier et à contrôler la réunion des conditions légales pour décider en conséquence en se déclarant convaincu ou non⁴⁸⁴ ».

392. Mais bien que la spécificité du droit pénal soit incontestable avec le principe de la légalité, ce dernier n'exclut pas la liberté du magistrat qui sera simplement atténuée. « Les lacunes de loi et la nécessaire définition des termes utilisés par le législateur imposent un minimum d'interprétation. Dès lors, le principe de légalité criminelle admet que le juge puisse interpréter strictement la loi pénale⁴⁸⁵ ». L'on est en présence du principe de l'interprétation stricte et non de celui d'absence d'interprétation. Il y a donc une limitation de la liberté du magistrat et non son anéantissement.

393. En effet, le magistrat joue « un rôle de véritable acteur du système juridique qui dispose d'un certain pouvoir créateur de droit, doté d'une véritable responsabilité dans l'évolution du droit positif⁴⁸⁶ ». Dans le droit commun, le magistrat supplée au législateur. En matière pénale, « le juge ne dispose pas d'un pouvoir créateur, mais d'un pouvoir modulateur⁴⁸⁷ ». Il ne peut se suppléer au législateur mais son pouvoir modulateur s'apprécie dans la procédure pénale qui lui offre, à chaque étape de la procédure, la faculté de choisir la norme applicable. Maître de la poursuite qui choisit de l'initier ou non, de l'initier de telle ou telle manière, ou instructeur qui dispose d'une large palette de mesures d'investigations, le magistrat est un acteur pour lequel la loi de procédure n'assigne que des encadrements. Ces derniers sont posés notamment par une liste de voies possibles de procédure, des larges délais et des options diverses.

394. Cette liberté en droit pénal est également celle du juge de fond pour lequel l'intime conviction, la pensée déductive du juge, a une force probatoire. Il s'agit d'une marge de pensée prévue par l'article 386 du CPPM. C'est elle qui, « hors les cas d'évidence, fait basculer du

⁴⁸³ Ghica-Lemarchand, 2006, *op.cit.*, p. 169.

⁴⁸⁴ A. Rached, *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Thèse en Droit, Paris, 1942, p. 25.

⁴⁸⁵ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 16.

⁴⁸⁶ Bergel, 2006, *op.cit.*, p. 13.

⁴⁸⁷ Ghica-Lemarchand, 2006, *op.cit.*, p. 177.

côté de la culpabilité plutôt que de l'innocence, de l'indulgence plutôt que de la rigueur ?⁴⁸⁸ ». L'intime conviction « confère à un fait controversé et douteux la valeur d'une vérité inséparable de la décision de jugement⁴⁸⁹ ». En conséquence, la volonté du magistrat, sa « persuasion intime⁴⁹⁰ » intervient en matière pénale. « La preuve de conviction consacre le pouvoir décisoire de l'intuition⁴⁹¹ » et fait que cette conscience du juge conditionne le sort du litige. « La consécration de l'intime conviction [est] l'assurance de la perpétuation d'une grande liberté pour le juge pénal⁴⁹² », « le pouvoir souverain du juge d'apprécier les faits pour dire le droit⁴⁹³ ».

395. Au-delà, en cas de culpabilité, le juge pénal dispose d'une liberté de moduler la peine dans la fourchette légalement établie. Il « tend à devenir son propre législateur, et à instituer lui-même sa propre échelle des peines, comme conséquence de sa propre hiérarchie des valeurs⁴⁹⁴ ». L'existence et la conséquence des circonstances atténuantes sont laissées à son appréciation souveraine. Il lui appartient, en plus, de fixer un montant de la réparation civile qu'il estime proportionnel au préjudice subi du fait de l'infraction commise. Si le juge ne peut passer outre une proportionnalité, et même si elle est clairement vérifiable en matière de préjudice matériel, l'appréciation du préjudice moral et esthétique consacre la liberté du juge. L'individualisation de la peine et l'individualisation de la réparation induisent la consécration d'un juge législateur doté d'une liberté qui, consciemment ou non, élaborera son propre référentiel au sein de la fourchette légale.

396. Cette liberté, pour la différencier de l'anarchie, doit être balisée. L'indépendance s'analyse comme une liberté encadrée, un état entre la soumission à un autre organe ou une autre personne et l'arbitraire. La norme pénale en compose l'encadrement incontournable, elle est « constituée d'un texte et de l'interprétation de la loi⁴⁹⁵ ». Ce sont des composantes cumulatives. Autrement dit, l'interprétation doit se baser sur un texte de droit interprété d'une certaine manière. « La souveraineté de la loi est la garantie de la liberté contre le juge lui-même⁴⁹⁶ ».

⁴⁸⁸ Main, 1990, *op.cit.*, p. 112.

⁴⁸⁹ H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Rivière, Petite bibliothèque de sociologie internationale, 1964, p. 21.

⁴⁹⁰ A. André, 2015, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁹¹ C. Lombois, « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, N°55, p. 81-94, p. 87.

⁴⁹² André, 2015, *op.cit.*, p. 291.

⁴⁹³ Halpérin, 2009, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁹⁴ Main, 1990, *op.cit.*, p. 112.

⁴⁹⁵ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 30.

⁴⁹⁶ Foyer, 1981, *op.cit.*, p. 20.

397. Cette assertion appelle certaines remarques. Tout d'abord, la loi dont il est fait référence s'entend au sens large tout élément de droit écrit. « Le juge ne peut, sans ruiner les fondements de l'État de droit et tromper l'attente légitime des plaideurs et la nécessaire sécurité juridique, se soustraire au droit applicable⁴⁹⁷ ». Ce droit pénal résulte de la loi, des décrets, de la Constitution et même du droit international. Cette affirmation est d'autant plus vérifiée pour la loi pénale de procédure à laquelle le droit international des droits de l'Homme apporte plusieurs principes. Dans la détermination de la loi applicable, dans l'appréciation de la culpabilité et dans la détermination de la sanction, la norme pénale balise le juge.

398. Ensuite, la méthode d'interprétation est, de ce fait, prédéterminée. Elle ne peut être littérale, en raison de la singularité de la situation que la loi, abstraite, est appelée à régir. « Les décisions pénales [ne sont] pas seulement le résultat d'une activité légale formelle, mais (...) aussi une pratique sociale, prenant place dans un contexte social, organisationnel et culturel spécifique⁴⁹⁸ ». Le juge construit ce lien utile entre l'abstraction et la particularité pour que le droit soit appliqué de manière efficace. L'interprétation sert également à « déterminer la portée temporelle et spéciale, matérielle ou juridique⁴⁹⁹ » du texte de droit. D'ailleurs, « la norme juridique ne saurait se réduire (...) à la prédétermination de la signification de la norme par son auteur⁵⁰⁰ » en l'indépendance du magistrat à l'égard du législateur, pour les lois, et de l'Exécutif pour les décrets qui ont une portée pénale.

399. L'interprétation ne peut être analogique. La loi pénale ne s'applique que pour la situation qu'elle a expressément prévue et non une situation similaire. Le mode d'interprétation stricte se distingue de l'interprétation restrictive en ce que l'interprétation stricte reste fidèle à la portée du texte interprété tandis que la seconde la réduit. « Dans sa mission d'application de la loi pénale, le pouvoir du juge est enfermé dans les limites fixées par la loi elle-même. Il ne doit pas aller au-delà de la loi par une interprétation extensive ni rester en deçà de la loi par une interprétation restrictive. La loi, rien que la loi, mais toute la loi. Le juge doit mettre en lumière la loi, mais rester lui-même dans son ombre⁵⁰¹ ».

⁴⁹⁷ Bergel, 2006, *op.cit.*, p. 14.

⁴⁹⁸ K. Beyens, C. Françoise, V. Scheirs, « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et Société*, 2010, Vol. 34, N° 3, p. 401-424, p. 410.

⁴⁹⁹ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 237.

⁵⁰⁰ G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1993, p. 131.

⁵⁰¹ M. Veron, « L'interprétation stricte de la loi pénale », in *Préface dans La loi. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, Études Juridiques, 2005, p. 150.

400. L'interprétation possible est en conséquence l'interprétation téléologique, cherchant « le but social poursuivi par la loi⁵⁰² », la finalité du texte de droit qui régit la situation soumise au tribunal. « Bien que le juge soit libre, il doit nécessairement revenir au fondement, à la source de son interprétation, soit, la loi pénale⁵⁰³ ». Pour la procédure pénale, cette finalité est désormais exprimée à travers les composantes du droit au procès équitable. Le magistrat doit veiller à ce que son intervention rentre dans l'intégrité du système juridique pour une prévisibilité de l'application du droit en général. « Le droit positif doit donc répondre à une systématique établissant un mécanisme de sécurité, lequel se base sur des valeurs telles que la liberté et l'égalité. (...) C'est sur cette systématique que s'appuie le caractère raisonnable des décisions judiciaires, corollaire dans l'État de droit d'une exclusion de l'arbitraire⁵⁰⁴ ».

Paragraphe 2. La stratification de l'indépendance

401. Dans l'État de droit, l'indépendance, une liberté, est un droit. Il appartient aux magistrats, mais surtout aux justiciables. La notion d'indépendance de la Justice comme un droit des citoyens fait que cette indépendance soit à la fois une liberté et un devoir pour les magistrats. Le CDM dispose de leur obligation « de s'abstenir d'entretenir les relations inappropriées avec les membres du législatif, de l'exécutif et de toutes autres organisations et associations » (article 4) et de « s'astreindre à appliquer de normes sévères en matière de déontologie afin de renforcer la confiance du public en la fonction juridictionnelle, confiance fondamentale pour le maintien de l'indépendance de la justice » (article 6).

402. Par ailleurs, les justiciables, comme les magistrats, détiennent ce droit envers l'État. « La Justice, écrivait Portalis, est la première dette de la souveraineté. (...) Il lui [État] revient (...) de s'acquitter de sa dette en offrant au système juridictionnel le maximum de garanties de son indépendance⁵⁰⁵ ». L'État doit veiller à ce que les trois pouvoirs qui le constituent et qui se partagent son autorité ne s'empiètent. « L'indépendance serait donc une conséquence directe d'une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs⁵⁰⁶ ». Il doit veiller à ce que l'exercice de ce pouvoir judiciaire ne soit confondu avec un autre pouvoir étatique. En effet, « il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative

⁵⁰² Drago, 2016, *op.cit.*, p. 245

⁵⁰³ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 243.

⁵⁰⁴ Garrido Gómez, 2009/2, *op.cit.*, p.146.

⁵⁰⁵ Carcassonne, 2007, *op.cit.*, p. 33.

⁵⁰⁶ F. Houquerbie, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, 2012/2, p. 41-60, p. 42.

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 exécutive, le juge pourrait avoir la place d'un oppresseur⁵⁰⁷ ».

403. Dans ce mécanisme de détermination du débiteur de l'indépendance du magistrat survient la question du statut du magistrat du ministère public. À Madagascar, comme en France dont le système juridique a été mimé pour édifier le système juridique malgache, « le problème du statut constitutionnel du parquet et de ses membres n'est toujours pas résolu, du moins de manière vraiment satisfaisante⁵⁰⁸ ». Le système semble receler des contradictions en prévoyant l'ambivalence statutaire. D'une part, l'organisation pyramidale du ministère public inclut, au sommet, le ministre de la justice. La subordination hiérarchique est constitutionnellement établie. D'autre part, l'indépendance des magistrats s'impose au pouvoir exécutif incluant ce même ministre.

404. Dans ce sens la Constitution dispose que : « Dans leurs conclusions ou réquisitions orales, ils agissent selon leur intime conviction et conformément à la loi (...) ». Deux traits du statut du magistrat de parquet découleraient de la Constitution : le principe de la subordination hiérarchique et l'exception de l'intime conviction avec la liberté de l'exprimer à l'oral. L'article 36 du CDM reprend cette disposition : « Le magistrat du ministère public est soumis à la subordination hiérarchique. Toutefois, dans ses conclusions ou réquisitions orales, il agit selon son intime conviction et ce, conformément à la loi ». Le magistrat du ministère public serait, de ce fait, un magistrat dépourvu d'indépendance, car soumis à la subordination hiérarchique, et que la seule exception concernerait ses avis exprimés dans les conclusions et les réquisitions orales.

405. Or, l'indépendance de la Justice prévue par l'article 107 de la Constitution profite également au ministère public. Par ailleurs, le PIDCP, intégré dans le corpus constitutionnel par son préambule, énonce le droit à un tribunal indépendant, et non le droit à un juge indépendant. D'ailleurs, il s'agit d'une indépendance utile comme celle du magistrat de siège puisque l'indépendance de la Justice, institutionnelle, est tributaire de l'indépendance de la magistrature. Cette magistrature indépendante exige une personnalisation de l'indépendance pour chacun des magistrats, de siège ou de parquet. Dans ce cadre, le CDM, dans ses articles 2

⁵⁰⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois. Livre XI, chapitre VI*, 1758, Paris, GF Flammarion, éd.1979.

⁵⁰⁸ L. Favoreu, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *RSC*, Octobre-décembre 1994, N°4, p. 675-680, p. 675.

et suivants, pose le principe de l'indépendance du magistrat, invariablement de sa fonction, et de l'acte qu'il entreprend, écrit ou oral. La contradiction semble, dès lors, manifeste.

406. Mais une analyse plus poussée amène à la conclusion que le magistrat du ministère public est, d'après la législation, indépendant à Madagascar, comme son homologue affecté à la fonction de juge. En plus, cette indépendance s'harmonise avec le principe de la subordination hiérarchique.

407. Tout d'abord, l'indépendance statutaire de la magistrature diffuse en une indépendance individuelle de tous les magistrats. La généralisation et l'unicité statutaire permettent d'aboutir à cette conclusion unique. Le statut des magistrats s'articule sur trois volets : le recrutement, la gestion de carrière et les règles disciplinaires. Dans ces trois volets, l'unicité de la procédure, de l'organe compétent et du régime applicable confirme l'unicité statutaire. Dépassant son modèle français dans cette consécration de l'unicité, le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) malgache ne comprend qu'une seule formation compétente à l'égard de tous les magistrats alors que son homologue français connaît deux formations distinctes pour les deux fonctions.

408. Bien entendu, la généralisation du statut « ne doit pas signifier l'assimilation des membres du parquet aux juges⁵⁰⁹ » qui sont inamovibles. Cependant, l'inamovibilité ne définit pas l'indépendance, elle en constitue une garantie parmi d'autres. Sa consécration constitutionnelle témoigne de son importance dans le système judiciaire mais d'autres garanties, offertes à tous les magistrats, entrent également en jeu comme le mode de recrutement, l'organe de gestion et carrière et la procédure disciplinaire. Dès lors, la magistrature malgache comprend, non pas de juges indépendants et de magistrat du ministère public qui ne le sont pas, mais de magistrats dont les degrés d'indépendance varient selon des « contours dessinés (...) par la fonction⁵¹⁰ » en vertu d'une « reconnaissance constitutionnelle de garanties différenciées⁵¹¹ ». Plus précisément, il n'y a pas une « gradation dans l'indépendance statutaire⁵¹² » mais une gradation des garanties d'indépendance, une stratification des indépendances en fonction des garanties relatives à la fonction exercée.

⁵⁰⁹ I. Boucoba, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, N° 41, 2005, p. 87.

⁵¹⁰ L. Berthier, *La qualité de la justice*, Thèse en droit, Limoges, 2011, p. 72.

⁵¹¹ E. Lestrade, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence constitutionnelle*, Thèse en droit, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p. 234.

⁵¹² Lestrade, 2013, *op.cit.*, p.234

409. Cette indépendance du magistrat du parquet se concilie, malgré les apparences, avec le lien hiérarchique. « L'appartenance à la magistrature est entendue comme appartenance au pouvoir judiciaire et implique l'absence de subordination au pouvoir politique⁵¹³ ». De ce fait, la subordination hiérarchique ne peut s'analyser en une dépendance vis-à-vis de la fonction politique, ou exécutive, du ministre de la justice mais seulement de sa fonction judiciaire. Dans sa fonction politique, le ministre de la justice coordonne l'administration de la justice conformément à la politique générale de l'État et autres politiques sectoriels. Dans sa fonction judiciaire, il est de garant de l'uniformité d'application de la loi à l'échelle nationale puisque les membres du ministère public « exercent une fonction de nature judiciaire ou juridictionnelle, définie matériellement comme fonction d'application de la loi ou fonction garantie⁵¹⁴ ». Le lien hiérarchique n'est valide que si elle est utilisée dans cette coordination nécessaire de l'application de la loi, afin de réaliser le principe d'égalité.

410. Il n'y a pas, de ce fait, une incompatibilité entre l'indépendance statutaire et l'autorité hiérarchique, qui est fonctionnelle, et sur laquelle d'ailleurs l'essence de la notion de magistrat⁵¹⁵ prévaut. « En définitive, la relation hiérarchique entre ministère public et garde des Sceaux ne servirait que l'intérêt du justiciable de manière à lui garantir une certaine cohérence dans l'application de la loi (...) et s'arrêterait ainsi où commence le libre arbitre du magistrat notamment dans l'opportunité des poursuites⁵¹⁶ » ou la décision d'incarcération. « Les membres du ministère public représentent la société et sont avant tout les défenseurs de la loi⁵¹⁷ ».

411. Cette conception rejoint la position de la Cour africaine qui a statué que l'absence d'indépendance du magistrat du ministère public ne se présume pas malgré la consécration législative de la subordination hiérarchique. Cette position a été exprimée dans un arrêt suite à une allégation d'absence d'indépendance sans étayer des faits prouvant le grief reproché. Dans l'espèce, la partie requérante s'est limitée à exposer l'organisation du système juridique de l'État défendeur qui, comme un bon nombre de pays francophones d'Afrique dont Madagascar, inclut la hiérarchisation des magistrats du ministère public. La Cour africaine a alors statué que : « La soumission hiérarchique du procureur au ministre de la justice n'affecte pas

⁵¹³ Boucobza, 2005, *op.cit.*, p.90

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Voir notamment CEDH, Arrêt du 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink contre Pays-Bas*, § 49 et Arrêt du 3 juin 2003, *Pantea contre Roumanie*, § 238

⁵¹⁶ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 71-72.

⁵¹⁷ *Ibid.*

l'indépendance de la justice dès lors que le juge n'est pas tenu de suivre les positions du procureur lorsqu'il prend une décision dans une affaire donnée. (...) On ne saurait dire que l'institution et le profil du procureur dans le système juridique burkinabé, soit en soi et par nature contraire à l'article 7 de la charte, dès lors que l'existence de cette institution n'affecte pas l'indépendance des juridictions saisies⁵¹⁸ ».

412. Si l'indépendance du juge pénal se manifeste dans l'appréciation de la culpabilité et la détermination de la peine, l'indépendance du magistrat du ministère public se manifeste dans l'opportunité de la poursuite et le choix de la procédure de poursuite. L'opportunité de poursuite est un véritable « droit d'initiative⁵¹⁹ ». Le magistrat du ministère public est « seul habilité par la loi à agir même lorsque la victime directe ne l'a pas fait⁵²⁰ ». La décision de classement sans suite n'est pas susceptible de recours.

413. La fonction de poursuite « comporte une part d'autonomie non seulement dans le choix des poursuites mais aussi dans le développement de dispositifs locaux de réponse pénale⁵²¹ ». Le magistrat choisit entre les voies de poursuite prévue par la loi : la citation directe, l'information ou l'instruction préparatoire (article 175 et suivants du CPPM). La citation directe est la procédure des affaires simples. L'investigation se cantonne à l'enquête de la police judiciaire transcrite dans le procès-verbal d'enquête préliminaire (article 177 du CPPM). L'information sommaire est la procédure prévue pour les affaires moyennement difficiles dans lesquelles une brève enquête supplémentaire est nécessaire (d'où la qualification « sommaire »). Cette brève enquête est conduite par le magistrat du ministère public (articles 223 et suivants du CPPM). L'instruction préparatoire, procédure pour les affaires complexes, fait intervenir le juge d'instruction (article 178 du CPPM).

414. Toutefois, le choix de la procédure de poursuite révèle une marge d'appréciation du magistrat du ministère public, preuve de sa liberté. La citation directe peut être utilisée pour des affaires susceptibles de dix ans d'emprisonnement ferme, la peine maximale pour les délits. L'information sommaire peut être utilisée pour les matières criminelles punies de travaux forcés à temps (cinq à vingt ans), de même qu'un délit ou une contravention. La liberté du magistrat du ministère public est plus conséquente dans l'information sommaire puisqu'il peut mettre fin à la poursuite par une décision de classement sans suite à l'issue de l'information (articles 231

⁵¹⁸ Cour ADHP, Arrêt Zongo et autres contre Burkina Faso, 2014, §125-126, RJCA, vol 1, p. 249.

⁵¹⁹ Voir notamment P. Bonfils, « Partie civile », *Rép. pén.* 2011, N° 120

⁵²⁰ S. Tadrous, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse en Droit, Montpellier, 2014, p. 327.

⁵²¹ P. Milburn, « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ? », *Droit et société*, 2010/1, N°74, p. 73-90, p. 74.

et 236 du CPPM). Autrement dit, l'opportunité de poursuite est conservée tant qu'un autre magistrat (instructeur ou de siège) n'est saisi. La loi ne prévoit l'obligation d'instruction préparatoire que lorsque le mis en examen est inconnu ou en fuite, la procédure concerne un faux contesté ou lorsque la procédure criminelle est susceptible d'aboutir à une peine perpétuelle.

415. En l'occurrence, une prévention pour vol au préjudice de l'employeur (puni de cinq à dix ans d'emprisonnement selon l'article 386 alinéa 2 du code pénal) peut donc faire l'objet de l'une des trois procédures suscitées. Le choix appartient au magistrat du ministère public. S'il choisit la voie de la citation directe, le tribunal correctionnel est immédiatement saisi. En cas de déclenchement de l'instruction préparatoire, une investigation approfondie sera diligentée par un autre magistrat. La résolution de l'affaire bénéficie de plus de moyens pour la recherche de la vérité et les parties se voient plus de temps pour présenter une défense plus élaborée.

Section 2. Le magistrat comme un tiers : l'impartialité

416. Comme pour l'indépendance, le droit à l'impartialité du tribunal est entendu, dans cette section, comme le droit à l'impartialité du magistrat et non comme le droit à l'impartialité de la Justice.

417. « Principe cardinal et intangible de la procédure pénale⁵²² », l'impartialité est une « condition sine qua non du système juridique entier⁵²³ ». Elle résume toute l'essence d'une procédure judiciaire dans l'institution d'un tiers pour trancher le litige. Ce tiers doit avoir la même considération des prétentions et des moyens que les parties avancent. L'impartialité est, selon la jurisprudence, « la pierre angulaire du droit au procès équitable⁵²⁴ ». Intenter une action en justice, c'est demander l'intervention d'un tiers impartial, chaque partie n'ayant pas ce dépassement de soi nécessaire pour reconnaître son tort. « Pour le juge, l'autre est un « tiers » et non un « toi »⁵²⁵. Le justiciable doit rester ce tiers pour garantir un procès juste. L'impartialité s'apprécie à travers l'absence de lien vis-à-vis des parties « dans le détachement⁵²⁶ » et « la tiercéité du juge⁵²⁷ », plus généralement, du magistrat. Inversement, le juge doit rester un tiers pour les deux parties. « L'impartialité du juge est, en quelque sorte, consubstantielle de sa fonction. Elle en est l'essence. Elle représente la base fondamentale de cette règle sociale qui veut que l'on ne fasse pas justice soi-même⁵²⁸ ».

418. L'impartialité est à distinguer de l'intégrité. Dans une violation du principe d'intégrité, la faveur accordée à une partie est la contrepartie « d'un cadeau ou tout avantage indu susceptible d'influencer le traitement d'une procédure ». La transgression du principe d'intégrité est une infraction pénale de corruption. L'impartialité dans une affaire ne résulte pas toujours de la perception d'un avantage indu et inversement, la corruption est juridiquement constituée dès qu'il y ait sollicitation ou acceptation d'un cadeau ou avantage, que cette sollicitation ou acceptation ait été suivie d'impartialité ou non.

⁵²² P. Goasdoue, *L'impartialité du ministère public*, Paris, L' Harmattan, Bibliothèques de droit, 2018, p. 16.

⁵²³ M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, D. 1999. Chron. 53, spéc. N° 1, p. 53.

⁵²⁴ CJUE, 1^{er} juillet 2008, Chronopost SA et La Poste c. UFEX et autres

⁵²⁵ C. Guéry et K. Kostulski, « Une analyse de l'activité du juge d'instruction », *Les cahiers de la Justice*, 2010/3, N°3, p. 129-143, p. 135.

⁵²⁶ P. Rosanvallon, « La question de la légitimité démocratique : l'exemple de la justice », *Après-demain*, 2014/2 N° 30, p. 5-6, p. 6.

⁵²⁷ M. Pariguet, « Le juge et moi », *RSC*, 2012/2 N° 2, p. 361-370, p. 361.

⁵²⁸ R. Chazelle, *Pour une réforme des institutions judiciaires*, Paris, LGDJ, 1969, p. 73.

419. L'analyse du CDM révèle une grande confusion du législateur malgache sur ces deux notions.

420. En effet, dans la section sur le principe de l'intégrité qui devrait ne concerner que l'interdiction de recevoir tout bien matériel en contrepartie d'une décision, le CDM spécifie que « le magistrat veille à ce que sa conduite soit irréprochable aux yeux d'un observateur raisonnable ». Dans la section suivante sur le principe des convenances, l'article 15 dispose que « le magistrat (...) doit éviter les situations pouvant raisonnablement permettre de soupçonner un favoritisme ou une partialité. De même, il doit éviter qu'un tel soupçon puisse être émis dans ses relations extra-professionnelles ». Dans son article 18 alinéa 2, le CDM dispose que le magistrat ne doit ni donner l'impression ni permettre à d'autres de donner l'impression qu'une quelconque personne est dans une position spéciale inappropriée lui permettant d'influencer un magistrat dans l'exercice de ses fonctions.

421. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), notamment dans l'Arrêt du 6 juin 2000, *Affaire Morel contre France*, en son paragraphe 40, statue en affirmant que « l'impartialité s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ». La commission africaine reprend ces éléments relevés par la CEDH en précisant qu'ils peuvent être alternatifs. L'impartialité, selon la commission, « peut s'évaluer tant par la détermination de la motivation intérieure du juge que l'absence de doute légitime⁵²⁹ ».

422. Ces deux démarches d'appréciation de l'impartialité correspondent à deux aspects de l'impartialité : une impartialité subjective, qui est dans le raisonnement intrinsèque du magistrat, et l'impartialité objective, qui est dans la perception d'un observateur raisonnable. Selon la jurisprudence, « il faudra d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime⁵³⁰ ».

423. Toutefois, cette distinction est perméable. « La preuve de la partialité subjective du juge ne peut se faire que par des éléments eux-mêmes objectifs. Il faut que le préjugé du juge

⁵²⁹ Commission africaine, *Affaire Mouvement du 17 mai contre République Démocratique de Congo*, communication N°346/07, §73.

⁵³⁰ CEDH, Arrêt du 25 février 1995, *Findlay contre Royaume Uni*, §73 et Arrêt du 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, § 48.

s'exteriorise pour que la partialité soit retenue⁵³¹ ». L'élément intrinsèque doit être manifesté pour créer le doute chez l'observateur. Dans ce cadre, la jurisprudence précise qu'« il faut d'abord que le tribunal soit subjectivement impartial, c'est-à-dire qu'aucun de ses membres ne manifeste de parti pris ou de préjugé personnel⁵³² ». Cette apparence est constitutive de l'impartialité objective. « Non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut aussi toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective)⁵³³ ».

424. Sur la terminologie, toutefois, la distinction subjective/objective paraît sujette à certaines confusions. Tout d'abord, l'impartialité se définit, entre autres, par l'objectivité de l'esprit dans le processus décisionnel. Dans ce sens, l'impartialité est l'objectivité et la partialité est la subjectivité. Ensuite, la décision d'un magistrat qui a cédé à ses pulsions est subjective, mais l'appréciation d'un observateur lui est également subjective. De ce fait, bien que le contenu de la distinction ne diffère point de ce qui est communément adopté dans la littérature juridique, doctrinale et jurisprudentielle, le développement qui suit invoque « l'impartialité substantielle », vérifiable dans le raisonnement du magistrat (paragraphe 1), et « l'impartialité formelle », appréciée dans son paraître (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'impartialité substantielle

425. Les jurisprudences des organes régionaux de protection des droits humains sur l'impartialité convergent⁵³⁴. L'impartialité s'entend de l'« absence de préjugé ou de parti pris⁵³⁵ ». Le CDM reprend cette position de la commission africaine en disposant que « le magistrat exerce ses fonctions sans favoriser quiconque, ni prendre parti » (article 7). Le magistrat doit s'affranchir du préjugé « non seulement lorsque ce dernier serait directement le fruit de ses convictions personnelles mais aussi lorsqu'il découlerait de sa connaissance antérieure⁵³⁶ », « ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance⁵³⁷ ».

⁵³¹ Voir notamment S. Guinchard, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2017.

⁵³² CEDH, Arrêt du 10 juin 1996, Pullar contre Royaume-Uni.

⁵³³ CEDH, Arrêt du 15 déc. 2005, Kyprianou c/ Chypre, préc., § 119.

⁵³⁴ La Commission africaine cite en l'occurrence les arrêts du 26 octobre 1984 (Cubber contre Belgique), du 23 avril 1996 (Remli contre France), du 1^{er} octobre 1982 (Piersack contre Belgique).

⁵³⁵ Commission africaine, Mouvement du 17 mai contre République Démocratique de Congo, *Communication* N°346/07, §72.

⁵³⁶ Salomon, 2015, *op.cit.*, p. 22.

⁵³⁷ CEDH, Arrêt du 1^{er} oct. 1982, Piersack c/ Belgique, n° 8692/79, § 30.

426. Cette impartialité s'opère dans la réceptivité et l'aptitude à l'écoute. « Elle exige que le magistrat, quelles que soient ses opinions, soit libre d'accueillir et de prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui⁵³⁸ », d'administrer non seulement les débats mais le déroulement du dossier dans le respect de l'égalité des chances. « Cela suppose sans doute de laisser de côté son amour-propre⁵³⁹ ». Cette réceptivité conditionne la qualité du système judiciaire, elle doit être observée « sous peine de transformer le procès en parodie de justice⁵⁴⁰ ».

427. L'impartialité étant une démarche, elle prend fin au moment où le magistrat doit rendre la décision. C'est un principe de raisonnement, celui qui lui impose de ne pas choisir, de ne pas prendre parti qu'après avoir entendu et analysé, avec la même considération, tous les éléments du litige. Ensuite, l'acte de juger se substitue au principe d'impartialité. « Juger c'est faire un choix⁵⁴¹ », et choisir, c'est prendre parti. De ce fait, le principe d'impartialité gouverne le processus décisionnel à l'exclusion de l'acte ponctuel de décision. Dans la décision, le magistrat prend nécessairement position en consacrant la proposition de vérité comme une vérité judiciaire.

428. L'impartialité doit être observée dans l'interprétation de la loi et dans son application. « La norme juridique ne saurait se réduire (...) ni à sa codétermination par son lecteur – impartialité du juge à l'égard des parties ; ni non plus à la surdétermination – aux valeurs – dont un juge, conditionné par la société ou son environnement, serait l'expression dans sa lecture de la norme⁵⁴² ». Dans le travail d'interprétation, l'impartialité garantit le non-détournement de l'indépendance en arbitraire.

429. « S'il est si important que le juge soit impartial, c'est bien qu'en disant le droit il contribue à le créer⁵⁴³ ». La norme naît de la combinaison entre le texte de droit applicable et l'interprétation qui en est faite. De ce fait, l'interprétation doit intégrer le dessein préétabli par la loi. « La loi pénale, comme toutes les lois, a des principes généraux, un ensemble de dispositions qui se coordonnent entre elles, des textes qui s'animent et se meuvent au souffle

⁵³⁸ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz, Paris, 2010, p. 9.

⁵³⁹ Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 140.

⁵⁴⁰ P. Collet, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*, 2016/3, N°3, p. 485-504, p. 489.

⁵⁴¹ L. Bégin, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », *Les cahiers du droit*, 1997, Vol. 38/2, N°2, p. 417- 436, p. 425, l'auteur cite C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990.

⁵⁴² Timsit, 1993, *op.cit.*, p. 131.

⁵⁴³ M. Bonduelle et T. Renault, « De l'impartialité à la neutralité. Critique à deux voix d'un devoir dévoyé », *La découverte*, 2018, N° 5, p.21-26, p. 22.

des règles qu'ils appliquent (...). Il est évident qu'elle ne peut vivre que par le travail d'une incessante interprétation qui rapproche et coordonne ses termes, qui explique ses locutions obscures, qui dégage ses règles générales et assure leur autorité⁵⁴⁴ ». L'interprétation impartiale construit les liens utiles entre les lois pour l'intégrité d'une norme pénale.

430. Pour le magistrat du ministère public, chargé de la poursuite, le principe d'impartialité recouvre la décision d'opportunité de la poursuite comme le choix de la procédure de poursuite. L'impartialité doit être vérifiable dans le choix que le magistrat fait entre les options que la loi de la procédure lui offre dans une situation donnée. Ne poursuivre que lorsqu'il est juste de poursuivre et poursuivre tout ce qui doit l'être. Poursuivre à tout prix révèle une faveur accordée aux plaignants, refuser de poursuivre alors que cela doit être le cas révèle une faveur concédée au suspect. Dans ce sens, dans sa décision disciplinaire N°2014/017, le CSM engage la responsabilité disciplinaire pour partialité d'un Procureur de la République qui « n'a pas donné une suite légale à une plainte » alors que la plainte étayait des faits susceptibles de constituer une infraction.

431. L'individualisation de la réponse pénale s'exerce à travers ces facultés dont dispose le ministère public mais la frontière entre l'impartialité et l'individualisation reste mince. « La loi permet au procureur de la République de réserver un traitement judiciaire différent à deux individus semblables qui se trouvent dans des situations juridiques identiques⁵⁴⁵ ». Néanmoins, le principe d'impartialité pose une « exigence d'identité de la procédure⁵⁴⁶ ». Le magistrat du ministère public doit prendre des mesures égales pour les situations égales, et inversement, des mesures différentes pour les situations différentes. La différenciation doit être basée sur des raisons objectives et vérifiables, et non sur une discrimination répréhensible. « La confiance des citoyens dans le droit créé par l'État ne perdurerait pas dans un cadre juridique aux (...) applications discriminatoires - autrement dit, la sécurité juridique agit comme un impératif s'imposant au droit afin qu'il se structure et fonctionne avec régularité, sans ruptures imprévisibles et arbitraires⁵⁴⁷ ».

432. Pour le juge d'instruction, le principe d'impartialité se décline dans l'obligation d'instruire à charge et à décharge. L'instruction est la recherche de la vérité et non la recherche de la culpabilité ou de l'innocence. Étant saisi par le réquisitoire du ministère public, le juge

⁵⁴⁴ F. Hélie, *De l'interprétation de la loi pénale*, Rev. Crit. 1854, p. 97 et s., spéc. p. 105.

⁵⁴⁵ Tadrous, 2014, *op.cit.*, p. 279.

⁵⁴⁶ Garrido Gómez, 2009, *op.cit.*, p.143.

⁵⁴⁷ Garrido Gómez, 2009, *op.cit.*, p.151.

d’instruction doit dépasser ce réquisitoire introductif si l’investigation révèle d’autres faits répréhensibles.

433. Le juge, statuant au bout de la chaîne est impartial « lorsqu’il est à même de s’élever au-delà des conditions subjectives, d’ordre privé, du jugement, dont restent en quelque sorte prisonniers tant d’autres, et lorsqu’il réfléchit sur son propre jugement à partir d’un jugement universel⁵⁴⁸ ». L’impartialité, pour ce juge, se manifeste dans la distanciation par rapport aux parties et aux avis d’autres magistrats ayant traité le dossier, ces avis constituant désormais pour lui des éléments du dossier restant discutables. Le magistrat du ministère public qui a décidé de poursuivre, au lieu d’un classement sans suite, et le juge d’instruction qui a décidé de renvoyer l’affaire devant la juridiction de jugement, au lieu de prononcer un non-lieu, se sont forgés des avis sur l’affaire. Toutefois, ni la décision de poursuite ni la décision de renvoi au prétoire ne fondent la culpabilité. L’impartialité consiste, à ce stade de procédure, à faire abstraction de ces avis en ayant l’ouverture d’esprit de permettre un nouveau débat dans le respect de l’égalité des chances des parties. La décision doit émaner « d’une démarche intellectuelle rigoureuse de remise en cause, et en se fondant sur une connaissance exhaustive du dossier à traiter⁵⁴⁹ » à partir des éléments fournis par l’ensemble de la procédure sans se confiner dans les interprétations données à ses éléments.

434. Le respect de l’égalité des chances dans le principe de l’impartialité conduit au questionnement sur l’attitude du magistrat saisi dans des conditions l’inégalité factuelle des parties. L’inégalité des moyens implique qu’une partie, plus nantie, peut s’offrir l’assistance d’un conseil et une autre, moins nantie, fait face seule aux rouages judiciaires. L’inégalité des niveaux d’instruction peut avoir le même effet. Dans ces cas, le magistrat n’a pas à conserver une égalité de chances, déjà rompue d’ailleurs, il doit rétablir cette égalité de chances avant de la conserver.

435. Deux remarques s’imposent. Premièrement, toute différenciation de traitement ne constitue pas une faveur. La partialité est la considération d’éléments extérieurs au dossier, le jugement avant l’analyse du dossier. Or, la constatation par le magistrat de l’incompréhension de la procédure par une partie, qui l’amène à prendre plus de disponibilité pour y remédier, résulte de l’analyse de procédure et non d’incursion d’éléments extérieurs au dossier dans le processus décisionnel. Deuxièmement, la différenciation de traitement auquel le magistrat

⁵⁴⁸ E. Kant, *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, 1985, p. 1072.

⁵⁴⁹ Goasdoue, 2018, *op.cit.*, p. 15.

recours conduit au rétablissement de l'égalité de chances de se défendre mais ne résout pas directement la question de la culpabilité. Il s'agit de donner à une partie les moyens d'aller au procès, et non de lui garantir la réussite par la consécration de ses prétentions. Dans ce sens, la partialité, qui influence directement la décision finale, n'est pas constituée.

436. De même, il est nécessaire d'aborder la relation entre le principe d'impartialité et la présomption d'innocence. Bien que la présomption d'innocence soit un « préjugé en faveur de la non-culpabilité⁵⁵⁰ », elle ne peut s'interpréter comme une exception au principe d'impartialité. En effet, ce dernier interdit « tout militantisme, tout favoritisme (...) et toute prétention idéologique⁵⁵¹ » lorsqu'il officie alors que la présomption d'innocence n'est pas une conviction personnelle mais une règle légale, voire constitutionnelle. Elle est donc extérieure au magistrat, s'imposant à lui au même titre que les dispositions dont il a la charge d'appliquer.

437. Enfin, mettre en relation l'impartialité et la présomption d'innocence conduit à aborder la question des pressions médiatiques et des déferlements sur les réseaux sociaux. La quête de la légitimité, qui est à l'origine de l'exigence d'impartialité, se distingue de la séduction. La justice peut ne pas plaire, elle doit juste être fiable. « La nécessité de s'assurer de la confiance du public ne signifie pas qu'il faille rechercher la popularité. (...) Au contraire, cela signifie statuer selon la loi et conformément à la conscience du juge, quelle que soit l'attitude du citoyen. La confiance du public signifie qu'il faut faire parler l'histoire et non l'hystérie⁵⁵² ».

Paragraphe 2. L'impartialité formelle

438. L'impartialité formelle est l'apparence de justice que donne magistrat, la perception d'impartialité par un observateur qui peut être partie ou non dans un procès. Tandis que la démarche subjective sonde son intérieur, son « être », la démarche objective analyse son « paraître ». Elle « procède principalement de l'impression que donne le système judiciaire au justiciable et donc d'une logique liée à l'apparence⁵⁵³ ». Est donc partial le magistrat qui apparaît comme tel devant un observateur raisonnable, celui qui suscite un doute raisonnable

⁵⁵⁰ P. Bolze, *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Thèse en droit, Université Nancy 2, 2010, p. 22.

⁵⁵¹ Bergel, 2006, *op.cit.*, p. 23.

⁵⁵² Barak, 2006, *op.cit.*, p. 252.

⁵⁵³ Commission africaine, Affaire Albert Bialufu Ngandu contre République démocratique du Congo, communication N°433/12, §69.

même s'il « n'a manifesté aucun parti pris ou n'a adopté aucun comportement susceptible de dévoiler la teneur de ses pensées⁵⁵⁴ ».

439. Alors que la démarche subjective se limite dans l'appréciation du processus décisionnel, la démarche objective inclut l'avant procès, le procès, et l'après procès. « La jurisprudence ne s'est (...) pas contentée d'exiger qu'un tribunal n'ait pas de préjugé, elle a surtout exigé qu'il ne soit pas placé dans certaines situations qui donneraient lieu de croire ou de craindre qu'il en ait⁵⁵⁵ ». Le CDM étend cette obligation d'apparence au-delà de l'exercice de la fonction, dans la conduite extraprofessionnelle des magistrats (article 8) et précise que « le magistrat doit s'abstenir de tout commentaire pouvant affecter le résultat du procès » (article 10 CDM). Il est exigé au magistrat une conduite méritant « la confiance (...) en l'impartialité du magistrat et de la justice », « confiance que les tribunaux, dans une société démocratique, doivent aux justiciables⁵⁵⁶ ».

440. Le caractère raisonnable du doute, qui va faire que l'apparence soit coupable ou non, génère des débats. Quoi qu'il en soit, il est déterminé de manière casuistique, paramétré par la fonction du magistrat, les qualités des parties en cause, le contexte et l'agissement incriminé. Les méfiances ou les appréhensions à l'égard de l'impartialité doit être « objectivement justifiées⁵⁵⁷ ». Dans ce sens, la jurisprudence africaine affirme que l'abstention pour une juge d'apprécier, de manière rigoureuse, le bien-fondé d'une allégation de conflit d'intérêts reproché à l'égard d'un magistrat est constitutif de manquement au devoir d'impartialité formelle. « Le juge national aurait dû, avant de poursuivre l'examen de l'affaire, pousser plus avant les investigations sur la question du conflit d'intérêts (...) et prendre une décision formelle sur cette question⁵⁵⁸ ».

441. Dans ce sens, le magistrat du ministère public, en raison de la subordination hiérarchique, doit veiller plus consciencieusement à son apparence par rapport à son homologue du siège. « Dans les juridictions (...) où le parquet agit sous l'autorité du ministre de la justice qui est un membre du pouvoir exécutif, les interventions publiques de cette autorité doivent être empreintes d'une impartialité sans équivoque et d'une neutralité exemplaire⁵⁵⁹ ».

⁵⁵⁴ Collet, 2016, *op.cit.*, p. 492.

⁵⁵⁵ P. Garant, « Les exigences de l'impartialité quasi-judiciaire », *Les cahiers du droit*, 1977, Vol. 18, N° 2-3, p. 585-594, p. 586.

⁵⁵⁶ CEDH, Arrêt du 26 octobre 1984, n°9186/80, Cubber contre Belgique, série A, n°86, §24.

⁵⁵⁷ CEDH, Arrêt du 24 mai 1989, Hauschildt contre Danemark, GACEDH, n° 30, §48.

⁵⁵⁸ Cour ADHP, Arrêt Abubakari contre Tanzanie, 2016, § 111, RJCA, vol 1, p.645.

⁵⁵⁹ Commission africaine, Affaire Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, communication N°416/12, §101.

La subordination hiérarchique qui le régit fait « que l'impression faite au public d'une possibilité et d'une intention d'influencer le cours de la justice est beaucoup plus prononcée et plausible⁵⁶⁰ ». La variation des garanties d'indépendance entre les magistrats de siège et les magistrats de parquets implique la variation des exigences de paraître. Celui dont l'indépendance est mieux garantie est plus facilement perçu comme impartial.

442. Dans cette optique d'incidence de la fonction sur la préservation de son impartialité aux yeux de l'observateur raisonnable, il faut également aborder le cas du juge d'instruction. En effet, la nature inquisitoire de l'instruction implique des auditions successives. Autrement dit, une partie n'assiste pas aux échanges entre le magistrat et l'autre partie. L'absence d'un contradictoire simultané élève l'exigence d'implication du magistrat dans la construction du paraître de la justice. Le juge d'instruction doit faire preuve de plus de disponibilité, par rapport à son homologue d'audience, pour garantir la compréhension de la procédure par les parties en cause et de la teneur des moyens de défense par l'autre partie. Contrairement au juge d'audience qui préside les débats dans un contradictoire vérifiable au prétoire, la nature inquisitoire requiert plus d'entreprise du juge d'instruction pour asseoir la confiance du justiciable.

443. L'opinion citoyenne a et doit avoir, à l'égard des magistrats, « des exigences à la mesure de ce qu'ils représentent socialement, mais surtout en proportion de leurs pouvoirs sur les personnes, sur leurs droits et sur leurs libertés⁵⁶¹ ». Le magistrat ne peut, en raison de sa fonction sociale, se comporter de manière à mettre en cause sa probité ou celle de la juridiction à laquelle il appartient. « Cette exigence vise à projeter une image de la justice qui soit le plus inattaquable possible⁵⁶² ». L'office du magistrat lui impose des restrictions de libertés, notamment d'expression et de réaction. « Les juges doivent agir – au sein du tribunal mais également en dehors du prétoire – de manière à conserver la confiance du public⁵⁶³ ». Dans ce cadre, il doit, en premier lieu, limiter tout excès dans ses manifestations d'opinion en public, « ne pas tenir de propos outranciers ou insultants et ainsi de garder son sang-froid de façon à ce qu'ils contribuent à la crédibilité et la dignité de la justice⁵⁶⁴ ».

⁵⁶⁰ *ibid.*

⁵⁶¹ G. Canivet, « Déontologie ... déontologies ? La persévérance est une forme de courage », *Lettres de l'ENM*, Octobre 2005, p. 4 cité par Joly-Hurard, 2006, *op.cit.*, p. 440.

⁵⁶² P. Garant, 1977, *op.cit.*, p. 586.

⁵⁶³ Barak, 2006, *op.cit.*, p. 252.

⁵⁶⁴ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 571.

444. Il s'agit du devoir de réserve, une « tradition judiciaire de retrait⁵⁶⁵ », de modestie, de discrétion et de modération. Cette réserve n'est pas clairement circonscrite en ce qu'il n'existe aucune liste de comportements à adopter ou à proscrire. Mais en tout cas, elle « consiste moins en des comportements précis qu'en une disposition s'appréciant à chaque époque et consistant à s'interdire des attitudes et des prises de position extrêmes ». L'impulsivité explique souvent la commission d'une infraction. De ce fait, pour prétendre au pouvoir de punir, le magistrat doit prouver continuellement qu'il n'est pas impulsif. Cette maîtrise des pulsions doit transparaître au prétoire. « Les inculpés doivent être traités avec indulgence, même si ces derniers viennent à perdre leur contenance dans une situation placée sous le signe de l'émotion⁵⁶⁶ ». Mais elle doit demeurer au-delà du prétoire. « Dominer en soi ce qui domine les autres donne droit à gouverner ou à juger ceux qui ne parviennent pas à se dominer⁵⁶⁷ ».

445. Par ailleurs, le devoir de réserve couvre ses prises de position en public et l'ensemble de sa vie, jusque dans sa vie privée. « Juger, ce n'est pas seulement une tâche à remplir, mais qu'il s'agit d'un mode de vie⁵⁶⁸ ». La modération que le magistrat démontre dans ses habitudes quotidiennes, en dehors de l'enceinte du tribunal, assoit la confiance du public dans sa manière d'officier. « À la façon des prêtres, les magistrats doivent savoir que leur vie privée est garante de leur ministère⁵⁶⁹ ». Dans ce cadre, il n'est pas interdit aux magistrats de consommer de l'alcool mais l'état d'ébriété en public constitue une violation de son obligation de réserve. Il ne lui est pas interdit d'avoir des avis sur les affaires politiques mais il ne peut les exprimer en public. « Le juge trouve sa grandeur et sa légitimité à dire le droit dans sa distance vis-à-vis de toute idéologie et de toute affiliation partisane⁵⁷⁰ », pas une abstention mais une distance, une réserve. « Cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations, ainsi que le veulent les impératifs supérieurs de la justice, et la grandeur de la fonction judiciaire⁵⁷¹ ». Reprenant les termes de la CEDH, la commission africaine « insiste

⁵⁶⁵ A. Bancaud, « La réserve privée du juge », *Droit et société*, n°20-21, 1992, Une science sociale pour la pratique juridique ? p. 229-247, p. 240.

⁵⁶⁶ K. Hoffmann-Holland, « Un juge ne pleure pas. Réflexion sur les émotions et l'impartialité dans les procédures judiciaires », *Les cahiers de la justice*, 2014/1, p. 15-26, p. 21.

⁵⁶⁷ Bancaud, 1992, *op.cit.*, p. 230.

⁵⁶⁸ Barak, 2006, *op.cit.*, p. 252.

⁵⁶⁹ J.-P. Mounier, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », in Actes de la recherche en sciences sociales, *De quel droit ?*, 1986, Vol. 64, p. 20-29, p. 23-24.

⁵⁷⁰ J. Ficot, « Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française 1945-1986 », *Droit et Société*, 2009/3, N°73, p. 703-723, p. 704.

⁵⁷¹ CEDH, Arrêt du 16 septembre 1999, Buscemi contre Italie ; S. Guinchard, « Les normes européennes garantes d'un procès de qualité », in M.-L. Cavrois, H ; Dalle, J.-P. Jean (dir.), *La qualité de la justice*, Paris, La documentation Française, 2002, p. 84-85.

sur l'importance du choix des termes (...) dans [les] déclarations publiques contre une personne avant qu'elle soit jugée ou reconnue coupable⁵⁷² ».

446. La réserve fonde la légitimité de son pouvoir d'arbitre, détaché du litige et transcendant ses semblables dont les sorts sont remis entre ses mains. Il doit « savoir garder ses distances pour rester digne de la fonction⁵⁷³ ». La magistrature s'est construite sur ce retrait, cette retenue qui est la « valeur centrale de l'éthique judiciaire et contrepartie de son indépendance⁵⁷⁴ ». Sans elle, la liberté donnée dans l'indépendance sera vite perçue comme une autorisation à l'arbitraire. La crédibilité de la justice s'enracine dans cette crédibilité des magistrats « qui ont pour redoutable mission de l'incarner chaque jour⁵⁷⁵ ». Ils construisent leur crédibilité, en grande partie, avec le respect de cette réserve. « C'est sur l'éloignement, l'effacement et finalement le mystère qui en résulte qu'elle [la justice] a entendu fonder et garantir son autorité⁵⁷⁶ ».

447. Toutefois, la notion de réserve évolue avec la notion de la justice et les attentes que les justiciables font peser sur elle. Aujourd'hui, la preuve de cette réserve ne suffit plus à légitimer le pouvoir confié au magistrat, encore moins sa décision. Une trop grande réserve sème le doute quant à la capacité du magistrat d'apprécier la teneur du litige qui lui est soumis. Les magistrats doivent connaître les liens complexes qui se tissent dans la société contemporaine, liens qu'il ne peut comprendre qu'en étant lui-même membre de cette société. « Pour cause de légitimation, le magistrat est en particulier tenu de montrer son appartenance tout autant que sa distance au monde⁵⁷⁷ ».

448. De ce fait, le juge doit se détacher des parties, il doit être le « tiers impartial qui maintient la balance égale entre les deux parties⁵⁷⁸ », en se mettant à leur juste milieu, à même distance de part et d'autre. « Distance physique entre le juge et la personne qu'il entend, (...) distance entre le juge et les parties, les témoins, les experts, les avocats... distance enfin, souvent faite de solitude, de réserves et même parfois de mouvements défensifs à l'égard de

⁵⁷² Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, § 99 ; voir également CEDH, Arrêt du 24 mai 2011, Konstas contre Grèce, §32-33.

⁵⁷³ Mounier, 1986, *op.cit.*, p. 23.

⁵⁷⁴ Mounier, 1986, *op.cit.*, p. 24.

⁵⁷⁵ N. Albert, « De la responsabilité de l'État à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in M. Deguegue (dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 232.

⁵⁷⁶ Bancaud, 1992, *op.cit.*, p. 240.

⁵⁷⁷ Bancaud, 1992, *op.cit.*, p. 241.

⁵⁷⁸ Aristote, *Ethique de Nicomaque*, chap. V, p. 132.

l'institution ou du métier lui-même⁵⁷⁹ ». L'impartialité constitue, de ce fait, un état d'esprit que doit avoir le magistrat et que les parties doivent pouvoir vérifier pour s'y fier. « Avant toute formalisation, toute universalisation, tout traitement procédural, la quête de justice est celle d'une juste distance entre tous les humains. Juste distance, milieu entre le trop peu de distance propre à maints rêves de fusion émotionnelle et l'excès de distance qu'entretiennent l'arrogance, le mépris, la haine de l'étranger, cet inconnu⁵⁸⁰ ». C'est dans ce cadre que l'impartialité s'avère un choix, une prise de position consciente du magistrat, une « fonction d'équilibration⁵⁸¹ ».

449. « La distance apparaît dans le métier, à la fois comme une ressource pour agir et comme une source d'empêchement de l'activité ou de son élaboration⁵⁸² ». La bonne distance est à définir, puis à créer de manière casuistique, « une distance qui ne soit ni indifférence ni fusion⁵⁸³ » puisque dans les deux extrêmes, elle freine la recherche de la vérité. La distance peut être constructive comme destructive du processus judiciaire.

450. De la détermination de cette juste distance découle la distinction entre l'impartialité et la neutralité. La neutralité est la non-appartenance à une idéologie, une totale déconnexion des paradigmes sociaux qui lui sont contemporains. Telle n'est pas l'impartialité qui préconise juste un détachement des parties en cause, donc de quelques hommes, et non de la société, de tous les hommes. L'impartialité n'est pas « un idéal de neutralité désincarnée, qui relèverait de l'utopie et déshumaniserait le juge⁵⁸⁴ ». Le magistrat doit garder un enracinement social. « Il ne doit pas y avoir de fossé entre le juge et la société dans laquelle il fonctionne⁵⁸⁵ ».

451. Tout est question de jaugeage. « Si le réglage du juge n'est pas suffisamment distancié par rapport aux autres hommes, le pouvoir judiciaire tombe facilement dans la complaisance, la compromission, voire la corruption. Si le réglage est exagérément distancié, c'est la légitimité du juge qui est mise en question⁵⁸⁶ ». A l'exigence de la réserve se substitue, dans ce sens, l'exigence d'une réserve raisonnable, une réserve utile, entre le détachement exagéré, constitutif de désintéressement, et une implication répréhensible. Le magistrat doit éviter le

⁵⁷⁹ Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 133.

⁵⁸⁰ P. Ricœur, *Le juste*, t. II, Éditions Esprit, 2001, p. 72.

⁵⁸¹ M. Pariguet, 2012, *op.cit.*, p. 363.

⁵⁸² Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 133.

⁵⁸³ Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 135.

⁵⁸⁴ N. Fricero, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 53.

⁵⁸⁵ Barak, 2006, *op.cit.*, p. 253.

⁵⁸⁶ D. Soulez-Larivière, « Psychologie du magistrat, institution judiciaire et fantasmes collectifs », *Pouvoirs*, N°74, 1995, p. 42-55, p. 48.

piège de l'indifférence, « lorsque la distance instaurée est trop grande et que le désintéressement forme en désintérêt ». Il doit éviter le piège de la pitié « puisque, avoir pitié, c'est également trouver l'autre pitoyable, c'est lui manifester que, du haut de son piédestal, le juge condescend à le regarder avec apitoiement, c'est-à-dire lui montre qu'il est plus petit que lui, plus faible, peut-être plus méprisable⁵⁸⁷ ».

⁵⁸⁷ Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 135.

CONCLUSION DU CHAPITRE

452. À partir des années quatre-vingt-dix, les magistrats regagnent du pouvoir répressif à travers la consécration de leur indépendance vis-à-vis de l'Exécutif. Cette évolution est instituée par la Constitution et par le Statut de la Magistrature. Cette indépendance s'analyse comme leur liberté dans l'interprétation de la loi et dans la prise de décision. Elle est stratifiée en raison de la fonction du magistrat, siège ou ministère public. Le principe d'impartialité est également consacré à travers la Constitution et les lois. À la différence du principe d'indépendance qui protège surtout le magistrat, le principe d'impartialité lui est exigible. Il se décline dans l'impartialité substantielle et l'impartialité formelle. L'impartialité substantielle interdit toute faveur accordée à une partie. L'impartialité formelle, quant à elle, régule l'apparence à laquelle le magistrat doit veiller. Ses comportements ne doivent susciter le doute sur son impartialité.

Chapitre 2. Le déséquilibre des garanties des valeurs éthiques

453. « Ne pas constitutionnaliser le principe inquisiteur ; le consacrer rassure. (...) C'est donc plutôt du côté de la consécration des garanties du principe d'indépendance qu'il faut se tourner ; car de ces garanties dépendent l'opérationnalité du principe et, partant, sa sanction⁵⁸⁸ ». La constitutionnalisation de l'indépendance et de l'impartialité du magistrat signifie leur exigibilité mais non leur réalisation. Les principes restent des simples énonciations en l'absence de mécanisme d'application.

454. L'objet de ce chapitre est de démontrer que, malgré les égales consécrationes que reçoivent le principe d'indépendance et le principe d'impartialité, par les dispositions internationales, constitutionnelles et statutaires à Madagascar, les garanties qui les entourent sont inégales. En effet, l'indépendance est garantie par le principe constitutionnel d'inamovibilité et le Conseil Supérieur de la Magistrature (section 1). Contrairement à cela, les garanties personnelles et systémiques de l'impartialité restent malléables (section 2).

455. Ce déséquilibre des garanties est constitutif d'un risque judiciaire pour le justiciable. En effet, le magistrat devient plus puissant avec les garanties de son indépendance sans que ce pouvoir soit exclusivement affecté à la justesse de la justice en l'absence de garantie suffisante d'impartialité. L'intérêt de la démonstration qui suit est de renseigner sur l'ampleur du risque judiciaire engendré par ce déséquilibre.

⁵⁸⁸ Hourquebie, 2012, op.cit., p. 48.

Section 1. La nette progression des garanties d'indépendance

456. Les Constitutions malgaches successives ont invoqué l'indépendance de la Justice. Toutefois, la magistrature a su tirer parti de la vague de démocratisation du début des années 1990 en revendiquant la création et le renforcement progressif des garanties d'une indépendance qui a toujours été constitutionnellement reconnue.

457. Cette progression des garanties résulte de plusieurs facteurs. La liberté syndicale est acquise avec la démocratisation des années quatre-vingt-dix. Dans la foulée, la création de l'École Nationale de la Magistrature et des Greffes (ENMG) en 1996 favorise l'essor du syndicat de la magistrature. Le concours et les deux années de formation cultivent la solidarité. L'ENMG, en charge de la formation initiale et de la formation continue, constitue le lieu d'échanges des expériences et des perspectives entre les magistrats. Les actions syndicales s'appuient sur la liberté de la presse et le développement des réseaux sociaux. Ces moyens de communication permettent de dénoncer les immixtions extérieures d'obtenir le soutien de l'opinion publique.

458. Toutefois, les garanties acquises ne sont pas uniformes. Les magistrats de siège vont bénéficier de l'inamovibilité (paragraphe 1) en plus de la garantie commune acquise à travers la création et l'évolution du Conseil supérieur de la magistrature CSM (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'inamovibilité

459. L'inamovibilité est une garantie supplémentaire de l'indépendance des magistrats de siège. Elle se définit par une stabilité dans l'exercice de la fonction. De ce fait, il ne s'agit pas d'une garantie à la nomination mais d'une garantie contre la désinvestiture. Elle se distingue de l'irrévocabilité en ce que l'irrévocabilité ne traite que de l'impossibilité pour l'autorité de nomination de revenir de manière unilatérale sur la décision de nomination, remplaçant le magistrat dans sa situation antérieure. L'inamovibilité couvre l'irrévocabilité et la nomination vers un poste nouveau.

460. Garantie de référence dans l'indépendance de la magistrature, l'inamovibilité a progressé avec la reconnaissance de cette indépendance même. Partant d'une magistrature coloniale amovible, avec la compétence de gestion de carrière relevant du service judiciaire rattaché au Gouverneur Général, la magistrature malgache voit aujourd'hui l'inamovibilité de

ses juges consacrée par la Constitution et le Statut de la magistrature, et la gestion de carrière confiée à un CSM avec une prépondérance numérique des magistrats élus par leurs pairs.

461. La Constitution décline l'indépendance judiciaire en deux facettes : l'indépendance de la justice (article 107 al.1) et l'indépendance des magistrats de siège, des juges et des assesseurs (article 108). La constitution consacre, de ce fait, l'indépendance individuelle des magistrats de siège, garantie par le principe d'inamovibilité. Ce principe fait l'objet de nombreuses études doctrinales et jurisprudentielles. « Le consensus le plus important se réalise autour de l'idée d'une garantie contre les mesures arbitraires. (...) Ainsi l'inamovibilité s'entend avant tout d'une garantie contre l'arbitraire gouvernemental⁵⁸⁹ ».

462. Étymologiquement, l'inamovibilité est la négation de l'amovibilité. Cette stabilité inclut deux composantes, une stabilité de la fonction à travers une « garantie contre le risque de désinvestiture⁵⁹⁰ » et une garantie de stabilité du rattachement à la même juridiction. Thierry Renoux distingue, dans ce sens, l'inamovibilité des fonctions et l'inamovibilité de résidence⁵⁹¹. Ces deux composantes de l'inamovibilité sont complémentaires. Le Conseil d'État malgache, dans l'arrêt N°54 du 17 août 2016, explique que l'inamovibilité est « une des garanties offertes aux magistrats de siège quant à leur indépendance vis-à-vis d'éventuelles interventions d'autres pouvoirs ». Elle recouvre deux aspects : « en regard de la fonction mais aussi vis-à-vis de la situation géographique du magistrat qui ne doit pas être déplacé trop fréquemment au cours de sa carrière ».

463. L'inamovibilité de fonction protège le magistrat de siège contre une cessation arbitraire, temporaire ou définitive, de ses fonctions. « Elle donne l'assurance au magistrat, dès son investiture, de conserver son siège pendant une certaine durée, sous réserve des cas et dans les formes prévues par son statut⁵⁹². » Elle concerne de ce fait la suspension d'exercice, le changement de fonction et la révocation de la magistrature. En raison de l'inamovibilité de fonction, la cessation de fonction reste possible mais elle doit remplir des conditions de fond et de forme scrupuleusement établies par la loi. Cette cessation peut être volontaire, avec un consentement du juge concerné, ou imposé dans le cadre d'une procédure disciplinaire. « Le juge, non seulement ne peut être révoqué, suspendu ou mis à la retraite d'office en dehors de

⁵⁸⁹ O. Pluen, *Inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse en droit, Paris Panthéon-Assas, 2011, p. 22.

⁵⁹⁰ S. Manson, *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse en droit, Paris Panthéon-Assas, 1995 cité par Pluen, 2011, *op.cit.*, p. 23.

⁵⁹¹ Renoux, 1984, *op.cit.*, p. 115.

⁵⁹² Pluen, 2011, *op.cit.*, p.24

garanties prévues par son statut, mais encore (...) il ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle⁵⁹³ ».

464. La cessation volontaire ou la cessation consentie doit observer des conditions de validité. Le consentement doit être libre, exprès et préalable. Le consentement libre peut être exprimée à l'initiative du juge ou obtenu suite à une demande de l'organe de gestion de carrière. Quoiqu'il en soit, pour permettre d'en apprécier la validité, la procédure de consentement doit être formelle et écrite. L'accord du juge concerné doit être obtenu avant la décision de cessation.

465. La cessation imposée de la fonction, ou la cessation disciplinaire, est l'aspect de la cessation dans lequel la mainmise de l'Exécutif sur la Justice se mesure. « Le fonctionnaire inamovible – et notamment, le magistrat du siège – ne peut être puni disciplinairement que par la décision, ou sur l'avis conforme (ce qui revient pratiquement au même) d'un organe juridictionnel, ou offrant les garanties juridictionnelles, et selon une procédure présentant les garanties que chaque justiciable est en droit d'attendre d'une procédure juridictionnelle⁵⁹⁴ ». La procédure disciplinaire doit, de ce fait, être confiée à un organe qui ne relève pas du pouvoir exécutif afin que le juge puisse s'émanciper des pressions émanant de ce pouvoir sans risque de représailles. De ce fait, l'inamovibilité est établie dès lors « qu'existent des dispositions légales limitant le droit pour le gouvernement de mettre un terme aux fonctions des juges⁵⁹⁵ ».

466. En ce qui concerne l'inamovibilité de résidence, elle, interdit l'affectation du juge d'une juridiction à une autre, même si la fonction demeure. Elle s'explique par le fait que l'inamovibilité est également une garantie offerte au justiciable dans la saisine d'un juge, une fois la question de compétence respectée. En effet, l'affectation dans une nouvelle juridiction dessaisit le juge des dossiers dont il a la charge, sans le motif légalement établi de la récusation.

467. La première limitation au principe d'inamovibilité est prévue par l'article 9 de la loi organique relative au CSM. Il s'agit de la « nécessité de service dûment constaté par le CSM ». En l'absence d'une définition légale, la « nécessité de service » prête à de larges interprétations et amène à la dénaturation de cette garantie avec la distinction entre le poste de grade et le poste de fonction. Le poste de grade serait donc le poste sur lequel le juge peut se prévaloir de son

⁵⁹³ L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 2008, p. 523.

⁵⁹⁴ M. Waline, *Pouvoir exécutif et justice*, La justice VII, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, Université d'Aix-Marseille, 1961, p. 100-101.

⁵⁹⁵ C. Gour, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif : problèmes de compétence*, Paris, LGDJ, 1960, p. 333.

inamovibilité, le poste de fonction est celui qu'il exerce effectivement en raison du nécessité de service. Avec cette pratique, « les magistrats ne sont pas inamovibles dans les faits. Ils peuvent être affectés en tout lieu, voire démis de leurs fonctions par le CSM, généralement présidé par le Chef de l'État⁵⁹⁶. »

468. Toutefois, cette dénaturation a déjà été rectifiée par le Conseil d'État malgache. Dans son arrêt N°81 du 18 juin 2009, il explique que l'actualité de l'exercice d'un service signifie déjà qu'il y a encore nécessité de service : « qu'il [le requérant] est encore au service au ministère de la justice, ce qui justifie qu'il y a nécessité de service ». Cette définition de la nécessité de service par le Conseil d'État est déterminante dans l'application du principe d'inamovibilité. À la lecture de la jurisprudence du Conseil d'État, dès que le magistrat est encore en exercice, il y a nécessité de service. Ce qui pénalise toute affectation sur ce motif car le privilège d'inamovibilité est acquis dès lors que le magistrat est investi d'une fonction de juge.

Paragraphe 2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature

469. « L'inamovibilité peut être un moyen parmi d'autres, mais on ne saurait la confondre avec l'indépendance pas plus que le muscle ne se confond avec le mouvement⁵⁹⁷ ». D'autres garanties d'indépendance interviennent. L'inamovibilité annihile le risque de désinvestissement arbitraire sans supprimer le risque que comporte une gestion de la carrière des magistrats par l'Exécutif. Cette gestion de carrière concerne la cessation de la fonction mais également la nomination à la fonction et les avancements. Elle est désormais confiée au CSM. Selon la jurisprudence, « pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance⁵⁹⁸ ». Ces critères sont remplis, du moins quasiment, à travers le CSM.

470. Le Conseil Supérieur de la Magistrature, en France, a été institué par la Constitution de 1946. Mais l'avènement de l'Union française, expliqué dans la première partie, ne modifie pas le sort de la justice dans les territoires occupés. La magistrature y reste sous l'autorité du service

⁵⁹⁶ Guèye, 2009, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁹⁷ L. Casamayor, *La justice, l'homme et la liberté*, Paris, Arthaud, Notre temps, 1964, p. 66.

⁵⁹⁸ CEDH, Arrêt Findlay contre Royaume Uni, 25 février 1995, §73 et Arrêt Campbell et Fell contre Royaume-Uni, 28 juin 1984, § 48, Ces arrêts sont cités par le juge Ougergouz dans son opinion individuelle relative à l'Arrêt de la Cour africaine dans l'affaire APDH contre Côte d'Ivoire (2016).

judiciaire, lui-même sous la tutelle d'un Exécutif fort. La justice postcoloniale hérite de la justice coloniale et non de la justice française. Bien que l'indépendance de la justice soit consacrée dans la Constitution de la jeune République malgache, sa réalisation reste tributaire de l'agencement réel des pouvoirs. Cet agencement inscrit le pouvoir de gestion de carrière des magistrats dans les attributions du ministère de la justice.

471. Quand la Constitution de la troisième République malgache procède à une redistribution des pouvoirs de l'État, elle adopte la terminologie de l'ancienne puissance coloniale, le CSM. Toutefois, la pratique est repandue, « La nécessité de rompre avec le passé en instaurant des mécanismes et institutions propres à assurer l'indépendance de la Justice (...) a conduit à la création de conseils de la magistrature, qui indépendamment de leur appellation respective, ont en commun d'exercer leurs compétences relativement à la sélection des juges, au déroulement de leur carrière et à l'application des règles disciplinaires auxquelles ceux-ci sont assujettis⁵⁹⁹ ». Le CSM malgache remplit ces rôles. Ces similitudes de rôles, qui transcrit une similitude des enjeux de pouvoirs au sein et autour du CSM, permet de se référer aux écrits qui ne concernent pas spécifiquement le CSM malgache.

472. Dans tous les cas, il s'agit d'une « matrice appelée à dégager la magistrature du poids de l'histoire [de la domination politique]⁶⁰⁰ », mais l'évolution de sa composition et des attributions dévolues révèle les avancées, ou les retards, en fonction de l'espace et du temps. Le CSM est « une institution novatrice s'attaquant aux rapports historiques de dépendance de la justice, comme à l'ensemble de la structure classique de l'État et au système traditionnel de représentation du corps judiciaire⁶⁰¹ ». Pour Madagascar, l'histoire du CSM se lit comme l'histoire de la régression croissante de la mainmise de l'Exécutif sur les magistrats, et partant, sur l'appareil judiciaire.

473. La lettre constitutionnelle sur le CSM illustre l'enjeu politique en son sein. Les acteurs s'y côtoient dans « des stratégies de conquête ou de défense de territoires [politiques] et de privilèges protocolaires, on obéit à des intérêts corporatistes, non monolithiques, mais également on joue la définition de la magistrature, de l'État et de la République⁶⁰² ». Le CSM

⁵⁹⁹ N. Duplé, « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », in *L'indépendance de la justice*, *op.cit.*, p. 87.

⁶⁰⁰ A.-L. Guyot, *L'évolution des relations de la justice judiciaire et du politique : l'exemple du Conseil supérieur de la magistrature*, Grenoble, IEP, 1996 cité par Bancaud, « Normalisation d'une innovation : le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV^e République », *Droit et société*, 2006/2, N°63-64, p. 371-391, p. 372.

⁶⁰¹ Bancaud, 2006, *op.cit.*, p. 372.

⁶⁰² Bancaud, 2006, *op.cit.*, p. 372.

concrétise en quoi et comment « la justice constitue une institution politique à part entière, c'est-à-dire une institution centrale de la construction de la légitimation d'un système de pouvoirs⁶⁰³ ». L'article 107 consacre dans ce sens le Président de la République comme le garant de l'indépendance de la justice et dispose qu'il est, à cet effet, « assisté par un Conseil Supérieur de la Magistrature dont il est le président » (alinéa 2). Le ministre chargé de la justice est le vice-président de ladite institution. De ce fait, au vu de la lettre de la Constitution, le CSM œuvre pour l'indépendance structurelle et non l'indépendance personnelle en ce que cette dernière fait l'objet de l'article suivant. Mais, l'énumération des attributions du CSM dans l'article 107 inclut le contrôle du respect des règles déontologiques relève d'aspect individuel et non structurel (article 2 du CDM). Sa compétence sur les deux aspects de l'indépendance de la justice s'en déduit.

474. Le CSM a successivement fait l'objet de l'Ordonnance N° 2001-005 du 18 novembre 2001, de la Loi organique N°2007-039 du 14 janvier 2008 modifiée par la Loi organique N° 2011-006 du 1^{er} août 2011. La gestion de carrière des magistrats confiée au CSM consiste dans la nomination, les avancements et le pouvoir disciplinaire. Avant l'Ordonnance de 2001, la gestion de carrière, en l'occurrence les questions relatives aux mutations et aux avancements, relevait du ministère de la justice. L'évolution de l'indépendance de la magistrature s'opère avec l'évolution du CSM sur deux axes : la composition et les moyens d'action.

475. En ce qui concerne la composition, le CSM est formé de membres de droit et de membres élus. Les membres de droit, hauts employés de l'État, sont nommés par décret pris en Conseil des Ministres et font partie intégrante de l'Administration. À ce titre, ils sont sous la tutelle du pouvoir exécutif qui peut les limoger à tout moment. Leur siège au CSM étant rattachée à la fonction et non à la personne, ces membres de droit transfèrent le droit de siéger au CSM à leur successeur en cas de limogeage. Le statut de membre de droit implique la possibilité de représailles, par le limogeage, à leur endroit. Pareillement, elle accroît le risque de représailles sur les magistrats de la part du pouvoir exécutif, l'autorité disciplinaire étant sous la coupe de l'Exécutif.

476. Les membres élus, quant à eux, par les pairs garantissent plus l'indépendance du CSM à travers leur propre indépendance. Premièrement, ils occupent leurs fonctions pendant un

⁶⁰³ A. Vauchez, « La justice comme « institution politique » : retour sur un objet (longtemps) perdu de la science politique », *Droit et société*, 2006/2, N° 63-64, p. 491-506, p. 493.

mandat légalement fixé. Deuxièmement, ils ne peuvent être mutés pour quelque motif que ce soit. L'exception légale de nécessité de service ne leur est pas opposable. Cette super inamovibilité, rattachée à l'office du CSM, leur est accordée indépendamment de leur fonction, de siège ou de parquet, en juridiction.

477. L'évolution de la composition du CSM démontre une réduction progressive du nombre de membres de droit au profit des membres élus par les pairs. L'Ordonnance de 2001 prévoit une formation composée de vingt-trois membres de droit et de seize membres élus. Les membres de droit sont : le Président de la République (président), le Ministre en charge de la justice (vice-président), le secrétaire général du ministère de la justice, le directeur général chargé des affaires judiciaires, le directeur chargé des affaires judiciaires, le directeur chargé des ressources humaines, le directeur chargé du contrôle de fonctionnement des juridictions, deux magistrats désignés par le ministre chargé de la justice, le premier président et le procureur général près la Cour Suprême, le premier président et le procureur général de chaque Cour d'appel (six Cours d'appel, donc douze membres). Les membres élus sont : un magistrat pour chaque Cour composant la Cour suprême (trois membres), un magistrat pour chaque Cour d'appel (six membres), un magistrat représentant les tribunaux du ressort de chaque Cour d'appel (six membres), un magistrat représentant ses pairs exerçant en chancellerie.

478. Cette première législation relative au CSM, cependant, avait été critiquée. En effet, comme le souligne l'exposé des motifs de la loi organique N°2007 039 du 14 janvier 2008, l'Ordonnance de 2001 a maintenu le poids de la subordination hiérarchique auprès du Ministre de la Justice au sein du CSM. Cette loi organique N°2007-039 du 14 janvier 2008 inverse la proportion et institue une formation composée de sept membres de droit et de huit membres élus par les pairs. Les membres de droit sont : le Président de la République (président), le Ministre chargé de la justice (vice-président), le premier président et le procureur général près la Cour suprême. Les membres élus sont : un magistrat représentant les trois Cours formant la Cour suprême, cinq magistrats représentant les Cours d'appel et les tribunaux de leur ressort, un magistrat représentant les tribunaux administratifs, un magistrat représentant les tribunaux financiers, les deux enseignants d'université et un représentant de la société civile.

479. La loi organique N° 2011-006 du 1^{er} août 2011 renforce le pouvoir des membres élus. Il regroupe vingt-et-un membres dont seulement quatre membres de droit. Les membres élus sont : quatorze magistrats élus par leurs pairs, deux enseignants chercheurs élus par leurs pairs et un membre de la société civile. Les quatre membres de droit sont : le Président de la

République (président), le Ministre en charge de la justice (vice-président), le premier président de la Cour suprême et le procureur général près la Cour Suprême. Les quatorze magistrats élus représentent divers collèges d'électeurs. Chacune des trois Cours réunies au sein de la Cour Suprême (Cour de cassation, Cour des comptes et Conseil d'État) élit un représentant. Les magistrats exerçant dans les six Cours d'appel constituent sept collèges d'électeurs élisant chacun un représentant. Les magistrats de la Cour d'appel d'Antananarivo élisent un représentant. Les magistrats exerçant dans les tribunaux de première instance du ressort de cette Cour élisent un autre représentant. Les cinq autres Cours d'appel et les tribunaux de leur ressort élisent chacun un représentant. Les six tribunaux administratifs élisent un représentant, de même pour les six tribunaux financiers. Les magistrats en détachement et ceux qui exercent à la chancellerie élisent deux représentants.

480. Les attributions du CSM demeurent celles prévues par l'ordonnance de 2001 : la nomination, l'avancement et le pouvoir disciplinaire. Il exerce, en plus, une fonction consultative sur l'administration des juridictions. Toutefois, les moyens d'action sont renforcés à travers la fréquence des sessions. L'ordonnance de 2001 ne prévoit que deux sessions par an. Cette fréquence fait obstacle à une réactivité utile du CSM. Elle transmet, de facto, une grande partie des attributions du CSM à la chancellerie qui a compétence hors session pour les décisions urgentes. Le CSM, par la suite, entérine les décisions de la chancellerie. A partir de 2007, les sessions sont bimestrielles.

481. Désormais la nomination et la cessation de fonction relèvent d'un organe aujourd'hui indépendant de l'Exécutif. Avec une composition composée de majorité écrasante de membres élus, le CSM s'est dégagé de l'emprise ministérielle et donc de l'Exécutif. La présidence et la vice-présidence, assurées par le Président de la République et le Ministre de la justice, restent des symboles politiques qui écorchent l'indépendance de la justice. Toutefois, dans la pratique, le poids des membres élus a changé les choses. « La garantie de l'indépendance des magistrats à l'occasion des nominations, en assurant une protection des magistrats, préserve les garanties fondamentales des justiciables⁶⁰⁴ ». Le droit à un juge indépendant est garanti avec l'effectivité de l'indépendance du CSM.

⁶⁰⁴ A. Martinel et F. Natali, « Le Conseil Supérieur de la Magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables ? », *Après-demain*, 2014/2, N°30, p.33-35, p.34.

Section 2. L'insuffisance des garanties d'impartialité

482. Comme l'indépendance, la reconnaissance légale de l'impartialité est utile. Toutefois, cette reconnaissance n'est qu'un préalable à sa réalisation. Seules les garanties de son respect et, le cas échéant, de sa sanction, rendent un principe opérationnel. Alors que les garanties d'indépendance progressent nettement, les garanties personnelles (paragraphe 1) et les garanties systémiques (paragraphe 2) de l'impartialité restent perméables.

Paragraphe 1. L'insuffisance des garanties d'impartialité offertes par le magistrat

483. « Attente légitime de tout justiciable, l'impartialité est à l'évidence un devoir essentiel de tout juge⁶⁰⁵ ». Pour le justiciable, la satisfaction de ce devoir s'apprécie à travers la motivation de la décision rendue. « Si l'impartialité est la finalité, la motivation est le moyen d'y concourir. (...) Une motivation claire et suffisante est la garantie contre les défaillances ou préjugements du juge⁶⁰⁶ ». L'obligation de motiver la décision n'est pas établie expressément dans les traités protecteurs des droits humains. Elle découle de l'exigence d'impartialité qu'elle garantit. Dans la motivation, le magistrat prouve qu'il reste un tiers dans le procès. Il est « l'arbitre d'un débat contradictoire entre les parties à la cause, qui doit permettre à celles-ci de développer, à l'appui de leurs thèses, des arguments, auxquels le tribunal sera d'ailleurs tenu de répondre dans son jugement⁶⁰⁷ ». Cette réponse est fournie dans la motivation. Elle doit faire transparaître la position du juste milieu qu'est celle du magistrat impartial.

484. Tout d'abord, la motivation est pour le magistrat lui-même, le contraignant à ajuster sa position conformément aux lois qui le lient. Elle transcrit son cheminement intellectuel et le confronte à sa propre pensée, l'obligeant à l'agencer d'une manière logique. Motiver, « c'est limiter la part de l'ombre, de l'irrationnel, du sentiment, de la pure opportunité, même si jamais on ne peut la réduire à rien. (...) Motiver, c'est rendre compte, et d'abord à soi-même⁶⁰⁸ ». L'exigence de la motivation limite l'arbitraire du juge, qu'il s'agisse d'un arbitraire conscient, donc de la partialité, ou d'un arbitraire inconscient, instinctif. « Ces renfermements nécessaires

⁶⁰⁵ Bonduelle 2018, *op.cit.*, p.21.

⁶⁰⁶ Berthier, 2011, *op.cit.*, p.288.

⁶⁰⁷ B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 24.

⁶⁰⁸ Main, 1990, *op.cit.*, p. 115.

dans la logique juridique complètent (...) cette protection du juge par rapport à son inconscient⁶⁰⁹ ». Expliquer un résultat revient à étayer les causes puis les liens de causalité. La motivation se présente, dès lors, comme un encadrement utile, « un rempart contre l'arbitraire⁶¹⁰ ».

485. Ensuite, la motivation étaye le raisonnement du magistrat aux parties afin qu'elles puissent en apprécier la teneur. « La motivation a vocation à démontrer aux parties que le tribunal ne s'est pas fondé sur un préjugé mais sur un raisonnement juridique cohérent⁶¹¹ ». Elle constitue « une garantie essentielle (...) destinée à le protéger contre l'arbitraire du juge⁶¹² » en leur exposant le lien entre les arguments avancés et la décision prise. La motivation explique « pourquoi il [le magistrat] statue dans un certain sens, sans rien cacher des éléments qu'il prend en considération⁶¹³ ». Elle cristallise toute la procédure judiciaire. Elle permet au magistrat de démontrer son impartialité et permet aux parties d'apprécier le bien-fondé de cette démonstration. « La qualité de la décision de justice ne se mesure donc pas à son exactitude ni à ses effets, mais bien à la qualité de l'argumentation qui la soutient⁶¹⁴ ».

486. Cette argumentation est destinée à convaincre le justiciable. Elle est un préalable à l'adhésion des justiciables de la décision rendue. « Elle redéfinit l'autorité de chose jugée qui devient plus légitime et moins unilatérale, et permet une meilleure acceptation et, partant, une meilleure exécution de la décision de justice⁶¹⁵ ». Dans ce sens, la motivation garantit l'impartialité, en premier lieu, mais elle garantit également la principale conséquence de la perception de cette impartialité par le justiciable : l'exécution de la décision judiciaire. « Il s'agit plutôt pour la justice d'adresser un raisonnement construit en vue de l'intériorisation de la norme individualisée dans son contenu et dans sa portée⁶¹⁶ ».

487. Le cas échéant, la motivation de la décision judiciaire permet aux justiciables « d'apprécier les chances d'un éventuel recours et de l'exercer⁶¹⁷ ». L'argumentation apposée par le magistrat constitue la base sur laquelle le justiciable part pour développer sa propre

⁶⁰⁹ Soulez-Larivière, 1995, *op.cit.*, p. 45.

⁶¹⁰ CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet contre Belgique, §43

⁶¹¹ J. Richard, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse en Droit, Montpellier, 2017, p. 224.

⁶¹² J.- P. Ancel, « La rédaction de la décision de justice en France », *RIDC*, 1998, p. 852.

⁶¹³ A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celle de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 502.

⁶¹⁴ Frydman, 2007, *op.cit.*, p. 23.

⁶¹⁵ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 296.

⁶¹⁶ C. Julia-Guillermet, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 44.

⁶¹⁷ F. Zenati-Castaing, *La motivation des décisions de justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1553.

argumentation devant la juridiction de réformation. Avoir accès à la transcription de ce raisonnement du juge conditionne, dès lors, l'activation consciente, ou aveugle, d'un recours.

488. Enfin et par conséquent, la motivation garantit l'impartialité en permettant le contrôle et la réformation de la décision. Le principe du double degré de juridiction, une autre garantie de l'impartialité, se trouve sans objet en l'absence d'une motivation à contrôler. La motivation conditionne le bien-fondé de ce recours. En son absence, ce recours perd son essence, réduite à une appréciation d'une explication qui n'est pas fournie.

489. Le recours en réformation combine deux types de contrôle : un contrôle de la forme, qui se penche sur la procédure menant à la décision attaquée, et un contrôle de fond qui discute de la substance de la décision. Selon Colombet et Gouttefangeas, « ce contrôle de la qualité substantielle de la décision a lui-même évolué. D'abord, le contrôle de légalité suppose une décision conforme à la loi. Même si cette dernière semble injuste, elle doit s'imposer sur la raison du juge. (...) Se développe ensuite un contrôle de proportionnalité. (...), enfin, le contrôle de motivation (...) ⁶¹⁸ ». Le contrôle de la motivation permet le contrôle de la légalité et de l'opportunité en ce qu'il étaye l'adéquation entre les faits, la qualification choisie et la peine prononcée. Il étaye également comment le magistrat fait le lien entre ces trois composantes, autrement dit, le cheminement de sa pensée.

490. En matière pénale à Madagascar, la motivation n'est de principe que pour les décisions rendues en matière criminelle, dans les décisions sur la détention provisoire et dans les instances de réformation (en appel et en cassation). De ce fait, les motifs habituellement apposés sont des « clauses de style », des formulations toutes faites utilisées dans toutes les décisions.

491. Au tribunal de première instance, au niveau du ministère public, la décision judiciaire principale de poursuivre ou de classer sans suite n'est pas motivée. D'ailleurs, elle n'est pas susceptible de recours et ne fait donc l'objet d'aucun contrôle. En matière correctionnelle, seule la décision d'incarcération provisoire doit être motivée. L'imprimé vide de procès-verbal d'information sommaire, acte par lequel le ministère public saisit le tribunal correctionnel, n'inclut aucune motivation de la décision de saisine de la juridiction de fond ou de classement sans suite de l'affaire, qui reste une option. L'arbitraire est d'autant plus permis que la décision de saisine de juridiction de jugement ou de classement sans suite n'est pas susceptible de

⁶¹⁸ H. Colombet et A. Gouttefangeas, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, N°83, p. 155-176, p. 157.

recours. La règle est inversée en matière criminelle pour laquelle l'ordre de renvoi devant la cour inclut obligatoirement une motivation.

492. Au niveau de l'instruction, la décision d'incarcération provisoire est toujours motivée. Les ordonnances rendues en cours de l'instruction, telles les ordonnances aux fins d'expertise, sont également motivées. Contrairement à cela, l'ordonnance de règlement, qui renvoie l'affaire devant le tribunal correctionnel ou qui y met un terme par une décision de non-lieu, n'expose aucune motivation ou ne l'est qu'à travers les clauses de style. Comme au niveau du ministère public, le contrôle de la décision du juge d'instruction en matière correctionnelle demeure difficile. L'apposition de motifs reste obligatoire en matière criminelle.

493. De même, le jugement correctionnel est rarement motivé, sauf en ce qui concerne les homicides et les blessures involontaires. Le jugement se limite à rappeler la qualification pénale des faits et à exposer que « des pièces du dossier et des débats, il résulte (ou non) des preuves suffisantes de la culpabilité, qu'il y a lieu de statuer en ce sens ». Ni les faits, ni le contenu des pièces justificatives, ni le contenu des débats, ni le raisonnement avec lequel le magistrat a relié ces éléments ne sont étayés. Les parties ne peuvent apprécier le raisonnement qui a conduit à la décision. À juste titre et dans de tels cas, « dès lors que la motivation est insuffisante, l'impartialité du juge est suspectée au nom d'un risque d'arbitraire⁶¹⁹ ».

Paragraphe 2. L'insuffisance des garanties offertes par le système

494. « Qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité⁶²⁰ ». Au-delà de la garantie personnelle d'impartialité du magistrat qu'offre la motivation des décisions judiciaires, le système lui-même doit inclure des garanties à cette fin. Ne pas laisser le magistrat livré à lui-même, car « on est si porté à trouver bonne la cause de celui qu'on affectionne, on a tant de penchant à croire injuste ou coupable celui pour lequel on a de l'aversion⁶²¹ ». Instaurer des garde-fous en amont et en aval de l'intervention du magistrat.

⁶¹⁹ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 288.

⁶²⁰ Cour suprême du Canada, arrêt « R. c. Lippé », [1991] 2 R.C.S., note 21, 140.

⁶²¹ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° Juge, tome VIII, 1827, cité par S. Josserand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, 1998, p. 10.

495. La première garantie systémique de l'impartialité est l'indépendance. « Cette indépendance ne poursuit qu'un seul but : assurer la confiance des citoyens dans le système judiciaire en créant des conditions objectives visant à garantir que justice soit rendue et apparaisse être rendue selon le principe de la primauté du droit.⁶²² » L'indépendance facilite et constitue une certaine garantie de l'impartialité. Sans pression extérieure, l'office est moins rude. L'indépendance garantit l'impartialité substantielle.

496. « Bien plus qu'une simple protection contre les risques d'abus du pouvoir politique, l'indépendance constitue pour les magistrats une condition même leur de légitimité⁶²³ ». La liberté encadrée dont dispose les magistrats dans leur office entretient la confiance des justiciables. L'absence manifeste d'emprise d'organes extérieurs sur le magistrat est une garantie de la perception de l'impartialité. « Si les juges pouvaient être perçus comme impartiaux sans l'indépendance judiciaire, l'exigence d'indépendance serait inutile⁶²⁴ ». L'indépendance est un « moyen pour atteindre une fin qui est la perception d'impartialité des magistrats que doit avoir le public⁶²⁵ ». Par conséquent, elle est une garantie de l'impartialité formelle.

497. Dans ce sens, Éric Lestrade consacre dans l'indépendance un préalable à l'impartialité. « Si un juge, indépendant de tout pouvoir extérieur dans l'exercice de sa fonction, peut être partial dans un contentieux particulier, il ne saurait être impartial, sans bénéficier auparavant de toutes les garanties d'indépendances⁶²⁶ ». Cette position de Lestrade rejoint celle d'un juge canadien qui désigne l'indépendance comme « la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire⁶²⁷ ». Cette connexion n'est toutefois pas incontestable.

498. En effet, « l'impartialité du juge n'est pas la réalisation de son indépendance⁶²⁸ ». La pression extérieure conduit souvent le juge à favoriser une partie au détriment d'une autre. Cependant, le lien de causalité ne se vérifie pas toujours. Un magistrat soumis à des contraintes aura plus de mal à statuer de manière impartiale qu'un autre dont l'indépendance est respectée, mais l'existence de la pression n'induit pas mécaniquement la soumission du magistrat. De ce

⁶²² F. Rolland, « L'Indépendance judiciaire et l'accès à la justice », in Actes du Congrès de la magistrature, *Quel juge pour quelle société ?* 2008, p. 29.

⁶²³ Pluen, 2011, *op.cit.*, p. 49.

⁶²⁴ Cour suprême du Canada, arrêt « R. c. Lippé », [1991] 2 R.C.S., note 21, 139.

⁶²⁵ F. Aquin, « La légitimité de l'indépendance judiciaire », in Actes du colloque du Conseil de la magistrature du Québec 2002, *L'indépendance judiciaire... Contrainte ou gage de liberté ?* Québec, Bibliothèque Nationale du Québec, 2003, p. 32.

⁶²⁶ Lestrade, 2013, *op.cit.*, p. 163.

⁶²⁷ Cour suprême du Canada, arrêt « R. c. Lippé », [1991] 2 R.C.S., note 21, 139.

⁶²⁸ D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997, p. 22.

fait, « la protection de l'indépendance du juge est un facteur d'impartialité⁶²⁹ », « une condition essentielle⁶³⁰ » sans en être la condition *sine qua non*. « Cette indépendance, au bénéfice du justiciable, a pour but de lui garantir un procès juste et impartial⁶³¹ ». Elle n'en constitue ni la cause incontournable, ni la garantie exclusive.

499. Enfin, la stratification de l'indépendance entre le magistrat de siège et le magistrat du ministère public implique un déséquilibre des garanties d'impartialité. L'inamovibilité des magistrats de siège offre une garantie plus solide de leur impartialité. La consécration constitutionnelle de la subordination hiérarchique des magistrats du ministère public, bien qu'elle n'exclût pas leur indépendance comme il a été expliqué dans le chapitre précédent, entraîne une porosité des garanties la protégeant.

500. Cette porosité est d'autant plus préjudiciable pour les justiciables puisque, partie au procès, le ministère public est logiquement perçu comme partial. Contrairement à ce qui est d'actualité, de ce fait, le ministère public devrait présenter de garanties plus consistantes de son impartialité par rapport aux juges, naturellement réputés impartiaux dans la procédure. Le déséquilibre des garanties d'impartialité des magistrats du ministère public et des juges permet une application erronée de la règle de subordination hiérarchique à Madagascar.

501. À Madagascar, la subordination hiérarchique s'exerce indifféremment par rapport à la qualité politique du ministre de la justice, en vertu de laquelle il procède à l'uniformisation de l'administration judiciaire, et à sa qualité fonctionnelle en tant qu'organe judiciaire. Il n'est pas rare que l'ordre du ministre de la justice se porte sur l'exercice de l'initiative de poursuite, sur la décision d'incarcération alors que ces attributions relèvent de l'indépendance et non de la subordination.

502. Il faut relever, en l'occurrence, le contenu de quelques circulaires actuellement en vigueur. La circulaire N°378 du 7 avril 1967 transmet une note relative à l'exercice des poursuites et à la détention préventive pour le détournement de deniers publics. Dans le cadre de la « lutte systématique contre les irrégularités de la gestion des deniers publics et leurs détournements », le Ministre de la justice ordonne de « décerner sur le champ un mandat de dépôt ». Il ordonne au magistrat du ministère public de s'opposer systématiquement à toute demande de mise en liberté provisoire « sauf instructions contraires » de sa part. Cette

⁶²⁹ Cadiet, 2013, *op.cit.*, p. 660.

⁶³⁰ Bergel, 2006, *op.cit.*, p.23.

⁶³¹ A. Ouimet, « L'indépendance du juge comme devoir déontologique au Québec », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/2, N° 2, p. 75-92, p. 75.

circulaire a été maintes fois rappelée, notamment à travers les circulaires N°64 du 25 novembre 1974, N°105 du 5 avril 1976, N°111 du 28 mai 1976 qui précisent expressément que « la mesure enjointe ne connaît aucune exception ». Un revirement n'a lieu que par la circulaire N°129 du 15 décembre 1976 sur la délivrance de mandat de dépôt en matière de détournement de deniers publics qui l'infléchit en précisant qu'« en cas d'insuffisance manifeste de charge, (...) le magistrat a la faculté d'apprécier la situation et de décider en son âme et conscience ». De ce fait, l'ordre de systématisation du mandat de dépôt a été maintenu pendant dix ans. Plus récemment, par la circulaire N°183 du 3 décembre 1996 sur la répression des feux de brousse, il a été ordonné de « placer sous mandat de dépôt tout individu déféré au parquet pour feu de brousse », toujours sans référence aux charges retenues contre le justiciable.

503. Une seconde catégorie de circulaires ordonne la systématisation des mandats de dépôt sauf en cas d'insuffisance de charges. Telle est l'objet de la circulaire N°228 du 8 janvier 1987 sur la répression des vols de récoltes qui enjoint, « si les charges sont suffisantes, de poursuivre systématiquement les auteurs des vols de récoltes, de les placer sous mandat de dépôt, ou de confirmer les billets d'écrou, de s'opposer à toute demande de mise en liberté provisoire et de requérir une peine sévère à l'audience ». Tel est également le cas de la circulaire N°01 du 8 février 2001 qui ordonne de prendre les mêmes mesures en cas de poursuite pour vol de vanille « sauf en cas d'insuffisance manifeste de charges ». La référence expresse aux charges retenues contre le prévenu n'affranchit cependant pas ces circulaires de l'inconstitutionnalité puisque l'exceptionnalité de la détention provisoire reste maintenue invariablement des charges (article 13 de la Constitution). Toute systématisation de mandat de dépôt est donc non seulement manifestement illégale mais également inconstitutionnelle depuis l'avènement de cet alinéa dans la Constitution de 2010.

504. La deuxième conséquence de l'incompréhension de cette indépendance du magistrat du ministère public dans le système judiciaire malgache, en plus de ces circulaires inconstitutionnelles, est la mainmise du chef de parquet au sein des tribunaux de première instance sur les affaires traitées par ses substituts. Il est de pratique que le procureur de la république enjoint à ses substituts de décerner un mandat de dépôt à l'encontre d'un justiciable lors de la répartition des dossiers. Il va alors simplement apposer sur le procès-verbal transmis la mention « MD », qui fait office d'ordre de décerner un mandat de dépôt. La liberté du substitut qui va procéder à l'information sommaire s'en trouve anéantie. La décision d'incarcération, contrairement à cette pratique, devrait relever exclusivement du pouvoir

judiciaire du magistrat du ministère public. Elle devrait, en vertu de cette nature, être gouvernée par le principe d'indépendance et non de subordination.

505. Toujours est-il que, exception faite de la conséquence de cette stratification, l'indépendance constitue la garantie la plus développée de l'impartialité. Les autres mécanismes de garanties, comme la collégialité, l'interdiction du dédoublement des fonctions et le mécanisme disciplinaire, demeurent peu développés. Leurs portées sont limitées.

506. En ce qui concerne la collégialité, le mécanisme de décision impliquant plusieurs magistrats, elle reste une exception dans la justice pénale à Madagascar. Or, la collégialité forge l'apparence de justice, l'impartialité formelle. « Ce qui est en jeu dans le choix entre le juge unique et une formation collégiale est la notion même de justice. (...) Fondamentalement, nous considérons qu'une solution juste sera beaucoup mieux garantie par une délibération que par la décision d'un seul⁶³² ». L'adhésion à la décision de justice s'opère plus naturellement « lorsque les droits du justiciable sont garantis par un véritable tribunal que lorsqu'il est confronté à un juge unique – quelles que soient par ailleurs les qualités de ce juge⁶³³ ». La certitude populaire sur l'existence d'une réflexion et d'une confrontation de jugements personnels avant le prononcé d'un jugement collégial construit la légitimité. Garantir l'impartialité est « avant tout une affaire de responsabilité collective et d'assurances objectives ». « À cet égard, la collégialité des décisions apparaît essentielle⁶³⁴ ».

507. Cependant, au-delà de cette construction formelle de la légitimité, la collégialité impacte le fond des décisions judiciaires. Elle offre des garanties multiples d'impartialité substantielle. « L'acte de juger est souvent présenté comme un acte politique, de droit divin délégué à l'être humain. Ce dernier n'étant pas infaillible, il est de tout temps apparu plus sage de faire partager ce risque par plusieurs personnes réunies en collégialité⁶³⁵ ». Ce risque est d'ailleurs avéré pour Madagascar où la motivation de la décision de justice pénale n'est pas toujours obligatoire. La personnalité du juge, ses affiliations religieuses et associatives, son passé et ses perceptions de son environnement peuvent tous influencer sa décision.

508. La doctrine invoque dans ce sens la théorie du petit déjeuner « par laquelle on souligne l'importance de l'humeur du juge – dépendant notamment de la qualité de son petit déjeuner –

⁶³² M.-A. Cohendet, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006, N°68, p. 713-735, p. 721.

⁶³³ Cohendet, 2006, *op.cit.*, p. 721.

⁶³⁴ Bonduelle, 2018, *op.cit.*, p. 26.

⁶³⁵ P. Girard, « L'évolution du rôle des juges », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, N°3, 2001, p. 361-371, p. 367.

sur la solution qu'il apportera au litige, dès lors que cette humeur n'est pas modérée par celle d'autres juges⁶³⁶ ». À ce titre, la collégialité protège le magistrat des vices de sa propre personne. La collégialité amène, en effet, une confrontation des idées des magistrats siégeant ensemble, obligeant préalablement chacun d'eux à éclaircir son raisonnement pour lui-même, à le dépouiller des à priori dont il a pu se munir consciemment ou pas. Ensuite, la collégialité est une garantie « contre les pressions plus ou moins occultes du législatif ou de l'exécutif⁶³⁷ ». Si elle n'en garantit pas l'inexistence, elle en garantit l'inopérabilité en ce qu'il est plus facile d'influencer un juge unique que plusieurs juges.

509. Si la collégialité est de principe dans la justice française, ce principe a été inversé dans l'indigence numérique de la magistrature coloniale et dans la volonté politique de confier la fonction de juger aux administrateurs. L'unicité du juge devient le principe de la justice pénale coloniale et le restera au-delà de la décolonisation. La poursuite, l'instruction et le jugement relèvent du pouvoir d'un magistrat unique. La seule exception au principe de l'unicité réside dans la procédure de la chambre de détention préventive depuis la loi de 1997 pour le tribunal de première instance. Cette chambre est formée de trois magistrats de siège votant à majorité et sans voix prépondérante.

510. Toutefois, la chambre de détention préventive n'est pas toujours normalement constituée dans toutes les juridictions. En raison de l'insuffisance d'effectifs, le code de procédure pénale prévoit déjà que la chambre peut être constituée de deux magistrats de siège avec une voix prépondérante pour le plus gradé. L'instauration de cette exception, devenue de facto la règle dans bon nombre de juridictions, réinstaura la règle du juge unique. La voix du second membre devient totalement inopérante. La concertation n'est plus que formelle. La collégialité qui est la règle de « la prise de décision à l'issue d'une délibération dans un organisme composé de trois personnes⁶³⁸ » n'est plus effective. Si la garantie dans la concertation est maintenue dans la pluralité des membres, cette pluralité n'équivaut pas à la collégialité qui requiert un mécanisme de vote égalitaire.

511. Une seconde garantie offerte par le système est l'interdiction du dédoublement fonctionnel. « L'idée est que la décision de justice ne circule pas entre les mêmes mains ⁶³⁹ ». Le dédoublement fonctionnel s'entend de la pluralité de décisions d'un seul magistrat, occupant

⁶³⁶ Cohendet, 2006, *op.cit.*, p. 714, Voir en ce sens les développements de la théorie de la *sociological jurisprudence* et les travaux de *Critical legal studies* de Duncan Kennedy, Harvard Law School.

⁶³⁷ Cohendet, 2006, *op.cit.*, p. 720.

⁶³⁸ Cohendet, 2006, *op.cit.*, p. 714.

⁶³⁹ Berthier, 2011, *ouvr.cit.*, p.219.

de fonctions différentes, dans le traitement d'une seule affaire. Il s'agit, de ce fait, de la connaissance par un magistrat des mêmes faits pour les mêmes parties dans des instances différentes, successives ou parallèles. Et pour cause, dès lors que le magistrat a statué sur une affaire, il s'est forgé un avis. Il s'agit d'écarter un « préjugement entraînant un doute sur l'impartialité objective de la formation de jugement du fait de l'exercice successif des fonctions consultatives et juridictionnelles en l'espèce⁶⁴⁰ ».

512. « Seront alors condamnés (...) les préjugements liés, fonctionnellement, à une mauvaise administration de la justice lors, notamment, d'un exercice successif ou cumulatif de fonctions distinctes, (...) un dédoublement fonctionnel⁶⁴¹ ». C'est « le principe de cloisonnement des fonctions⁶⁴² ». La Cour Européenne, dans ses arrêts auxquels se réfèrent expressément la commission africaine, développe cette théorie de l'apparence objective relative au cumul de fonctions⁶⁴³. Dans l'Arrêt Procola contre Luxembourg, la Cour européenne décide que le fait pour certains des juges d'avoir déjà connu le dossier qui leur est soumis, même dans une mission administrative, est constitutif d'une apparence de partialité. Dans l'affaire Piersack contre Belgique, cette Cour statue que « si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité⁶⁴⁴ ».

513. Cependant, l'accomplissement de n'importe quel acte relatif à un dossier que le magistrat connaît par la suite au fond ne s'analyse pas toujours en « un facteur automatique d'impartialité⁶⁴⁵ ». L'implication concrète à travers une prise de position par rapport au dossier est requise. « On ne saurait douter de l'impartialité d'une juridiction pour la simple raison que certains de ses membres ont eu, avant de se prononcer sur la culpabilité d'un prévenu, à examiner une demande unique d'élargissement formulée au surplus dans le cadre d'une autre procédure, relative à des faits différents, commis à des moments différents et dans des lieux différents⁶⁴⁶ ». Dans ce cas d'espèce, en effet, les affaires sont foncièrement différentes bien qu'un inculpé soit impliqué dans les deux affaires, non connexes. « Ainsi, le cumul n'est pas,

⁶⁴⁰ CEDH, Arrêt du 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines contre France, §71.

⁶⁴¹ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 215.

⁶⁴² N. Gérardin-Sellier, « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6.1° de la convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961-981, p. 967.

⁶⁴³ Cour EDH, Arrêt du 28 septembre 1995, Procola ccontre Luxembourg.

⁶⁴⁴ Cour EDH, Arrêt du 1^{er} octobre 1982, Piersack contre Belgique.

⁶⁴⁵ Gérardin-Sellier, 2001, *op.cit.*, p. 968.

⁶⁴⁶ Cour EDH, Arrêt du 16 décembre 1992, Sainte-Marie contre France

par lui-même, attentatoire à l'exigence d'impartialité. Seul le fait qu'un juge, appelé en amont, à donner son avis sur une affaire, ait eu à statuer ultérieurement sur cette même affaire, est attentatoire à l'exigence d'impartialité⁶⁴⁷ ». Le fait, pour un magistrat, de statuer deux fois sur une même affaire paraît donc partial aux yeux d'un observateur raisonnable.

514. Enfin, une garantie importante de l'impartialité, sinon la plus importante de ces garanties, est la responsabilité des magistrats. « Comment mesurer le poids des habitudes culturelles, des environnements familiaux, des influences vicinales, des attentes présumées de l'opinion publique, toutes choses dont on sait qu'elles peuvent nuire à la sérénité, attenter à l'indépendance, entamer l'impartialité. À tous ces risques de dérive, et à d'autres encore, il n'est de rempart effectif, quand il existe, que dans la responsabilité du juge. (...) La responsabilité au sens éthique, c'est-à-dire la conscience qu'a le juge de ce qu'est son devoir, ce devoir auquel les manquements n'entraînent pas d'autre sanction que celle de la perte méritée du respect de soi-même⁶⁴⁸ ». La liberté des magistrats doit se balancer avec une redevabilité afin qu'ils n'en deviennent arbitraires. « On ne demande plus uniquement au juge de dire le droit, de faire du syllogisme juridique. Il doit encore interpréter, argumenter, comparer, lorsque ce n'est pas compléter la loi⁶⁴⁹ ». L'étendue de ce pouvoir requiert une grande responsabilité. La conscience de ce pouvoir doit impliquer une certaine peur de la fonction, en tout cas, la modération et la réserve, le retenu dans les prises de décisions.

515. A cette responsabilité éthique avancée par Carcassonne, qui pèse sur la conscience du magistrat, doit s'ajouter une responsabilité juridique, le devoir secondaire de répondre au manquement du devoir primaire d'impartialité. « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain tel il nous est apparu [...]. Flexible droit !⁶⁵⁰ ». Si le préjugé peut être inconscient, l'impartialité est un choix et une volonté. « Cela suppose sans doute de laisser de côté son amour-propre. Il y a nécessité d'un effort. La vertu n'est pas donnée⁶⁵¹ ». Il est impossible d'anéantir la liberté du magistrat sans dénaturer la justice elle-même, mais la responsabilité est la contrepartie de cette liberté.

⁶⁴⁷ H. Mouannes, *Le Conseil d'État et la notion d'impartialité ou la variable équation, Actes du sixième congrès des constitutionnalistes*, Montpellier, Juin 2005, p. 2 L'auteur se réfère notamment à l'Arrêt du Conseil d'État du 5 avril 1996, Syndicat des avocats de France.

⁶⁴⁸ Carcassonne, 2007, *op.cit.*, p. 40-41

⁶⁴⁹ Joly-Hurard, 2006, *op.cit.*, p. 439.

⁶⁵⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969

⁶⁵¹ Guéry, 2010, *op.cit.*, p. 140.

516. Le CSM intervient dans ce cadre en tant qu'organe disciplinaire, comme garant de l'impartialité du magistrat dans l'exercice de sa liberté qu'est l'indépendance. Il est chargé d'assurer le droit des justiciables à une magistrature de qualité, en sanctionnant les atteintes personnelles aux droits humains relatifs au procès et traduits en principes constitutionnellement garantis. « Seule la responsabilité peut freiner les noirs desseins...le goût d'affirmer sa puissance...Sans responsabilité, l'homme n'est plus qu'un animal livré à ses instincts. Sans responsabilité, un magistrat mal intentionné peut impunément détruire⁶⁵² ». Le CSM, initialement institué en garant de l'indépendance de la magistrature, doit s'ériger en garant de son impartialité, ou plus précisément, en garant de la responsabilité disciplinaire du magistrat.

517. Cette responsabilité disciplinaire est d'autant plus importante pour la sécurisation du justiciable en raison de la quasi-impossibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale du magistrat. En effet, « l'indépendance du juge dans l'exercice de son activité judiciaire et juridictionnelle requiert une certaine immunité à l'égard du justiciable. L'intérêt général, la sérénité de la justice nécessaire à la sécurité juridique et à la paix sociale, justifient ces conditions restrictives, visant à rendre moins fréquentes les actions en responsabilité⁶⁵³ ». Théoriquement, la responsabilité pénale du magistrat peut à tout moment être retenue, une fois les conditions procédurales remplies. Toutefois, sa mise en jeu demeure difficile et la condamnation demeure rare. La mise en jeu requiert l'autorisation du procureur général près la Cour suprême. Le corporatisme pèse sur ces procédures. Les poursuites, déclenchées, aboutissent difficilement à des acquittements et des relaxes. Il est à souligner toutefois qu'un magistrat, premier substitut au moment des faits, est condamné à 8 mois d'emprisonnement ferme pour l'infraction de cadeau illicite en octobre 2021.

518. En ce qui concerne la responsabilité disciplinaire, elle est mise en jeu sur la décision du Ministre de la justice qui saisit le CSM statuant en formation disciplinaire. Trois remarques peuvent être soulevées.

519. Premièrement, la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire reste compliquée en ce qu'elle est soumise à l'appréciation souveraine de plusieurs organes. Le justiciable qui se sent lésé dépose une requête auprès du chef de la juridiction dont relève le magistrat concerné. Celui-ci apprécie le bien-fondé et a la faculté de la transmettre auprès de la direction de contrôle et de l'inspection des juridictions du ministère de la justice. Aucun délai n'est posé par la loi

⁶⁵² G. Fenech, *Presse Justice : liaisons dangereuses*, Paris, L'Archipel, 2007, p. 119.

⁶⁵³ Joly-Hurard, 2006, *op.cit.*, p. 447.

pour cette décision. Le refus de transmission n'est ni motivé, ni notifié au justiciable plaignant. Par la suite, la direction de contrôle et de l'inspection des juridictions procède à l'enquête afin que le ministre de la justice puisse décider, de manière discrétionnaire, d'ouvrir ou non une enquête disciplinaire. Aucune condition de délai n'est imposée en ce qui concerne la décision. Le refus de déclencher une enquête disciplinaire n'est pas motivé. En cas de déclenchement de procédure disciplinaire, le dossier est transmis auprès du CSM, pour l'enquête et la comparution disciplinaire.

520. Deuxièmement, le statut de la magistrature offre au CSM une large marge d'appréciation quant à la qualification même de la faute lourde, équipollente au dol, constitutive de la faute disciplinaire. Elle est définie comme « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité ». « Cette définition de la faute manque de lisibilité, dans la mesure où elle fait référence à des concepts relativement abstraits et exprimés en termes très généraux⁶⁵⁴. » L'état, l'honneur, la délicatesse et la dignité restent des notions non définies, ou du moins dépourvues de délimitations jurisprudentielles claires, à Madagascar. L'indépendance de la magistrature, consacrée avec l'indépendance du CSM, génère une indépendance d'appréciation de la notion de discipline.

521. Troisièmement, en cas de faute disciplinaire, le CSM dispose également d'une marge d'appréciation des sanctions à prononcer. Dans sa décision N°008/2003, constatant et sanctionnant la partialité constituée par le fait pour un magistrat de rencontrer une inculpée pour s'entretenir d'une affaire dont il a la charge, le CSM punit le magistrat d'une exclusion temporaire d'un an. Dans sa décision N°011/2003, la partialité est punie de blâme. Dans ce second cas, la partialité a été manifestée par un acharnement contre un inculpée, visé successivement par deux mandats d'amener, un mandat d'arrêt et un mandat de dépôt alors qu'il a été laissé en liberté lors de son arrestation sans qu'un fait nouveau soit découvert ou intervenu. De ces deux décisions, entre autres, on peut conclure de l'inconstance des décisions du CSM qui punit de blâme le harcèlement par mandat et d'exclusion temporaire l'entretien avec un justiciable. Le CSM, en étant un organe de contrôle partial, ne peut garantir l'impartialité des magistrats dont il a la charge.

⁶⁵⁴ Joly-Hurard, 2006, *op.cit.*, p. 458.

CONCLUSION DU CHAPITRE

522. L'indépendance et l'impartialité du magistrat, comme des droits des justiciables, enregistrent un essor de consécration depuis le début des années 1990. Au niveau constitutionnel comme au niveau législatif, ces deux principes statutaires des magistrats sont ancrés dans le paysage normatif. Toutefois, le déséquilibre créé dans les réalisations de l'indépendance et de l'impartialité s'agrandit. Les garanties d'indépendance ont été nettement développées alors que les garanties d'impartialité restent discutables. En effet, les magistrats de siège sont désormais protégés par le principe d'inamovibilité. En plus, tous les magistrats, indépendamment de leurs fonctions, bénéficient de la garantie d'indépendance générée par la création du CSM. Cette avancée fait que la gestion de carrière et la compétence disciplinaire concernant la magistrature échappe au contrôle du pouvoir Exécutif. Or, l'impartialité assure la disposition à bon escient de l'indépendance. Le magistrat indépendant, sans garantie d'impartialité, constitue un danger pour le justiciable. Cette situation génère une insécurité judiciaire.

523. Toutefois, l'insécurité judiciaire découlant de ce déséquilibre entre l'indépendance et l'impartialité peut être réduit avec les encadrements de la procédure, en application du droit à un procès équitable. Cette procédure est étudiée dans le second titre de la présente partie.

TITRE 2. LA CONSÉCRATION DU POUVOIR DU JUSTICIABLE

« Le régime applicable à un suspect est le signe évident des progrès d'une nation. Au stade premier de l'histoire, il y a le lynchage pur et simple : entre le soupçon et le verdict, il n'y a que l'espace de l'arrestation au pavé sanglant ou à la branche de l'arbre. Ensuite toutes les solutions procédurales sont imaginables⁶⁵⁵ ».

524. Il ne suffit pas d'avoir de bons magistrats, encore faut-il avoir un bon droit, pour construire une bonne justice. Avant les années 1990, le Code de procédure pénale malgache (CPPM) a fait l'objet de huit modifications. Elles se font par voie d'Ordonnance, à l'exception de la loi d'habilitation de la langue malgache comme langue de procédure judiciaire (Loi N°67-022 du 21 novembre 1967 relative à l'utilisation de deux langues officielles dans les procédures judiciaires). Adoptées pendant la période socialiste, elles concourent à la tendance générale de renforcement de la mainmise de l'Exécutif sur les procédures judiciaires. En effet, exception faite par l'Ordonnance N°75 030 du 30 octobre 1975 qui consacre des limitations de la durée de la détention provisoire, toutes les modifications accroissent le pouvoir répressif du ministère public et des unités de police judiciaire.

525. Cette extension est réalisée à travers la possibilité d'une plus longue garde à vue et l'élargissement de leur compétence territoriale (article 129), la restriction de la liberté de communication avec le conseil (article 54), l'extension des horaires réguliers de perquisitions (article 212 bis), l'extension de la durée de validité des titres de détention délivrés par l'officier du ministère public (article 165).

526. Le tournant des années quatre-vingt-dix bouleverse les rapports de force. Le CPPM fait l'objet de quatre modifications avec la loi N°97 036 du 30 octobre 1997, la loi N°2007 021 du 30 juillet 2007, la loi N°2008 041 du 19 décembre 2008 et la loi N°2016 017 du 30 juin 2016. L'objet de ce titre est de démontrer que ce bouleversement réduit les pouvoirs des organes

⁶⁵⁵ S. Portelli, « Entre le soupçon et le verdict, quel espace ? », *Revue Projet*, 2006/6, N°295, p.19-27, p. 20.

étatiques, que ce soit l'administrateur ou le magistrat, à travers la reconnaissance des droits procéduraux des justiciables. Ces derniers deviennent, non plus des victimes de leur procès, mais des acteurs. Les droits des justiciables sont constitutifs du pouvoir répressif dont ils disposent et que cette étude qualifie de « pouvoir répressif passif » en ce qu'ils permettent de contrecarrer les pouvoirs actifs de contraindre.

527. Les droits reconnus mettent en œuvre la présomption d'innocence. Elle impose que la marche du procès soit rapide pour ne pas entretenir l'inconfort de la personne mise en examen, pour écourter la souffrance de la victime et pour apaiser la société dans les meilleurs délais (chapitre 1). Ce droit à la présomption d'innocence impose également la limitation des contraintes procédurales. Tant que la culpabilité n'est pas établie, le mis en examen doit pouvoir jouir de l'ensemble de ses libertés. Toutefois, la recherche de la vérité requiert parfois des concessions qui amputent ses libertés : la garde à vue, le contrôle judiciaire ou la détention provisoire (chapitre 2).

Chapitre 1. La volonté d'encadrer le délai du procès

528. L'article 14 (3) (c) du PIDCP et l'article 7 (1) (a) de la CADHP énoncent que le délai raisonnable du procès est un droit. Le délai de traitement judiciaire conditionne la satisfaction des citoyens et des justiciables, la légitimité de l'institution judiciaire et partant, la paix sociale. « Le temps s'impose à coup sûr comme élément constitutif de la norme de droit. Il est par elle « apprivoisé » au point de participer à sa construction⁶⁵⁶. »

529. Mettre en rapport le temps et la qualité d'une procédure judiciaire amène à admettre toute la complexité de la conceptualisation de la Justice, résultante de plusieurs paramètres. La succession d'actes qu'est la procédure requiert un délai. Cette durée du procès s'étend entre le déclenchement de la machine judiciaire, avec une plainte, une dénonciation ou une saisine d'office, jusqu'à l'avènement d'une décision définitive. Elle se distingue du temps de la réponse pénale qui court entre la commission de l'infraction et le déclenchement de la poursuite judiciaire. Elle diffère également du temps d'exécution des peines qui court entre l'avènement de la décision de condamnation et le début de l'application des peines prononcées.

530. Le temps est indissociable de la Justice, il est synonyme de la réflexion que le citoyen attend de la machine judiciaire. Dans l'histoire, la Justice « se plaçait volontairement hors du rythme des affaires courantes sous prétexte de prendre le recul nécessaire pour juger sereinement les dossiers qui lui parvenaient⁶⁵⁷ ». Cependant, le constat de la détérioration de la qualité du service public entraîne l'insertion des principes managériaux dans l'administration, notamment judiciaire. Désormais, l'attente est à la prévisibilité du temps judiciaire.

531. Cette prévisibilité du temps judiciaire est difficile à instaurer. Le temps judiciaire se caractérise dans une « élasticité qui en relativise la perception⁶⁵⁸ ». L'appréciation du temps est subjective. Dans le principe du contradictoire où les parties avancent successivement leurs argumentaires, « un même temps peut être vécu comme un temps de l'attente ou comme un temps de l'action⁶⁵⁹ ». Entre ces deux perceptions extrémistes, le magistrat doit veiller à garantir un délai juste du procès, acceptable pour les parties en litige mais également acceptable

⁶⁵⁶ J.-L. Gillet, « Notre temps judiciaire : donnée, instrument et valeur », *Les cahiers de la justice*, 2016/4, N°4, p. 585-590, p. 586.

⁶⁵⁷ B. Bastard, D. Delvaux, C. Mouhanna et F. Schonaers, « Introduction », in *Justice ou précipitation*, Presses Universitaires de Rennes, 2016, p.11- 31, p. 11.

⁶⁵⁸ Gillet, 2016/4, *op.cit.*, p. 585.

⁶⁵⁹ A. Mihman, *Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : Pour une approche unitaire du temps de la réponse pénale*, Thèse en Droit, Paris Sud 11, 2007, p. 15.

pour l'opinion publique. Par ailleurs, en plus de ce temps des contradictions qui est le temps des parties, le temps judiciaire doit également inclure le temps de réflexion des magistrats qui est le temps des juges. « Il faut laisser au temps, dans le respect des impératifs de célérité et de délai raisonnable mais sans précipitation délétère, la capacité de sauvegarder la libre contradiction comme la qualité des décisions de justice sur le double terrain de leur maturation et de leur rédaction⁶⁶⁰. »

532. À Madagascar, les codes précoloniaux invoquent l'obligation des juges de résoudre rapidement les litiges qui leur sont soumis. L'occupation française instaure un autre paradigme. D'un côté, l'indigence numérique et le manque de moyens ne permettent pas une maîtrise du temps de la procédure judiciaire. De l'autre côté, les affaires impliquant des indigènes sont rapidement traitées pour asseoir la domination par l'oppression et la répression. Les trois premières décennies postcoloniales héritent de ces tares structurelles de la Justice et de la lenteur qu'elles impliquent.

533. L'objet de ce chapitre est de démontrer que Madagascar a abandonné la pratique coloniale de l'arbitraire du temps judiciaire mais cette avancée, insuffisante, ne répond pas totalement aux exigences du droit au procès équitable. Ces exigences sont explicitées dans la doctrine et la jurisprudence. Les apports de ces développements (section 1) font ressortir les carences du Droit malgache sur le sujet (section 2).

534. Cette démonstration revêt un intérêt pratique. Face à l'exigence de prévisibilité du traitement judiciaire, comment prévoir la durée raisonnable d'un procès compte tenu du fait que la complexité de chaque affaire se découvre au cours de son traitement ?

⁶⁶⁰ Gillet, 2016, *op.cit.*, p. 588.

Section 1. Les composantes de la notion de délai raisonnable

535. « La rapidité de la sanction est un facteur d'efficacité et de la légitimité de celle-ci⁶⁶¹ ». Le délai du procès doit être assez court pour répondre à cet objectif. Le procès pénal faillit à sa fonction si la sanction n'intervient pas de manière à rétablir l'ordre bafoué, donc dans un temps le plus près possible de la commission de l'infraction. Si la société arrive, entretemps, à retrouver l'harmonie de la cohabitation, le procès n'est plus utile. Le délai raisonnable inclut, de ce fait, un encadrement du temps maximal de traitement judiciaire (paragraphe 1). Par ailleurs, pour être raisonnable, le délai du procès doit être assez long pour permettre la construction d'une vérité judiciaire admise par les parties et permettre au magistrat de décider consciemment sur les conséquences de cette vérité construite (paragraphe 2). Ces deux exigences ne sont pas contradictoires. L'objectif est le même : « rendre une justice de qualité, c'est-à-dire une décision fondée, motivée, respectueuse de la procédure et rendue dans un délai prévisible et raisonnable⁶⁶² ».

Paragraphe 1. Le délai maximal du procès

536. L'appréciation du temps judiciaire s'opère avec une distinction du temps utile et du temps inutile. Le délai maximal raisonnable est le délai limité au temps utile. Selon Pradel, la célérité est « la qualité d'une justice qui ne perd pas inutilement du temps⁶⁶³ ». Le temps utile est celui qui est effectivement exploité dans la recherche de la vérité. Il s'agit d'un temps d'action. Il s'analyse comme un temps où la procédure n'est pas inerte. « La recherche d'une plus grande efficacité de la justice à laquelle elle participe doit se faire à l'aune de ce qui ne peut être qu'un objectif de lutte contre les temps morts⁶⁶⁴ ».

537. « Le retard encouru dans les procédures devant les juridictions internes est de plein droit imputable à l'État⁶⁶⁵ ». Il est le débiteur du droit à un délai raisonnable de procédure judiciaire. Ce droit appartient, tout d'abord, au mis en examen. « En raison de l'enjeu répressif du procès pénal, l'accusé doit bénéficier d'une protection particulière. C'est principalement à son égard

⁶⁶¹ C. Viennot, « Célérité et justice pénale : l'exemple de la comparution immédiate », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, N° 29, p. 117 - 143, p. 143.

⁶⁶² N. d'Hervé, « La magistrature face au management judiciaire », *RSC*, 2015/1, N° 1, p. 49-66, p. 59.

⁶⁶³ J. Pradel, « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ? », *RPDP*, 2005, N°3, p. 503-525, p. 503.

⁶⁶⁴ S. Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, N° 125, p. 43-53, p. 45.

⁶⁶⁵ Commission africaine, Titanji Duga Ernest (pour le compte de Cheonumu Martin et autres) contre Cameroun, *Communication* N°287/04, §74.

que la durée raisonnable de la procédure doit être appréciée par les juges⁶⁶⁶ ». Limiter la durée du traitement judiciaire est corollaire de sa présomption d'innocence. Cette innocence, qui est de principe, fait que le procès est un temps d'inconfort pour le mis en examen. Le mis en examen n'est plus totalement innocent, il est juste présumé l'être, il n'est pas coupable, pas encore. Beccaria invoque les « tourments cruels et superflus de l'incertitude, qu'accroissent sa force de l'imagination et le sentiment de sa faiblesse⁶⁶⁷ ». Ce temps d'inconfort, entre une innocence juste présumée et une culpabilité à ne pas exclure, doit être écourtée.

538. Ensuite, le droit au délai raisonnable du procès appartient également au plaignant. Alors que le PIDCP invoque « le droit de tout accusé ... d'être jugé dans un délai raisonnable », la CADHP se lit pour le plaignant et pour le mis en examen. En effet, son article 7 (1) dispose que : « Toute personne [donc également bien le plaignant que le mis en examen] a le droit à ce que sa cause soit entendue » avant d'étayer les démembrés de ce droit, dont le délai raisonnable en quatrième point. Pour la victime, l'incertitude entretient l'injustice que le procès pénal lui-même a pour vocation de remédier. L'application d'une peine, qui met fin à cette injustice, passe par l'issue d'un procès avec la déclaration de culpabilité.

539. Enfin, l'encadrement du délai maximal répond à double objectif visant la société en général. Il permet, en premier lieu, de limiter une incertitude nuisible. « Le secret de l'instruction entretient le soupçon⁶⁶⁸ ». Plus le procès s'éternise, plus la société et les parties ont du mal à se remettre du trouble causé par la commission d'une infraction. L'avènement d'une décision définitive est le début du processus de rétablissement de la paix social. En second lieu, « la longueur des procédures limite les effets de dissuasion et de réhabilitation de la loi pénale⁶⁶⁹ ». Chaque procès a ce rôle de prévenir la réitération d'infraction dans la société où elle a lieu. La réponse pénale, en punissant un récalcitrant, s'adresse indirectement à tous les récalcitrants potentiels. « Le châtement est plus utile quand il est prompt, (...) plus forte et plus durable est dans l'esprit l'association de ces deux idées de délit et de peine⁶⁷⁰ ». La liaison entre l'infraction et la sanction est plus facilement établie dans l'entendement humain à travers la promptitude de la sanction. L'effet dissuasif est, de ce fait, plus assimilé et plus efficace.

⁶⁶⁶ Mihman, 2007, *op.cit.*, p. 307.

⁶⁶⁷ Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 108.

⁶⁶⁸ *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, P. Truche dir., Paris, Documentation française, 1997, p. 66.

⁶⁶⁹ Mihman, 2007, *op.cit.*, p.308.

⁶⁷⁰ Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 109.

540. Le cas échéant, le relaxe ou l'acquittement d'un premier mis en examen conduit à l'ouverture d'une nouvelle enquête. Pendant toute la durée du premier procès, les indices pour identifier un nouveau mis en examen se sont progressivement effrités. Plus le premier procès a duré, plus la recherche de la vérité dans le second procès s'avère difficile.

541. Ce délai maximal de procédure est fixé de deux manières complémentaires : par le législateur et de manière casuistique. Quand la loi fixe un délai de traitement maximal, « tout délai encouru par tout acte de procédure et qui excède les limites prescrites par la loi, en l'occurrence la législation nationale, ne peut être raisonnable⁶⁷¹ ». Cependant, « le temps judiciaire global (...), produit de la composition des différents temps, (...) résultat de l'interaction entre ces multiples acteurs⁶⁷² » s'avère difficilement prévisible. En conséquence, le délai maximal fixé peut être, non pas le délai global, mais le délai d'exécution d'un acte de procédure. Dans ce cas, le délai global raisonnable est apprécié en fonction du contexte et des caractéristiques des faits, en additionnant plusieurs temps partiels dont les maxima ont été fixés par la voie légale.

542. Dans l'appréciation casuistique, « la commission [africaine] a retenu comme anormalement longues des procédures ayant duré dix, cinq ou deux ans, sur la base notamment des prescriptions du droit interne de l'État défendeur, du comportement des autorités et du plaignant [devant la commission], des faits de la cause et de la situation particulière des plaignants⁶⁷³ ». Dans l'Affaire José Alidor Kabambi et autres contre RDC, la commission retient « les délais légaux », « les faits de la cause » et « la situation des plaignants⁶⁷⁴ » comme critères déterminants. Dans une autre affaire, la situation du plaignant n'est pas invoquée mais le critère de complexité de l'affaire l'est, définissant dès lors le délai raisonnable « à l'aune des circonstances de l'espèce, du droit applicable au plan interne et de la complexité des questions portées devant le tribunal⁶⁷⁵ ». Les circonstances de l'espèce peuvent en l'occurrence être la nature des infractions prétendues commises. La commission africaine a statué que « les autorités compétentes de l'État défendeur n'ont pas agi avec diligence et priorité eu égard à la

⁶⁷¹ Commission africaine, Affaire Jean Marie Atangana Mebara contre Cameroun, *Communication* N°416/12, §71.

⁶⁷² Bastard, 2016, *op.cit.*, p. 17.

⁶⁷³ Commission africaine, Affaire Titanji Duga Ernest (pour le compte de Cheonumu Martin et autres) contre Cameroun, *Communication* N°287/04, §71 ; Voir également Affaire Modise contre Botswana, *Communication* N°97/93 ; Affaire Association of victims of post electoral violence et Interights contre Cameroun, *Communication* N°272/03.

⁶⁷⁴ Commission africaine, Affaire José Alidor Kabambi et autres contre République démocratique du Congo, *Communication* N°408/11, §85.

⁶⁷⁵ Commission africaine, Affaire Albert Bialufu Ngandu contre République démocratique de Congo, *Communication* N°433/12, §68.

nature des violations alléguées, notamment dans une affaire de viol collectif sur mineur, (...) [qui] commandaient une extrême célérité et urgence⁶⁷⁶ ».

543. D'autres paramètres comme « l'histoire judiciaire du pays » ou sa « situation politique⁶⁷⁷ » peuvent également entrer en considération. Dans l'affaire Article 19 contre Érythrée, « la complexité de l'affaire, le comportement du plaignant et celui des autorités⁶⁷⁸ » sont les critères prises en compte, en se référant expressément à la jurisprudence européenne, notamment celle développée dans l'Arrêt Buchholz contre Allemagne du 6 mai 1981. En outre, la jurisprudence africaine avance que les actes de procédures eux-mêmes, comme une décision privative ou restrictive de liberté, doit influencer sur le délai de traitement. De ce fait, elle « mettait un accent particulier sur la nécessité de juger l'affaire avec la plus grande célérité dans les cas de détention préventive⁶⁷⁹ ».

544. Cette approche jurisprudentielle africaine du temps judiciaire en fonction la détention provisoire rejoint la législation européenne. En effet, l'article 5.3 de la CESDH prescrit que : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1er du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ». La jurisprudence européenne s'avère plus stable que la jurisprudence africaine en la matière par sa reprise constante de ces trois éléments, notamment dans son Arrêt du 25 mars 1999 sur l'affaire Pélissier et Sassi contre France (§67) et celui du 1^{er} mars 2001 dans l'affaire Patané contre Italie (§69).

545. La notion de délai raisonnable développe une approche de mesure basée sur le temps de l'ensemble de la procédure, entre son déclenchement et la décision définitive. Toutefois, le délai raisonnable se mesure également à travers un délai partiel ou unitaire. Ce dernier s'étend entre deux actes de procédure ou celle qui est nécessaire pour l'exécution d'une mesure ou d'acte de procédure pris individuellement. Dans ce sens, « deux ans sans qu'aucun acte de procédure ne soit accompli, ou sans promesse d'une date certaine de reprise du procès⁶⁸⁰ » ou

⁶⁷⁶ Commission africaine, Affaire Organisation mondiale contre la torture et Ligue de la zone Afrique pour la défense des droits des enfants et élèves (pour le compte de Céline) contre République démocratique de Congo, §42.

⁶⁷⁷ Commission africaine, Affaire Zimbabwe Lawyers for human rights et un autre contre Zimbabwe, §58 et §60.

⁶⁷⁸ Commission africaine, Affaire Article 19 contre Erythrée, Communication N°275/03, §97-100.

⁶⁷⁹ Commission africaine, Affaire Jean Marie Atangana Mebara contre Cameroun, Communication N°416/12, §112.

⁶⁸⁰ Commission africaine, Annette Pagnouille (pour le compte d'Abdoulaye Mazou) contre Cameroun, *Communication* N°39/90, §19.

« cinq années (...) après le pourvoir en cassation sans (...) le moindre acte ou la moindre décision⁶⁸¹ » s'analysent comme des atteintes au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Pour l'exécution d'une mesure ou d'un acte de procédure, « quelles que soient les circonstances, la commission considère qu'un délai de sept années de détention préventive sans jugement définitif ne pourrait manifestement pas être considéré comme raisonnable⁶⁸² ».

Paragraphe 2. Le délai minimal du procès

546. La célérité est devenue un critère de qualité dans le monde contemporain. La Justice n'échappe pas à ce courant de l'instantanéité. « Placés, d'un côté, devant une augmentation sans fin du volume des contentieux, souvent de plus en plus répétitifs, et, de l'autre côté, devant l'impatience des justiciables, les juges ont dû modifier leur façon de décider ⁶⁸³ ». Les médias et les réseaux sociaux y jouent un rôle, se positionnant en activateurs d'exigence publique de réponse immédiate. « Le temps de la justice tend alors à devenir celui des médias, c'est-à-dire un temps réel. Des décisions doivent être rendues rapidement ⁶⁸⁴ ».

547. Toutefois, l'exigence de la célérité, également légitime soit-elle, ne peut primer sur celle de la justesse. « La justice n'a pas pour objet de plaire, d'être à la mode, de satisfaire l'opinion, de se couler dans les rythmes médiatiques. Le temps judiciaire est, à la vérité, irréductible au temps médiatique ou c'est la justice qui se renie⁶⁸⁵ ». L'heure est alors au questionnement et même au revirement car la justice est certes une administration, mais incontestablement une administration dont la qualité ne peut se réduire à des succès statistiques. De ce fait, penser le temps de la justice par rapport à sa qualité revient à définir, selon le cas d'espèce, ce que serait le délai raisonnable de traitement d'une procédure, entre « prématurité et tardivité⁶⁸⁶ ». Une justice lente est également condamnable qu'une justice expéditive. « La qualité d'une décision juridictionnelle ne se mesure pas seulement au temps qu'a mis le juge à la rendre⁶⁸⁷ ».

⁶⁸¹ Commission africaine, Titanji Duga Ernest (pour le compte de Cheonumu Martin et autres) contre Cameroun, *Communication* N°287/04, §75.

⁶⁸² Commission africaine, Jean Marie Atangana Mebara contre Cameroun, *Communication* N°416/12, §113.

⁶⁸³ P. Girard, « L'évolution du rôle des juges », *Les cahiers du droit*, Vol. 42, N°3, 2001, p. 361-371, p. 370.

⁶⁸⁴ Mihman, 2007, *op.cit.*, p. 23.

⁶⁸⁵ J.-M. Belorgey, « La situation générale du temps des procédures devant les juridictions », in J. M. Coulon et M. A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 5-10, p. 5.

⁶⁸⁶ M. Van De Kerchove, « Accélération de la justice pénale et traitement en temps réel », *Journal des procès*, N°311, 4 octobre 1996, p. 10.

⁶⁸⁷ J.-M. Sauvé, « Les critères de la qualité de la justice », discours prononcé à l'occasion de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), Luxembourg, 25 septembre 2009.

548. Dans ce sens, le temps judiciaire se compose « des délais légaux, imposés par le droit et la procédure (...), des délais fonctionnels (...) pour préparer les actes de procédure (...), des délais à proprement parler stratégiques (...) que les parties et leurs conseils vont chercher à mettre à profit en réduisant leur temps de réaction ou au contraire en laissant traîner les procédures (...), [et] enfin des temps vides, des temps morts, perdus typiquement, les moments où les procédures durent sans qu'aucun travail ne soit réalisé à leur propos⁶⁸⁸ ». Le délai minimum raisonnable correspond au délai dépourvu du temps stratégique né des actes dilatoires des parties et du temps mort. Les délais fonctionnels ne sont pas compressibles. Le minimum légal, destiné à permettre la préparation de la défense en matière de procédure, s'analyse comme une partie intégrante du délai fonctionnel et n'est pas compressible, ce qui n'est pas le cas pour le délai maximal qui, par nature, peut être réduit mais non dépassé.

549. Le délai minimal se calcule également à travers la nécessité de respecter les composantes du droit à un procès équitable. « L'égalité des armes, la motivation des décisions de justice, le droit d'être entendu contradictoirement ou le droit au juge ne peuvent être réalisés que dans la durée, dans un espace de temps qui potentiellement, risque de s'opposer au principe de célérité⁶⁸⁹ ». Droit complexe, tous les éléments du droit au procès équitable doivent recevoir une application pour que ce droit soit effectif. « Le droit d'action puis le droit de se contredire engendrent nécessairement le droit au temps⁶⁹⁰ ».

550. En premier lieu, le délai minimal raisonnable est le temps nécessaire pour exercer convenablement le droit d'agir en justice pour le plaignant et le droit de se défendre pour le mis en examen. Il recouvre, le droit au temps utile pour faire valoir ses arguments devant le tribunal. Ce temps doit suffire pour le « respect des droits de la défense, fut-ce au prix de l'allongement de la procédure⁶⁹¹ », si la recherche de la vérité une interaction entre le magistrat et le justiciable.

551. En second lieu, l'obligation de respecter un délai minimal satisfait le principe du contradictoire qui « oblige à ménager aux parties, dans le procès, le temps d'une prise de connaissance réciproque des moyens invoqués et celui d'une réflexion indispensable à

⁶⁸⁸ Bastard, 2016, *op.cit.*, p.17.

⁶⁸⁹ D. Cholet, *La célérité en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006, spéc. N°469, p. 458.

⁶⁹⁰ M. A. Frison-Roche, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in Coulon (dir.), *Le temps dans la procédure*, 1996, *op. cit.*, p. 11 et s., p. 16.

⁶⁹¹ S. Staeger, *Délais et mise en état des affaires pénales. De la célérité de procédures*, Thèse en Droit, Lyon III, 2002, p. 211.

l'organisation de la défense⁶⁹² ». Le temps judiciaire doit également permettre le dialogue et l'interaction des parties. Chaque partie doit disposer d'un temps pour élaborer sa défense, d'un temps pour communiquer cette défense à son contradicteur qui, à son tour, doit disposer d'un temps pour répliquer. « Si le temps de la discussion de l'affaire est insuffisant, le procès n'est plus réellement contradictoire, (...) le contradictoire ne peut exister sans le temps⁶⁹³ ». Une harmonisation du temps avec le contradictoire est indispensable. « La célérité ne doit pas fasciner au point de perturber l'équilibre des pouvoirs au sein du procès ou de nier les garanties du procès équitable⁶⁹⁴ ».

552. En troisième lieu, « un certain temps [est] consubstantiel à l'acte de juger⁶⁹⁵ ». Le droit d'être entendu dont dispose les parties se traduit pour le magistrat en une obligation de prendre le temps d'analyser les moyens avancés. « Le souci de célérité ne peut dispenser les magistrats qui (...) ont la responsabilité de l'instruction ou de la conduite du procès, de prendre toute mesure de nature à faire la lumière sur le bien ou le mal-fondé de l'accusation⁶⁹⁶ », selon la CEDH. Cette exigence se réfère au temps de l'instruction mais également au temps dont dispose le juge de fond. « Une meilleure compréhension d'une situation donnée est souvent tributaire du temps de réflexion qu'on lui accorde. Un temps de latence qui permet d'avoir un recul sur les choses empêche une prise de décision précipitée laquelle prêterait le flanc aux critiques de toutes sortes⁶⁹⁷ ». Le tribunal doit disposer du temps pour apprécier les argumentaires de défense avancés par les parties. « Il faut rester attentif et vigilant pour que cette volonté d'accélérer le déroulement du processus judiciaire pénal afin de le rendre plus crédible et compréhensible ne succombe pas aux écueils de la précipitation⁶⁹⁸ ». La réflexion que permet le temps conduit à l'optimisation de la réponse pénale.

553. En effet, la précipitation ne permet pas d'asseoir la justice. Le manque de temps affecte négativement la qualité de la procédure, une « justice trop rapide vaille justice au rabais⁶⁹⁹ ». L'immédiateté du jugement discrédite le procès pénal lui-même et, partant, porte atteinte à la légitimité de la décision. « Le temps est (...) indispensable (...) à l'accomplissement

⁶⁹² Gillet, 2016, *op.cit.*, p. 587.

⁶⁹³ M. A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse en Droit, Paris II, 1988, p. 124.

⁶⁹⁴ S. Amrani-Mekki, 2008, *op.cit.*, p. 43.

⁶⁹⁵ Viennot, 2007/1, *op.cit.*, p. 120.

⁶⁹⁶ CEDH, Arrêt du 27 juin 1968, Affaire Neumeister c. Autriche, §21.

⁶⁹⁷ Ramarolanto Ratiaray, « Distance et droit : Variations autour des sources de droit malgache », *Annales Droit*, Nouvelle série, N° 10, p. 15-61, p. 16.

⁶⁹⁸ J. F. Burgelin, « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le temps dans la procédure*, *op.cit.*, p. 35.

⁶⁹⁹ Belorgey, 1996, *op.cit.*, p. 9.

symbolique du jugement ; donner du sens, c'est d'abord donner du temps⁷⁰⁰ ». Le propre de la justice étatique « est précisément l'institutionnalisation de la prudence, l'instauration d'une trêve, le temps de la réflexion⁷⁰¹ » alors que la justice privée est peu fiable, désordonnée et impulsive. Toute l'intelligence de la notion de délai raisonnable réside dans la préservation d'une marge temporelle de prudence sans virer au gaspillage.

⁷⁰⁰ F. Ruellan, « Le juge et l'urgence », in *Les métiers de l'urgence, Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, N°22, p. 47, p. 47.

⁷⁰¹ F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit, Esprit*, 1991, p. 241- 272, p. 271.

Section 2. La transposition de la notion de délai raisonnable à Madagascar

554. La réforme législative malgache s'opère essentiellement sur la limitation du délai maximal de la privation provisoire de la liberté, donc un délai partiel parce qu'il encadre un acte de procédure (paragraphe 1). La notion de délai global, bien qu'aucune réforme législative n'aille dans ce sens, reçoit une consécration à travers les sanctions disciplinaires prononcées par le CSM (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La limitation de délais partiels

555. La réforme législative sur le délai raisonnable de procédure concerne la limitation d'un délai partiel en particulier : la privation provisoire de liberté. Il s'agit de la rétention policière et de l'incarcération.

556. Tout d'abord, pour ce qui est de la rétention policière, le délai est composé du délai de la garde à vue et du délai de route. Il s'étend « entre le moment où la personne est appréhendée et celui où elle est présentée au magistrat compétent ». Il peut aller jusqu'à douze jours en raison de l'éloignement entre le lieu de l'arrestation et celui de la résidence de l'officier de police judiciaire (article 137). Le délai de route légalement prévu est de 25 kilomètres par jour avec le maximum sus-énoncé. Au regard de la terminologie des articles successifs, l'on peut déduire que cette prorogation permise par l'article 137 ne s'applique que pour le suspect et exclut la rétention de toute autre personne de statut différent, le témoin et la partie civile en l'occurrence. En effet, cet article dispose de « l'arrestation » et non de la « rétention » comme l'article 136.

557. La garde à vue est la rétention de la personne mise en examen. La version initiale du CPPM, reformulée par la loi du 1966 sans en changer le contenu, a posé la limitation du délai de garde à vue. Il est de quarante-huit heures, les dimanches et les jours fériés n'entrant pas en compte. Ce délai est porté à trois jours en cas d'absence du magistrat du ministère public de sa résidence. Elle est prorogable de quarante-huit heures supplémentaires en raison de la distance entre le siège de l'unité de police judiciaire et le siège du tribunal. La loi de 1997 introduit la notion de « magistrat de permanence » qui veille au respect de la durée initiale de quarante-huit heures. Avec cette loi de 1997, les dimanches et les jours fériés entrent désormais dans le

décompte. L'absence du magistrat du ministère public de sa résidence n'est plus opposable au suspect.

558. Ensuite, le délai de la détention provisoire est limité par le législateur. La nécessité de diligence particulière dans la gestion de la détention provisoire implique la célérité dans le traitement du dossier. La commission africaine « considère comme arbitraire la détention prolongée sans jugement. (...) La détention pour une période de temps indéfinie est également considérée comme violant les dispositions de l'article 6 de la Charte⁷⁰² ».

559. Dans la version initiale du CPPM, le mandat de dépôt délivré par le juge d'instruction ou une juridiction de jugement ne prenait fin qu'à l'expiration de la durée de la peine susceptible d'être infligée, sauf une décision de justice. Les premières limitations naissent avec l'ordonnance N°75-030 du 30 octobre 1970. Cette ordonnance limite la validité du mandat de dépôt décerné par le ministère public à trois mois. Elle limite le délai de la détention provisoire ordonnée par le juge d'instruction à huit mois prorogeables deux fois de six mois, soit un total de 20 mois (article 334 bis). Elle limite le délai de la prorogation de la détention provisoire prononcée par le juge correctionnel qui est de trois mois (article 334 quinto).

560. Dès que le juge d'instruction se dessaisit du dossier par ordonnance de renvoi devant une cour criminelle ou une ordonnance de transmission des pièces devant la chambre d'accusation pour une instruction au second degré, les limites posées par l'article 334 bis ne sont plus de rigueur. De même, la limite maximale de trois mois frappant le mandat de dépôt décerné par le ministère public n'est plus applicable dès qu'un ordre de renvoi devant une cour criminelle est rendu, elle ne reste valable qu'en matière de délit. Dans ces cas criminels, l'ordre ou l'ordonnance de prise de corps remplace le mandat de dépôt ou d'arrêt. Ces titres de détention nouvellement décernés sont infiniment valides. En résumé, le mécanisme de limitation de durée de la détention provisoire instauré par l'Ordonnance de 1975 exclut les matières criminelles.

561. La loi N°2007-021 du 30 juin 2007 pallie les grandes imperfections de la version initiale du CPPM passées sous silence par l'Ordonnance de 1975. Désormais, tous les titres de détentions provisoires sont encadrés dans le temps. La durée maximale du mandat décerné par le juge d'instruction est réduite de dix-huit (huit mois prorogeables une fois de six mois et une seconde fois de quatre mois) pour une procédure criminelle, puis de douze mois (six mois

⁷⁰² Commission africaine, Affaire Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §119 ; La commission se réfère à l'Affaire Chambala contre Zambie, *Communication* N°855/99, §72.

prorogables deux fois de trois mois) en matière de délit. En cas d'inculpation pour crime, dans l'hypothèse de renvoi devant la cour criminelle, l'acte de prise de corps est valide pendant trente mois. Ce titre de détention se substitue au mandat de dépôt décerné par le ministère public ou le juge d'instruction (article 334 ter al.1). Ce délai de trente mois supplémentaires doit inclure non seulement l'instruction de second degré mais également le jugement (article 334 ter al.2 et 334 quater). Dans l'hypothèse d'une transmission des pièces devant la chambre d'accusation de la Cour d'appel pour les crimes punis de peines perpétuelles, le mandat de décerné par le magistrat instructeur reste valide pendant l'instruction au second degré menée par la chambre d'accusation.

562. Cette loi précise par ailleurs que l'acte d'instruction par la chambre d'accusation, en cas de crime puni de peine perpétuelle (article 290), ne peut durer au-delà de douze mois (article 334 ter alinéa 3). Il s'agit de l'unique encadrement de temps d'un acte de procédure prévu par le CPPM indépendamment de la détention provisoire.

563. En plus de ces délais, la modification législative de 2007 a consacré que « la responsabilité des magistrats, greffiers et fonctionnaires, est susceptible d'être engagée en cas d'inobservation, volontaire ou résultant d'une simple négligence, des délais prévus par le présent Code notamment ceux applicables en matière de détention préventive ». Cette responsabilité fait l'objet de l'article 614 du CPPM. Il s'agit de la responsabilité pénale pour une détention illégale par l'officier de police judiciaire (article 119 du Code pénal) ou pour une détention provisoire illégale (article 120 du Code pénal).

564. Dans la phase de jugement, en matière délictuelle, la loi de 2007 offre la possibilité au juge correctionnel de proroger de trois mois supplémentaires la détention provisoire ordonnée par le ministère public ou le juge d'instruction (article 334 quinto). Cette nouvelle faculté doit être appréciée conjointement avec l'article 334 bis. En effet, le délai maximal du mandat décerné par le juge d'instruction sous l'ancienne législation est de vingt mois et celui de la nouvelle législation est de douze mois (article 334 bis). Cette faculté du juge correctionnel ne constitue pas donc pas une extension du délai maximal de la détention provisoire qui devient de quinze mois sous la nouvelle législation. En matière criminelle, la cour criminelle ne peut proroger la détention provisoire. Si elle estime que l'affaire n'est pas en état d'être débattue, elle prononce la mise en liberté de l'accusé. Elle peut, exceptionnellement, décider du maintien de la détention provisoire de l'accusé. Ce maintien doit être motivé.

565. Au-delà de ces dispositions limitatives de la détention provisoire, le délai d'information en tribunal de première instance influe grandement sur le délai de la procédure. Directeur du procès, le magistrat dispose des moyens d'influer sur ce temps de traitement. Ce délai de traitement judiciaire est, tout d'abord, en fonction de la voie de poursuite choisie par le ministère public. Une justice de qualité fait intervenir plusieurs actes entre le soupçon et le verdict, de manière à ce que la décision finale ait été soumise à plusieurs cribles. Cette pluralité d'actes de procédure induit la pluralité d'acteurs, apportant à chaque étape et à leur niveau, des éléments aidant le décideur sur la culpabilité à trancher en toute connaissance de la cause. S'il est incontestable que le temps n'est pas synonyme de qualité dans la procédure judiciaire, le temps utilisé à bon escient, dans cette succession d'actes et d'acteurs, contribue à la construction d'un procès équitable.

566. Trois voies de poursuite sont possibles : la citation directe, l'information sommaire et l'instruction préparatoire. La citation directe transmet l'affaire devant un organe de jugement sans une enquête effectuée par le magistrat en addition de l'enquête policière. L'information sommaire fait intervenir le magistrat du ministère public comme enquêteur. L'instruction préparatoire déclenche une enquête en cabinet d'instruction, établissant un dialogue, voire un contradictoire, entre le magistrat du ministère public qui requiert une enquête et qui en apprécie l'accomplissement et le juge d'instruction enquêteur.

567. La citation directe ne fait intervenir le magistrat du ministère public que lors du choix de la voie de poursuite. L'affaire est directement remise à l'organe de jugement qui est le tribunal de simple police pour les contraventions et le tribunal correctionnel pour les délits. Si toutes les parties sont déférées devant le magistrat du ministère public, elles sont avisées verbalement de la date de citation devant l'organe de jugement. Il s'agit du schéma de procédure prenant le moins de temps. Le cas échéant, des mandements de citations sont transmis par l'exploit d'huissier.

568. Dans cette voie de poursuite, la phase d'information judiciaire est occultée. La phase pré-jugement est réduite à la phase policière. L'affaire, en son état établi par la police judiciaire, est directement transmise en audience pour y être débattue. La citation directe peut être utilisée pour les délits dont les peines peuvent aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement. Pour ces affaires susceptibles d'aboutir au prononcé de lourdes peines, « le temps de l'écoute, de la collecte des données annexes aux faits constatés, de la délibération, n'est pas infiniment compressible et la

justice ne s'exécute pas sur constat de police⁷⁰³ ». Le constat de police, suffisant pour les infractions matérielles, est insuffisant pour les infractions complexes.

569. Or, entre le constat de police et l'établissement des charges et décharges à débattre en audience, une information diligentée par un magistrat est utile. Le traitement des indices recueillis seulement à l'audience préjudicie aux intérêts des parties. Ce traitement fait intervenir des mesures d'instruction comme les reconstitutions, les expertises, les témoignages venant corroborer ou défaire la concordance des indices collectés. « Le rassemblement de ces paramètres, et des expertises ou témoignages qui les attestent, conditionne la qualité de l'action pénale engagée, c'est-à-dire également bien son adéquation aux faits et à la personne, que son acceptabilité par le corps social et par l'accusé⁷⁰⁴ ». Les éléments d'individualisation du traitement pénal sont réunis pendant la phase d'information. Autrement, le dossier de procédure opère une « objectivation du prévenu qui est réduit à son dossier papier⁷⁰⁵ ».

570. La procédure d'information sommaire, seconde option de poursuite, inclut une phase d'enquête par le magistrat du ministère public. Cette enquête peut conduire à un placement sous un mandat de dépôt. Les parties comparantes sont avisées de la date d'audience. Le cas échéant, le mis en examen étant toujours comparant dans l'information sommaire, la partie civile est citée à la date d'audience fixée. Le traitement en information sommaire prend une journée pour les délits et quelques jours pour les matières criminelles. Ensuite, l'affaire est débattue en audience.

571. En ce qui concerne les délais de mise en état des affaires, autrement dit le délai nécessaire entre le déclenchement de la procédure et la traduction devant l'organe de jugement, la procédure de citation directe avec déferrement et la procédure d'information sommaire avec toutes parties comparantes nécessitent peu de temps. Au niveau du ministère public, la volonté de réduction du délai global de traitement se manifeste surtout à travers le choix de ces deux procédures.

Cette voie de poursuite, constitue la grande différence entre le code de procédure pénale française de 1960 et le premier code de procédure pénale malgache. Il s'agit d'une enquête menée par le magistrat de ministère public. Elle est caractérisée par la rapidité et de larges

⁷⁰³ C. Heyvaerts, « Et pourtant ils jugent ! Ou comment les personnels de justice tentent de maintenir les conditions d'une action pénale en régime d'urgence », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, N°76, 2009/2, p. 43-49, p. 48.

⁷⁰⁴ Heyvaerts, 2009/2, *op.cit.*, p. 46.

⁷⁰⁵ Heyvaerts, 2009/2, *op.cit.*, p. 47.

pouvoirs du magistrat du ministère public saisi. Elle peut également être diligentée par un administrateur, l'officier du ministère public. Ce dernier dispose de la latitude de ne pas auditionner la partie civile ou de ne pas consigner son audition. Il a la faculté de placer le prévenu sous détention provisoire. En raison de ces traits caractéristiques, la procédure de l'information sommaire est la consolidation de la procédure des tribunaux indigènes de première instance. Une procédure spéciale, car la juridiction indigène était une juridiction spéciale, est donc désormais une procédure de droit commun après la proclamation d'indépendance.

572. L'information sommaire est prévue pour les affaires simples pour lesquelles la recherche de la vérité ne nécessite plus des investigations approfondies. Toutefois, la loi prévoit qu'elle peut être utilisée pour traiter les affaires de grand correctionnel dont les sanctions vont jusqu'à dix ans d'emprisonnement. Elle peut également être utilisée pour traiter des affaires criminelles punies jusqu'à vingt ans de travaux forcés. En raison des lourdes peines encourues, ces affaires doivent recevoir plus qu'une « information sommaire », procédure devenue de principe dans la pratique judiciaire malgache.

573. La procédure d'instruction préparatoire, quant à elle, est plus longue. La pluralité d'acteurs implique un temps de traitement plus conséquent. Ces acteurs sont purement judiciaires comme le juge d'instruction, mais également scientifiques comme les experts et même administratifs comme le service postal. Chaque acteur évolue dans des contraintes qui lui sont propres, impactant ce délai de procédure.

574. Dans l'instruction préparatoire, la gravité de l'affaire impacte le temps de procédure. Les affaires correctionnelles et les affaires criminelles punies de travaux forcés à temps sont immédiatement renvoyées devant l'organe de jugement à leur sortie du cabinet d'instruction. Les affaires criminelles punies de peines perpétuelles sont, quant à elles, transmises devant la chambre d'accusation de la Cour d'appel pour une instruction au second degré. Bien entendu, cet autre acteur implique un rallongement du temps de traitement. Comme le juge d'instruction, cette chambre a la faculté d'ordonner toute mesure d'instruction qu'elle juge utile à la manifestation de la vérité. Elle peut procéder à des nouvelles auditions, ordonner de nouvelles expertises. Elle a également la faculté d'introduire de nouveaux acteurs dans la procédure judiciaire qui lui est soumise.

575. Tandis que la durée d'information est, de ce fait, tributaire de la procédure de poursuite décidée par le ministère public, la durée de la phase de jugement est surtout en fonction de la

nature de l'affaire. Les audiences de simple police et les audiences correctionnelles sont tenues au moins une fois par mois. Les sessions des cours criminelles n'ont lieu que tous les six mois, en mai et en novembre. Les dates sont fixées par arrêté ministériel. Cette basse fréquence des sessions étend le temps de traitement dans la phase de jugement, le renvoi implique six mois de temps additif.

576. Les modifications législatives malgaches n'incluent aucune disposition allant dans le sens de cette durée minimale raisonnable. Le CPPM actuel comprend seulement les dispositions initiales sur la limitation minimale du délai entre la délivrance de la citation et la comparution devant une juridiction de jugement (article 76), délai destiné à permettre aux personnes citées de préparer sa défense. Les prescriptions de l'article 177 peuvent également s'interpréter dans ce sens. Cet article interdit le recours à la procédure de citation directe pour les délits complexes et les crimes. La procédure de citation directe, en effet, se singularise par l'absence d'investigations supplémentaires à l'enquête préliminaire menée par la police judiciaire, le magistrat du ministère public ne procède qu'à l'enrôlement en audience. Cette voie de poursuite réduit considérablement le temps de traitement judiciaire. Toutefois, l'interdiction de recourir à la citation directe répond plus à l'obligation faite aux magistrats de procéder à des approfondissements d'enquêtes, en raison de la gravité de la peine encourue, qu'à leur imposer un temps minimum d'instruction.

Paragraphe 2. La limitation du délai global

577. La question du temps dans la Justice malgache est paradoxale depuis la période coloniale. En effet, la justice coloniale était à deux vitesses non seulement en termes de qualité de lois applicables mais également en termes de temps de procédure. Alors que la justice française rendue souffrait de cette lenteur excessive du fait de l'indigence numérique et de la faible couverture judiciaire, la justice indigène était expéditive. La promptitude de la sanction garantissait l'oppression coloniale. La Justice malgache d'aujourd'hui conserve ce paradoxe de la lenteur excessive couplée de la précipitation dangereuse.

578. D'un côté, la loi malgache ne pose aucune limitation du délai global de traitement judiciaire. Elle n'inclut que des limites maximales du délai de garde à vue et de la détention provisoire. Dès que le mis en examen n'est pas ou n'est plus en détention, la procédure peut se prolonger indéfiniment. Toutefois, le tournant politique de démocratisation des années 1990 et la création du CSM instaurent progressivement une redevabilité des magistrats qui englobe une

limitation du délai global de traitement des affaires. Dans ses annales disciplinaires, le CSM sanctionne des magistrats qui ont traité des affaires dans un temps anormalement long. Ces délais appréciés sont des délais globaux, ils couvrent l'ensemble de la procédure et non seulement quelques actes.

579. En juillet 2006, un président du tribunal de première instance a été sanctionné « pour avoir fait preuve d'inconscience, de négligence et de carence inexcusable et injustifiable dans le traitement des dossiers à lui confiés, dossiers entre ses mains depuis 1991 malgré les relances des autorités hiérarchiques⁷⁰⁶ ». De ce fait, un délai de quinze années pour le traitement d'un dossier est excessif. En 2010, le CSM a également prononcé une sanction à l'encontre d'un juge qui s'est abstenu de liquider les dossiers dont il a été saisi « malgré la mise en place d'une opération d'apurement des dossiers⁷⁰⁷ ».

580. De ce fait, le CSM consacre l'obligation du magistrat de limiter le délai du procès dont il est le directeur. Néanmoins, bien que les choix techniques du magistrat paramètrent ce délai, « le débat juridique sur la célérité des procédures est nécessairement pollué par les contingences matérielles⁷⁰⁸ ». Le temps de traitement judiciaire est le résultant de plusieurs facteurs internes et externes à une juridiction. L'éloignement géographique des tribunaux et des cours, le rapport d'effectif des magistrats avec le volume de dossiers, la capacité du greffe à évacuer les dossiers, la réactivité des parties en procédure, les moyens matériels à la disposition du personnel sont tous des facteurs internes déterminants. Tous ces variables concourent à réduire, ou à rallonger, le temps de procédure. De ce fait, le temps judiciaire global est une mesure de l'efficacité du système en place, de la coordination des actes de procédure, de la volonté des parties et de la compétence des magistrats.

581. Premièrement, le rapport entre le volume d'affaires et l'effectif des magistrats reste en constante déséquilibre dans toutes les juridictions malgaches. Les volumes d'affaires augmentent en raison du nombre galopant de la population, de l'aggravation de la cassure des niveaux de vie qui multiplie la délinquance, mais également de la judiciarisation de la vie sociale en générale. Contrairement à cela, le nombre des magistrats recrutés reste insuffisant. Selon les statistiques disponibles au ministère de la justice en 2020 pour les vingt-cinq dernières années, l'augmentation d'effectifs est de vingt magistrats par an. La moyenne de recrutement est de trente de magistrats par an, tandis que la moyenne du nombre de départ en

⁷⁰⁶ CSM, Recueil des décisions disciplinaires 2003-2012, Cas N°35, p. 54.

⁷⁰⁷ CSM, Recueil des décisions disciplinaires 2003-2012, Cas N°53, p. 73.

⁷⁰⁸ Mihman, 2007, *op.cit.*, p. 322.

retraite est de dix magistrats par an. Ces vingt magistrats sont répartis sur les quarante-et-deux juridictions de première instance de l'île. Si les détachements auprès d'autres départements ministériels et le départ en formation restent peu fréquents pour la magistrature judiciaire, les congés de maternité pèsent effectivement sur le taux de présence dans les juridictions de première instance. La magistrature malgache étant un corps composé à 70% de femmes, plusieurs juridictions restent, en conséquence, en constante souffrance d'effectifs.

582. En l'occurrence, la formation de la chambre de détention préventive qui requiert trois magistrats de siège, à l'exclusion du juge traitant l'affaire, n'a jamais été remplie dans plusieurs juridictions. Tel est le cas pour la plupart des petites juridictions : Nosy Be, Ambanja, Antsohihy, Port Bergé, Mampikony, Analalava, Mandritsara, Maintirano, Maevatanana, Arivonimamo, Miarinarivo, Betroka, Ankazoabo, Morombe, Ikongo et Mananjary. Dans toutes ces juridictions, le principe de l'interdiction du dédoublement de fonction fait que la formation de la chambre de détention soit réduite à seulement deux magistrats de siège, voire un seul. Cette insuffisance de personnel préjudicie au justiciable qui doit se passer de la sécurisation judiciaire de la collégialité. Au-delà, l'insuffisance numérique se répercute sur le temps de traitement judiciaire.

583. Deuxièmement, l'urbanisation désordonnée fait que les convocations parviennent rarement aux justiciables. Il s'agit d'un problème complexe pour la Justice en ce qu'il cristallise l'impact des variables qui lui sont extérieurs sur son fonctionnement. En effet, en raison de l'absence de plan d'urbanisation, les services postaux ne peuvent faire parvenir les convocations aux justiciables. La totalité des habitations dans les localités villageoises ne sont répertoriées dans un plan d'urbanisme. En instruction, l'absence de suite donnée aux convocations retarde le règlement des dossiers. En audience, elle conduit à l'activation des citations à mairie et des citations à parquet, voies de convocations secondaires prévues par le Code. Ces voies de convocation secondaires prennent plusieurs mois à être exécutées à cause de l'insuffisance des huissiers et de leur refus d'y procéder, leurs honoraires n'étant payés que tardivement par l'État.

584. De l'autre côté, la Justice expéditive héritée de la colonisation n'a jamais été remise en question. Aujourd'hui, pour Madagascar, la précipitation est le principe fonctionnel en matière pénale. La citation directe et l'information sommaire sont les modes habituels de poursuite. Les affaires arrivent au parquet le matin, déferées par les unités de police judiciaire, et doivent être « réglées » avant la fin de la journée. Dans la journée, le magistrat du ministère public

décide de la poursuite, de la voie de poursuite et, le cas échéant, procède à l'information sommaire. Un magistrat peut être en charge de trois ou quatre affaires pour lesquelles procéder à des informations. Pour gagner du temps, les parties civiles et les témoins ne sont pas auditionnées. Les magistrats du ministère public se limitent à lire le contenu des procès-verbaux d'enquête préliminaire. S'ils le sont, leurs dires ne sont pas consignés sur des procès-verbaux. L'interrogatoire du mis en examen se limite à quelques questions sur lesquelles se décident la détention provisoire.

585. Pendant les audiences correctionnelles et de simple police, plusieurs affaires ne prennent pas plus d'une demi-heure aux débats. Les questions sont brèves, les réponses attendues le sont encore plus. Le volume d'affaires ne permet ni aux magistrats, ni aux parties, les longues explications. Pour les grandes juridictions, la moyenne d'affaires enrôlées avoisine les cinquante dossiers, avec une fréquence mensuelle de renvoi. Le témoignage est le principal mode de preuve. Le sort du mis en examen semble tranché dès qu'un témoin confirme les allégations. Dans la pratique, le ministère public n'avance pas les moyens prouvant la culpabilité. Il débat des moyens avancés par les autres parties dans certaines affaires. Dans la plupart des débats, le ministère public ne prend part que pour avancer ses réquisitions, non motivées, se limitant à requérir la sanction ou à requérir la relaxe.

586. Les débats se limitent à la question de la culpabilité, la question de la peine n'est que rarement abordée. Les magistrats n'ont pas le temps d'enquêter que la personnalité du mis en examen. Le mis en examen n'a pas le temps d'expliquer le mobile. Le dossier ne retrace pas le parcours social du mis en examen, le temps à l'audience ne permet pas d'y pallier. Aucun élément ne permet une individualisation de la peine.

587. Pour les affaires de grand correctionnel, autrement dit quand la peine encourue dépasse les cinq années d'emprisonnement, le CPPM impose l'assistance d'un conseil pour le mis en examen. Dans la pratique, les conseils commis d'office ne sont désignés qu'à l'audience, sur les avocats stagiaires présents. Ils découvrent le mis en examen et l'affaire pendant les débats. La défense n'a pas un dossier de défense. Très souvent, en l'absence de conseil disponible pendant l'audience, un greffier ou un huissier est appelé pour ce faire.

588. De ce fait, également bien en phase d'investigation qu'en phase de jugement, la justice correctionnelle et la justice de simple police ne dispose pas du temps pour rendre justice. La procédure est bâclée. Les droits de la défense et le principe du contradictoire cèdent à l'urgence quotidienne. Le justiciable, souvent très peu instruit, n'a pas le temps de comprendre la

procédure qu'elle prend déjà fin avec un jugement. La machine correctionnelle est rythmée par des campagnes d'évacuation des affaires appelées « Initiatives à Résultats Rapides ». Les statistiques sont devenues les seules mesures de performances des tribunaux.

589. À Madagascar, c'est à travers la justice correctionnelle que la dissension entre « rendre jugement » et « rendre justice » se vérifie. La qualité de la justice est préjudiciée. Les tares coloniales sont recouvertes par des exigences contemporaines extrémistes. « La Justice rapide comme réponse à la demande sociale d'une justice plus efficace [se soit imposé sans] aucune vérification empirique ni analyse systématique de ses implications pour la justice pénale⁷⁰⁹ ».

590. En effet, « tantôt le souci des délais et de la rapidité du traitement est pensé comme un critère d'appréciation de la qualité de la justice, tantôt il est vu comme un obstacle à l'amélioration de la qualité, prévalant sur cet objectif⁷¹⁰ ». Or, la rapidité est un objectif intermédiaire qui doit être encadré par l'objectif final de qualité de la décision judiciaire rendue. « La rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues [...]. Cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert⁷¹¹ ».

⁷⁰⁹ B. Bastard, C. Mouhanna, W. Ackermann, *Une justice dans l'urgence, Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007, p. 189.

⁷¹⁰ J. Danet (dir.), *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits*, PUR, Rennes, 2013, p. 296.

⁷¹¹ J. Normand, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. Cadiet et L. Richet (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, spéc. p. 159.

CONCLUSION DU CHAPITRE

591. « Il y aurait toute une "rythmologie" de la procédure pénale à dessiner entre les paroles et les silences, l'agir et le non-agir⁷¹² ». Une justice lente ne remplit pas sa fonction sociale. Toutefois, la célérité est à distinguer de la précipitation qui est constitutive de risque judiciaire. « Cette quotidienne course contre la montre est indigne de la justice⁷¹³ ». La notion du délai raisonnable qui est devenue un droit avec la consécration des droits de l'Homme ne requiert pas seulement une célérité, elle exige également un temps de réflexion.

592. Le temps de traitement judiciaire est désormais limité dans la procédure pénale malgache. Or, actuellement, la pratique judiciaire malgache tend vers la précipitation. Repenser et reformer le temps dans la Justice malgache sont indispensables pour que l'abandon des pratiques coloniales puisse être optimisé vers la sécurisation du justiciable et non l'arbitraire du magistrat.

593. Penser le temps dans la justice cristallise toute la manière de bien exercer la fonction judiciaire : l'équilibre. Cet équilibre est nécessaire entre la lenteur judiciaire et la précipitation. Le chapitre qui suit aborde un autre équilibre : celui entre la liberté individuelle et les contraintes nécessaires d'une poursuite pénale à travers la question de la détention provisoire.

⁷¹² M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1986, Quadrige 1ère éd., p. 305.

⁷¹³ Main, 1990, *op.cit.*, p.114.

Chapitre 2. La volonté de limiter les atteintes provisoires à la liberté

594. La justice pénale est dangereuse pour le mis en examen, non seulement parce qu'elle dispose du pouvoir d'atteindre les libertés de manière définitive, mais également de manière provisoire, avant même le prononcé d'une culpabilité. L'objectif de la recherche de la vérité justifie des contraintes imposées aux individus. Ces atteintes provisoires à la liberté doivent être strictement encadrées depuis l'avènement des droits de l'Homme.

595. L'objet de ce chapitre est de démontrer que dans son processus d'abandon de l'héritage colonial, Madagascar s'engage dans la limitation des atteintes provisoires à la liberté. Toutefois, ces limitations restent insuffisantes.

596. La détention provisoire est la plus considérée des atteintes provisoires à la liberté en raison du degré de contrainte qu'elle impose et de son délai qui peut s'étendre dans le temps. Sans doute, cette gravité fait qu'elle est désormais minutieusement réglementée. L'avancée est considérable en cent ans de pratique pénale (section 1). Les marges d'arbitraires dans les régimes des autres contraintes procédurales restent grandes. Le régime de la garde à vue est quasi-statique. Le régime du contrôle judiciaire, instituée pour être une contrainte alternative à la détention provisoire, opère des revirements préjudiciables au mis en examen (section 2).

Section 1. La limitation stricte de la détention provisoire

597. La Constitution de 1992 énonce le droit à la liberté et l'inviolabilité de la personne et interdit la détention arbitraire. La révision constitutionnelle de 1998 insère dans le bloc constitutionnel le principe de la présomption d'innocence, qui est le fondement de l'exceptionnalité de la détention provisoire. La Constitution de 2010 consacre dans un nouvel alinéa, juste après celui sur la présomption d'innocence, que « la détention préventive » est une exception (article 13 *in fine*). L'exceptionnalité de la détention provisoire découle du droit à la liberté de la personne, première forme de liberté puisqu'elle est l'expression de la mobilité physique humaine. Comme « rien ne ressemble plus à la prison de punition que la prison de prévention⁷¹⁴ », la détention provisoire doit rester exceptionnelle parce qu'elle sanctionne un individu innocent.

598. La règle est consacrée par l'article 333 du CPPM. Elle réalisée par les conditions de la légalité (paragraphe 1) et de l'opportunité (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La légalité de la détention provisoire

599. La détention provisoire va à contresens de l'esprit du procès pénal qui est de ne punir que le coupable. Si « la présomption d'innocence n'est pas une attitude naturelle, mais le prix d'un effort, d'une détermination raisonnée de dominer l'apparence⁷¹⁵ », la privation provisoire de liberté va entretenir cette apparence à écarter. À travers la détention provisoire, l'appareil judiciaire détruit la présomption d'innocence. L'apparence de culpabilité créée avec la détention provisoire pèse sur le verdict. « L'inculpé ou l'accusé qui comparaît détenu devant le juge du fond a de grandes chances d'être condamné à l'emprisonnement ferme (...), tandis que, dans le cas contraire, le risque sera faible pour lui d'être condamné à une peine ferme⁷¹⁶ ».

600. Or, la détention provisoire est une exception à la liberté et non à la présomption d'innocence. Elle maintient le fardeau de la preuve instaurée par la présomption d'innocence qui reste à la charge de la partie poursuivante. Le mis en examen conserve « le privilège procédural attaché à la position de défendeur⁷¹⁷ ». Malgré la détention provisoire, « un

⁷¹⁴ Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 90.

⁷¹⁵ Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 83.

⁷¹⁶ Main, 1990, *op.cit.*, p. 115.

⁷¹⁷ Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 88.

individu, suspect ou poursuivi, n'a pas à prouver qu'il est innocent, et d'autre part que si la preuve de sa culpabilité, faite par le ministère public ou la partie civile est insuffisante et qu'il subsiste un doute, il doit être acquitté ou relaxé⁷¹⁸ ».

601. « La légalité implique essentiellement des conditions qualitatives visant à garantir au justiciable la prévisibilité du droit pénal⁷¹⁹ ». Elle est destinée à protéger le justiciable en raison du caractère attentatoire à la liberté qu'est le droit pénal de fond mais également de procédure, à travers les diverses contraintes procédurales. « Le défaut de fondement légal de la détention⁷²⁰ » en fait une détention arbitraire. La légalité de la détention provisoire est appréciée dans la réunion de plusieurs éléments : l'autorité habilitée à contraindre, la légalité la poursuite et la probabilité de la peine privative de liberté.

602. Premièrement, la détention provisoire peut être décidée à plusieurs stades de la procédure, et donc par différentes autorités. Pour Madagascar, le titre de détention peut être émis par le ministère public dans le cadre de la procédure d'information sommaire, par le juge d'instruction dans le cadre de l'instruction préparatoire, par la chambre de détention provisoire sur le recours formé contre les décisions prises par le ministère public, par le juge d'instruction ou par la chambre d'accusation lors de l'instruction en second degré.

603. Une différence s'observe entre la procédure pénale française et la procédure pénale malgache en ce qui concerne l'autorité émettrice du titre de détention provisoire. Partant toutes les deux du principe du plein pouvoir du magistrat saisi de l'affaire en ce qui concerne la question de la détention provisoire, la procédure pénale française et la procédure pénale malgache enregistrent désormais des évolutions différentes. Elles incluent un nouvel organe ayant la compétence en la matière : le juge des libertés et de la détention pour la procédure française et la chambre de détention préventive pour la procédure malgache. Comme son nom l'indique, l'organe français est une formation de juge unique tandis que l'organe malgache est une formation collégiale.

604. Dans la procédure française, ce nouvel organe dépouille le ministère public et le juge d'instruction de leur pouvoir en matière de détention provisoire. « Électron de l'enquête et de l'instruction, le juge gravite autour de ces cadres processuels afin de disséminer son regard,

⁷¹⁸ G. Stephani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 25-26.

⁷¹⁹ P. Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *APC*, 2007/1, N° 29, p. 3-18, p. 6.

⁷²⁰ Commission africaine, Affaire Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §121.

tiers et indépendant, dès que l'enjeu d'une liberté le justifie⁷²¹ ». La décision du juge d'instruction de laisser l'inculpé en liberté est susceptible d'infirmer par le juge des libertés et de la détention. De même, s'il envisage une incarcération, il doit le saisir afin que le dernier en décide. « Tout converge ainsi pour assurer l'échange contradictoire des arguments des différents acteurs du procès, de la saisine du juge jusqu'à sa décision⁷²² ». Le système français s'agence autour de cette réalisation du principe du contradictoire en matière de détention.

605. Le système malgache, quant à lui, est plus porté sur l'application de l'interdiction du dédoublement de décision que sur le contradictoire. Contrairement au système français, le magistrat du ministère public, en information sommaire, et le juge d'instruction, en instruction préparatoire, conservent le pouvoir de statuer sur l'opportunité du placement en détention provisoire au début de leur saisine. L'instauration de la CDP fait que le magistrat ne peut connaître deux fois la question de détention provisoire. Dès qu'un réexamen est sollicité ou nécessaire, le magistrat en charge est dessaisi au profit de la CDP.

606. De ce fait, le recours formé par la partie civile contre une décision laissant le mis en examen en liberté suite une information par le ministère public (article 223 bis et article 232 CPPM) ou à une comparution devant le juge d'instruction (article 273 CPPM qui renvoie à l'article 223 bis) est de la compétence de la CDP. Il en est de même si le réexamen est effectué à la demande du ministère public pour le dossier en instruction préparatoire (article 273). Dans ce même sens, la prorogation de la détention provisoire à la fin de chaque période de détention n'est plus automatique. En effet, la détention provisoire sur un mandat du juge d'instruction s'articule en trois périodes : une période initiale (huit mois pour les inculpations criminelles et six mois pour les inculpations délictuelles) et deux périodes sur la prorogation (six mois et quatre mois pour les inculpations criminelles et deux fois trois mois pour les inculpations délictuelles). Toute prorogation se fait sur une réquisition du ministère public et par le jugement de la CDP.

607. Deuxièmement, la légalité de la détention requiert la légalité de la poursuite dans laquelle elle est décidée. Ce principe de la légalité de la poursuite découle du principe de la légalité criminelle qui « impose l'existence d'une loi pour fonder des poursuites ou

⁷²¹P. Le Monnier de Gouville, « Le juge des libertés et de la détention entre le présent et l'avenir », *Les cahiers de justice*, 2011/4, N°4, p. 145-157, p. 147.

⁷²² Le Monnier de Gouville, 2011, *op.cit.*, p. 147.

condamnations pénales. Ceci dans un souci de protection contre l'arbitraire⁷²³ ». L'arbitraire à prévenir est celui du juge qui prononce la peine, mais également celui du magistrat du ministère public qui initie la poursuite. En effet, « le droit pénal s'appliquera si les magistrats du Parquet décident de déclencher le procès pénal. Dès lors, le principe de légalité doit également s'appliquer à cette branche du droit pénal⁷²⁴ ». La poursuite est légale si elle est décidée par l'autorité compétente et en vue d'appliquer une incrimination.

608. Troisièmement, la peine privative de liberté doit être encourue pour que la détention provisoire puisse être prononcée. L'incrimination, « constituée de la définition du comportement prohibé – éléments constitutifs de l'infraction – et de la sanction pénale y afférant – la peine applicable⁷²⁵ » doit prévoir la possibilité de l'incarcération comme une sanction. De ce fait, les poursuites pour des infractions qui ne sont punies que des peines d'amende ne peuvent donner lieu à une détention provisoire. Tel est le cas pour la plupart des contraventions et de certains délits. Cette condition est posée par l'article 333 alinéa 2. Elle découle du fait que le délai de la détention provisoire est déduit du délai de la peine prononcée.

Paragraphe 2. L'opportunité de la détention provisoire

609. La légalité de la détention provisoire est insuffisante pour qu'elle soit juste. Le droit au procès équitable requiert que cette détention soit opportune, en plus d'être légale. C'est surtout à travers cette opportunité de la détention que la règle de son exceptionnalité se vérifie.

610. En premier lieu, la jurisprudence et la doctrine étayent des explications sur l'opportunité de la détention provisoire afin que celle-ci ne s'avère arbitraire. Elle est « une peine qui ne peut précéder la sentence que si la nécessité l'exige⁷²⁶ ». Cette nécessité est à démontrer. « Le caractère arbitraire ne doit pas être nécessairement évalué comme contraire à la loi mais surtout à l'aune des facteurs comme tels que : la nécessité et le caractère raisonnable en toutes circonstances⁷²⁷ ».

611. Tout d'abord, la nécessité s'entend de l'absence d'une mesure de moindre contrainte qui permet d'atteindre l'objectif. La modification du Code de procédure pénale de 2016, avec

⁷²³ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 20.

⁷²⁴ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 13.

⁷²⁵ Drago, 2016, *op.cit.*, p. 22.

⁷²⁶ Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 108.

⁷²⁷ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §120.

l'article 333 nouveau, dispose que la détention provisoire ne peut être ordonnée que lorsque les buts pour lequel elle est décidée « ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ». Elle n'est justifiée que lorsqu'elle est incontournable. La nécessité se référerait donc à une subsidiarité à la première lecture des dispositions législatives malgaches, conformément aux règles développées initialement par la doctrine et la jurisprudence.

612. Cependant, « une mesure nécessaire n'est plus une mesure subsidiaire, elle répond à un simple besoin. La nécessité, c'est désormais l'utilité⁷²⁸ ». Aujourd'hui, la notion se réfère plus à la prévention, à la réduction de danger. « C'est au nom du ou des risques que ferait courir la remise en liberté d'un individu que sont prises les décisions⁷²⁹ ». La jurisprudence africaine cite notamment la « nécessité de prévenir la fuite du suspect, d'éviter qu'il ne fasse pression sur les témoins ou n'altère les preuves⁷³⁰ ». Autrement dit, la détention provisoire sert à empêcher que le mis en examen complique la recherche de la vérité. Si la présomption d'innocence se traduit, entre autres, dans l'interdiction d'astreindre le suspect à collaborer dans la recherche de preuve qui l'incrimine, l'État peut prendre des mesures afin de conserver les preuves éventuelles. « La poursuite, en compensation [de la présomption d'innocence], peut l'empêcher d'en compromettre la manifestation. La justification principale de la détention provisoire est là⁷³¹ ».

613. Cette prévention qui fonde l'utilité est au centre de la conception malgache de l'incarcération pré-sentencielle. La législation invoque d'ailleurs une détention préventive et non une détention provisoire. Plusieurs motifs sont institués pour éviter que le mis en examen ne complique de la recherche de la vérité : le risque de subornation de témoin, le risque de représailles sur la victime ou sa famille, le risque de fuite, le risque de concertation frauduleuse entre les participants à la commission de l'infraction. D'autres motifs sont consacrés pour la protection de la société : la prévention du renouvellement de l'infraction ou pour mettre fin au trouble exceptionnel de l'ordre public. Le CPPM invoque également la préservation des indices comme un motif de la détention. Désormais, dans la loi malgache, la nécessité se définit également par l'utilité et non la subsidiarité.

⁷²⁸ P. Le Monnier de Gouville, « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », *Les cahiers de la justice*, 2014/3, N° 3, p. 495-503, p. 501.

⁷²⁹ L. Aubert, « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », *RSC*, 2012/2, N° 2, p. 454-468, p. 456.

⁷³⁰ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §123.

⁷³¹ Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 90.

614. Ensuite, la détention provisoire n'est justifiée que si elle est raisonnable. Le caractère raisonnable se mesure avec la concordance des indices, laquelle concordance doit tendre vers la culpabilité du mis en examen. Deux conditions cumulatives relatives aux indices sont donc à vérifier : la concordance et la contribution à l'établissement de la culpabilité.

615. La concordance des indices est l'absence de contradiction entre elles. Par définition, « les indices sont des faits matériels dont l'existence est établie et qui (...) peuvent, rapprochés les uns des autres, permettre de parvenir à la conviction que tel ou tel événement (...) s'est bien réalisé ⁷³²». Elles sont recueillies et collectées par la police judiciaire. Toutefois, cette concordance n'est pas nécessairement absolue. Le CPPM invoque les « charges suffisantes ». Il suffit juste que la plupart d'entre elles se raccordent. Il ne s'agit pas d'une supériorité numérique. Elle est plutôt qualitative. Autrement dit, le magistrat qui apprécie les indices, pour déterminer leur concordance, n'a pas à répertorier les indices d'innocence ou de culpabilité de manière à déterminer la liste la plus longue, il procède plutôt à une appréciation souveraine de leur contenu.

616. Les indices concordants doivent tendre vers l'établissement de la culpabilité du mis en examen. « À défaut d'indices de culpabilité, point de détention ⁷³³ ». L'établissement de ce lien doit résulter d'un « procédé d'appréciation objective (...) [qui] ne doit pas faire intervenir des éléments affectifs ou personnels ⁷³⁴ ». Cette objectivité garantit l'efficacité de la recherche de la vérité en ce qu'elle « distingue l'indice du simple soupçon ⁷³⁵ ». En effet, la commission précise qu'« une détention fondée sur la simple suspicion qu'un individu pourrait être à l'origine de troubles est une violation du droit à la présomption d'innocence ⁷³⁶ ». Pour que la détention provisoire soit opportune, les charges, ensemble des indices et des moyens des parties tendant vers la preuve de la culpabilité, doivent être plus lourdes que les décharges, ensemble des indices et des moyens tendant vers la preuve de l'innocence.

617. En deuxième lieu, cette opportunité doit être vérifiable à tout moment, lors du déclenchement de la détention comme pendant toute sa durée. L'évolution de l'information

⁷³² G. Levasseur, « La régime de la preuve en droit répressif français », in Acte du 3ème colloque du département des droits de l'Homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 30.

⁷³³ J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Paris, Cujas, 1990, p. 638.

⁷³⁴ T. T. L. Phi, *La détention provisoire. Étude de droit comparé. Droit français et droit vietnamien*, Thèse en Droit, Montesquieu Bordeaux IV, 2012, p. 31.

⁷³⁵ T. T. L. Phi, 2012, *op.cit.* p. 31.

⁷³⁶ Commission africaine, Annette Pagnouille (pour le compte d'Abdoulaye Mazou) contre Cameroun, *Communication N°39/90*, §21.

doit renforcer la probabilité de la culpabilité pour que la détention continue d'être justifiée. Dans ce sens, Beccaria⁷³⁷ distingue les preuves parfaites des preuves imparfaites. Sont « parfaites celles qui excluent la possibilité qu'un individu ne soit pas coupable, et imparfaites celles que ne l'excluent pas. (...) Chacune d'elles [preuves imparfaites] permettrait de croire en l'innocence de l'accusé, mais que toutes réunies la rendent impossibles⁷³⁸ ». Selon lui, les preuves imparfaites muent en preuves parfaites, si l'accusé ne fournit pas une justification satisfaisante.

618. « Les raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction constituent une condition *sine qua non* du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps, cela ne suffit plus⁷³⁹ ». Elle ne demeure justifiée que si l'état de la procédure mène plus vers la culpabilité que de l'acquittement du mis en examen. Autrement, la détention n'est plus opportune.

619. En troisième lieu, le caractère nécessaire et le caractère raisonnable doivent être démontrés par l'autorité émettrice de la décision exerçant le pouvoir de contraindre. Pour ce faire, la décision d'incarcération doit être motivée. Selon la commission africaine, « est arbitraire, une détention de vingt-deux mois sans justification⁷⁴⁰ ». L'existence de la motivation ne suffit pas à écarter l'hypothèse de l'arbitraire, elle permet simplement le bien-fondé de la privation de liberté. Pour qu'elle le soit, les motifs doivent justifier « de pertinence et de suffisance⁷⁴¹ ».

620. L'obligation de motiver la détention provisoire fait partie des dernières exigences introduites dans le CPPM. La version initiale du CPPM sur la matière, maintenue malgré les modifications successives, ne dispose pas de l'obligation de motiver la détention provisoire. Sous leur régime, la décision de décerner ou non un mandat de dépôt était apposée en bas de l'imprimé d'enquête d'information sommaire ou d'interrogatoire de première comparution. De ce fait, le procès-verbal d'enquête suffisait à en constituer les motifs. Or, ce procès-verbal, une des bases de la décision, n'est pas une motivation au sens des droits de la défense. Le magistrat

⁷³⁷ Voir Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 90 et suivants.

⁷³⁸ Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 91.

⁷³⁹ Cour EDH, Arrêt du 26 juin 1991, Letellier contre France, §35-53

⁷⁴⁰ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §120.

⁷⁴¹ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §126.

doit fournir un raisonnement analytique faisant le lien entre les éléments recueillis dans le procès-verbal et sa décision.

621. La dernière modification du CPPM date de 2016, elle pallie cette lacune et institue l'obligation de motiver la détention. Désormais, l'article 333 nouveau établit une liste limitative des causes possibles de la détention provisoire. Ce sont : garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice, empêcher la subornation de témoins ou l'exercice de pression ou représailles sur les victimes et sur leurs familles, protéger la personne de l'inculpé, tenir compte des charges tangibles imputables à la personne de l'inculpé et de la gravité de l'infraction, empêcher une concertation frauduleuse entre l'inculpé et ses coauteurs ou complices, conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, mettre fin au trouble exceptionnel à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice, mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ou réprimer la violation du contrôle judiciaire.

622. La motivation de la décision est utile pour permettre le contrôle de la légalité et de l'opportunité de la détention provisoire. Les critères de légalité et d'opportunité doivent pouvoir faire l'objet de contrôle à chaque fois que le requiert le détenu, compte tenu de l'évolution de son affaire. Dans ce sens, « la commission rappelle que la possibilité pour une personne détenue, d'attaquer la légalité et la durée de sa détention devant une juridiction est fondamentale dans la jouissance du droit au procès équitable⁷⁴² ».

623. S'il a toujours été possible de discuter du bien-fondé de la détention provisoire sous l'ancienne législation à travers la demande de mise en liberté provisoire, l'instauration de la CDP améliore les conditions d'exercice de ce droit au recours. En effet, l'exceptionnalité de la détention provisoire implique qu'à chaque fois qu'elle est utilisée dans une procédure, l'État doit démontrer une « diligence particulière⁷⁴³ » au moment du déclenchement de cette mesure, à travers sa motivation, et dans sa gestion afin d'y mettre fin au plus tôt. L'article 335 du CPPM institue la chambre d'accusation de la Cour d'appel comme un organe de contrôle de la détention provisoire. Cet article prévoit deux types de contrôle, un contrôle d'irrégularité et un contrôle du caractère abusif. De ce fait, elle permet, alternativement, un contrôle des conditions de forme et un contrôle des conditions de fond. Ce contrôle est effectué à la demande de toute

⁷⁴² Commission africaine, Interights, ASADHO et Maître O.Disu contre RDC, *Communication* N° 274/03 et 282/03, § 66 ; Cette décision renvoie également à l'affaire Purohit et Moore contre Gambie, *Communication* N°241/01, §72 et à l'affaire Zegveld et autre contre Érythrée, *Communication* N° 250/02, § 56.

⁷⁴³ Cour EDH, Arrêt du 26 septembre 2006, Bernard contre France, §37-48.

personne ayant connaissance du caractère irrégulier ou abusif de la détention. La chambre d'accusation, à l'issue du contrôle et après avoir entendu le ministère public, maintient la détention ou prononce la mise en liberté.

624. La loi N°97-036 du 30 octobre 1997 portant modification du CPPM sur le régime de la détention préventive met davantage en œuvre cette obligation de diligence particulière au sein du tribunal de première instance. Elle crée la chambre de détention préventive. Ce nouvel organe offre deux garanties supplémentaires de l'exceptionnalité de l'incarcération provisoire : la collégialité et le cloisonnement des fonctions.

625. La CDP, en premier lieu, est la seule formation collégiale en matière pénale au niveau du tribunal de première instance. Elle est formée de trois magistrats de siège dont le plus gradé fait office de président de chambre (article 223 bis). Cette collégialité est une garantie contre l'arbitraire. Opter pour la collégialité, « c'est réduire le risque d'une trop grande subjectivité, c'est renforcer les chances qu'aucun aspect important de l'affaire ne soit oublié ou laissé de côté⁷⁴⁴ ». La collégialité, « une façon de prévenir le risque de déviance individuelle des magistrats⁷⁴⁵ », ouvre une sphère de discussions où les analyses s'affinent et les points de vue se corrigent, « ce qui ne peut que favoriser l'adoption d'une décision bien réfléchie⁷⁴⁶ ».

626. En second lieu, la règle jurisprudentielle du cloisonnement des fonctions empêche tout magistrat instructeur de siéger comme membre de la CDP pour connaître un dossier dans lequel il a décerné un mandat de dépôt. Cette règle garantit l'impartialité de la CDP en ce qu'un magistrat ayant déjà statué sur l'affaire s'est forcément construit un avis qui devient désormais un préjugé lorsqu'il est amené à le connaître une seconde fois. Elle garantit, de cette manière, la pluralité d'examen par différents magistrats. L'opportunité de l'incarcération provisoire est appréciée de manière continue.

627. La compétence de la CDP s'étend au début de la détention provisoire et en cours de la détention. Au début de l'incarcération, sa compétence est activée par l'opposition formulée par les parties. Après la décision prise par le ministère public ou le magistrat instructeur de laisser le mis en examen en liberté, la partie civile et le ministère public peuvent former opposition. L'affaire est transmise à la CDP pour être statué. La CDP apprécie la légalité et l'opportunité

⁷⁴⁴ Main, 1990, *op.cit.*, p. 114.

⁷⁴⁵ Pluen, 2011, *op.cit.*, p. 433.

⁷⁴⁶ S. Chaubet, *La déclaration de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental au stade de l'instruction*, Thèse en droit, Montpellier, 2012, p. 152.

de la mise en détention sollicitée par la partie civile ou le ministère public. Elle peut confirmer la décision de laisser le mis en examen en liberté ou l'infirmier en décidant son incarcération.

628. Dans le cadre de la procédure d'information sommaire, l'opposition peut également être formulée par le prévenu placé sous mandat de dépôt. Dans ce cas, la CDP apprécie la légalité et l'opportunité de l'incarcération décidée. Cette prérogative n'est pas accordée au mis en examen dans le cadre d'une instruction préparatoire. Cette lacune législative crée un déséquilibre des droits des mis en examen. Le prévenu dans une procédure d'information sommaire en devient plus privilégié par rapport à l'inculpé en instruction préparatoire. En effet, bien que la demande de mise en liberté provisoire soit ouverte pour le mis en examen en instruction préparatoire, cette demande diffère de l'opposition en ce que l'opposition ouvre un réexamen des motifs de la décision initiale d'incarcération alors que la demande de mise en liberté provisoire offre un examen de l'opportunité de la continuité de l'incarcération.

629. En cours de la détention, la CDP est compétente pour statuer sur les demandes de mainlevée de la détention, de mise en liberté provisoire et de prorogation de la détention. La mainlevée de la détention fait suite à la décision de classement sans suite à l'issue de la procédure d'information sommaire ou à la décision de non-lieu à l'issue de la procédure d'instruction préparatoire. Dans ce cas, l'incarcération devient illégale parce que la poursuite prend fin. La mainlevée est sollicitée par le magistrat traitant le dossier.

630. Le jugement de mise en liberté provisoire, quant à elle, est rendue quand la CDP estime que l'incarcération n'est plus nécessaire ou opportune compte tenu de l'évolution de l'affaire. La CDP procède à l'examen de la transformation des indices en preuve de la culpabilité, le cas échéant, elle doit prononcer la mise en liberté provisoire. La demande émane du mis en examen. Elle est écrite, transmise par l'administration pénitentiaire au tribunal, ou verbale, formulée par le mis en examen lors d'une comparution au tribunal.

631. La prorogation de la détention provisoire relève également de la compétence de la CDP lorsque le dossier n'est pas encore traduit ou renvoyé devant une juridiction de jugement. Dans ce cas, la CDP va apprécier également bien la légalité que l'opportunité de la prorogation. Le mandat de dépôt délivré dans le cadre d'une procédure d'information sommaire n'est pas prorogeable. La loi limite les prorogations de la détention provisoire correctionnelle à deux délais successifs de trois mois. Elle limite les prorogations en matière criminelle à deux délais de six mois suivis de quatre mois. À l'issue de chaque délai, le juge d'instruction saisit la CDP.

Les critères d'opportunité de la prorogation sont les mêmes que celles appréciées par la CDP lors d'une demande de mise en liberté provisoire.

632. « En matière de détention provisoire, plus que partout ailleurs, le respect de la présomption d'innocence passe par le développement d'une culture commune des droits de l'homme⁷⁴⁷ ». À travers ces compétences, la CDP devient un organe de contrôle de cette détention provisoire et notamment de sa conformité aux exigences de la présomption d'innocence. En effet, « cette décision, destinée à réunir dans un minimum de temps des preuves dans certains dossiers importants, lorsque l'isolement du suspect est indispensable, devrait être exceptionnelle et très étroitement surveillée⁷⁴⁸ ». Ce contrôle rigoureux devient possible avec l'institution de la CDP. Désormais, le pouvoir du ministère public et du juge d'instruction sont encadrés par la faculté dont dispose la CDP d'infirmer leurs décisions initiales à tout moment. Elle limite également le temps de traitement des dossiers en instruction à travers sa compétence en matière de prorogation.

633. Trois remarques se posent sur le régime de la détention provisoire en général. Tout d'abord, tandis que l'opposition n'est recevable que lorsqu'elle est introduite dans les vingt-quatre heures suivant la décision d'incarcération, la demande de mise en liberté provisoire est recevable en tout état de la procédure. Cette possibilité de discuter de la détention à tout moment implique la compétence de plusieurs organes, non seulement de la CDP. De ce fait, en matière correctionnelle, dès qu'il y a eu enrôlement, autrement dit dès qu'une date d'audience est attribuée, l'organe compétent en matière de détention provisoire n'est plus la CDP mais le juge correctionnel. Ce dernier étant un juge unique, le mis en examen perd la garantie de la collégialité dans l'examen de sa demande.

634. En matière criminelle, l'existence d'un ordre ou d'une ordonnance de règlement bascule l'ensemble de la compétence de la CDP vers la chambre d'accusation de la Cour d'appel. La chambre d'accusation a également compétence sur toute question relative à la détention qui n'est plus de la compétence de la CDP ou du juge correctionnel. De ce fait, elle connaît des demandes de mainlevée de détention, de mise en liberté provisoire ou de prorogation de détention introduites pour des affaires en instance d'appel ou de cassation.

635. Ensuite, dans les petites juridictions où le nombre de magistrats de siège ne permet pas la constitution de la CDP avec trois magistrats, elle est formée par le président du tribunal et

⁷⁴⁷ Portelli, 2006, *op.cit.*, p. 27.

⁷⁴⁸ Portelli, 2006, *op.cit.*, p. 22.

un juge. Dans ce cas, le président du tribunal a voix prépondérante. Dans ces juridictions, la réforme instituée à travers la collégialité cède devant l'insuffisance numérique.

636. Enfin, l'ensemble de la réforme reste chaotique dans la mesure où les motivations des décisions n'en permettent pas le contrôle. Pour le magistrat en charge du dossier comme pour la CDP, les motifs apposés sont brefs et synthétiques. L'application des critères de validité de la détention provisoire ne peut être appréciée en raison du caractère trop synthétique des motivations.

Section 2. La limitation poreuse des autres atteintes à la liberté

637. La stricte limitation de la détention provisoire n'est pas transposée dans les autres atteintes à la liberté. Ces dernières reçoivent moins d'attention du législateur. Elles ne sont pas laissées à l'arbitraire de l'agent de répression mais la législation qui les régit permet des abus.

Paragraphe 1. La contrainte policière : la garde à vue

638. Mesure attentatoire aux libertés du mis en examen, la garde à vue fait l'objet d'une moindre attention que son parallèle dans la phase judiciaire, la détention provisoire. La matière est régie par les articles 136 à 139 du CPP. Les évolutions législatives mettent de côté la garde à vue, sauf en ce qui concerne son délai et le droit à l'examen médical. Ces modifications ont été apportées par la loi N° 97-036 du 30 octobre 1997 et la loi N° 2008-041 du 19 décembre 2008.

639. La garde à vue débute à partir du moment où une personne est notifiée de la décision de rétention dans les locaux de la police judiciaire. Elle prend fin au moment de sa libération ou par la transmission de l'affaire à l'autorité judiciaire. Le régime légal de la garde à vue s'articule sur quatre exigences majeures : le motif de la garde à vue, la limitation du délai, le droit à l'examen médical, et l'obligation de consignation sur un procès-verbal. Le motif de la garde à vue et l'obligation de consignation des informations relatives à la garde à vue sur un procès-verbal sont règlementés dès la version initiale du CPPM. La limitation du délai et le droit à l'examen médical découlent des modifications de 1997 et de 2008.

640. Premièrement, « la faculté de placer un individu en garde à vue, véritable pouvoir d'initiative et d'opportunité, est une prérogative légalement dévolue au seul officier de police judiciaire⁷⁴⁹ ». Le déclenchement de la garde à vue doit répondre à la condition de nécessité. La garde à vue ne peut avoir lieu que « pour les nécessités de l'enquête », selon l'article 136 du CPPM. Ni la loi ni la jurisprudence malgache ne précise davantage la teneur de ladite disposition. Selon la doctrine et la jurisprudence internationale, cette nécessité doit être revêtir certains caractères. Mesure de contrainte identique à la détention provisoire, la garde à vue doit

⁷⁴⁹ P.-J. Delage, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la sanction parquetière », *APC*, 2006/1, N° 28, p. 135-152, p. 144.

également être exceptionnelle. La nécessité de la garde à vue s'apprécie exactement comme la nécessité de la détention provisoire.

641. Selon la DDHC de 1789 en son article 9, « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». La nécessité est, de ce fait, l'utilité. La contrainte n'est justifiée que lorsqu'elle permet d'atteindre l'objectif de recherche de la vérité. Elle n'est également juste que lorsque la contrainte est incontournable, autrement dit, lorsqu'aucune autre mesure avec une moindre atteinte à la liberté ne permet la recherche de la vérité. En conséquence, la garde à vue doit également être proportionnelle à certaines données.

642. « Un acte est proportionné si, d'une part, il ne dépasse pas la mesure strictement appropriée à la réalisation de l'objectif en vue duquel il est adopté (aspect instrumental) et si, d'autre part, il ne revient pas à sacrifier davantage que ce qui est obtenu ou que son auteur vise à obtenir (aspect axiologique)⁷⁵⁰ ». La proportionnalité s'entend, de ce fait, de l'adéquation à l'objectif. Cet objectif peut être la facilitation de la recherche de la vérité à travers la mise à disposition de la police de la personne impliquée. Il peut également consister dans la prévention des risques de complications de l'enquête dues à la fuite du suspect, à la pression sur les témoins, à la destruction volontaires et à la dissimulation des indices par ses soins. Dans tous les cas, « la force publique doit se doser exactement en fonction de la résistance qu'elle trouve à briser⁷⁵¹ ».

643. Cette définition de la nécessité de la garde à vue à travers son objectif pose la question de la justesse du déclenchement de la garde à vue à l'encontre des personnes qui se présentent spontanément devant l'officier de police judiciaire. La garde à vue reste légale, la loi ne fait aucune distinction entre les personnes arrêtées et les comparutions spontanées. Toutefois, est-elle nécessaire en ce que la spontanéité écarte l'hypothèse de la fuite ? Elle peut l'être parce que la prévention de la fuite est un motif de la privation de liberté sans en constituer le seul motif exclusif. La privation de la liberté peut également avoir pour motifs la prévention de la destruction des indices, de la subornation des témoins ou même la préservation ou le rétablissement de l'ordre public par le retrait temporaire de la personne impliquée de la société.

⁷⁵⁰ G. Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013/1, N° 1, p. 51-71, p. 52.

⁷⁵¹ C. Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 81.

644. Le régime légal du déclenchement de la garde à vue est critiquable en deux points : le défaut de l'obligation de motiver et l'absence de la condition personnelle. Tout d'abord, bien que la loi pose la condition de nécessité, elle n'impose pas à l'officier de police judiciaire de motiver cette nécessité. Il n'est aucunement tenu de fournir le raisonnement qui le conduit à opter pour le placement ou à l'écartier. Cet état de la législation favorise l'arbitraire et la discrimination. La motivation aurait permis à l'officier de police judiciaire de s'affranchir de ses propres pulsions. En s'obligeant à fournir une motivation, le décideur s'explique sa propre décision. Elle aurait également permis au gardé à vue d'apprécier la contrainte qui lui est imposée et à l'organe de contrôle de se prononcer sur le bien-fondé de cette nécessité de la garde à vue.

645. Ensuite, la loi malgache ne mentionne pas la qualité de la personne comme une condition de déclenchement de la garde à vue. L'article 136 du CPPM dispose qu'« un officier de police judiciaire ne peut retenir une personne à sa disposition (...) pendant plus de quarante-huit heures ». De ce fait, la loi permet la rétention non seulement du suspect mais également de toute personne comme les témoins. Cet article régularise la privation de liberté affectant tout individu, indépendamment de son statut dans l'affaire en question. Un individu, ayant un statut de témoin, peut faire l'objet de garde à vue avant de basculer vers le statut du mis en examen dans la phase judiciaire. Cette pratique, courante, permet un contournement des droits de la défense, en privant du statut de suspect. « C'est au moment de la garde à vue que la présomption d'innocence risque d'être le plus malmenée, avec des conséquences catastrophiques⁷⁵² ».

646. Deuxièmement, la garde à vue est désormais limitée à quarante-huit heures prorogables une fois sur une autorisation écrite du magistrat du ministère public pour le même délai. Ce délai de quatre-vingt-seize heures est prolongé d'un délai de route d'un jour par 25 kilomètres si l'arrestation est opérée hors du lieu de la résidence habituelle de l'officier de police judiciaire. Le délai maximal, délai de route compris, ne peut excéder douze jours.

647. Contrairement au délai de la détention provisoire qui s'impute sur celui de la peine prononcée, le délai de la garde à vue ne l'est pas sur la peine en cas de condamnation. Cette règle préjudicie les droits du mis en examen car bien que la rétention policière ne s'effectue pas dans un centre pénitentiaire, elle n'en est pas moins une privation totale de liberté. La durée, relativement courte, n'enlève en rien le caractère contraignant de la mesure. D'ailleurs,

⁷⁵² Portelli, 2006, *op.cit.*, p. 22.

l'appréciation de cette durée est relative. Elle est courte par rapport à une peine de grand correctionnel ou criminelle, mais elle est excessivement longue par rapport à une peine contraventionnelle ou correctionnelle simple qu'elle peut dépasser. Tel est le cas pour une peine contraventionnelle de dix jours d'emprisonnement ou une peine correctionnelle de six jours d'emprisonnement, notamment pour l'infraction de violences et voies de fait.

648. Troisièmement, l'examen médical n'intervient que sur la demande du gardé à vue, de son conseil, de sa famille ou de l'officier de police judiciaire. Il est mis en œuvre par le magistrat du ministère public qui désigne un médecin pour y procéder. Dans la pratique, l'examen médical n'est demandé par l'officier de police judiciaire que pour les suspects qui pourront être mineurs afin de déterminer leur âge. L'examen médical du suspect est rare.

649. Quatrièmement, le régime légal malgache de la garde à vue prévoit l'obligation de l'officier de police judiciaire de consigner sur un procès-verbal les informations relatives à cette mesure prise. L'audition de la personne gardée à vue, les horaires du début et de la fin de la rétention, l'itinéraire parcouru, la prolongation éventuelle, la modalité de fin de la garde à vue y sont consignés. Ce procès-verbal est transmis au magistrat du ministère public dans le dossier d'enquête préliminaire. Il s'agit, de ce fait, de l'obligation de rendre compte à l'issue de la rétention.

650. Cette obligation de consignation se rapproche de l'obligation posée dans le droit français d'informer le ministère public. Si le régime malgache a été copié du régime français lors de la rédaction du premier CPPM du 1962, les évolutions de part et d'autre ont créé des écarts. De ce fait, dans le droit français, cette obligation de consignation devient désormais une obligation d'informer le ministère public. Tandis que l'obligation posée par la législation malgache est une obligation de rendre compte à l'issue de la mesure, l'obligation posée par le droit français est une obligation d'informer en début, ou au plus tard, en cours de la mesure afin de permettre un contrôle de la garde à vue en cours d'exécution.

651. Le droit français prévoit aujourd'hui l'obligation d'informer le suspect de ses droits pendant la garde à vue, notamment le droit à l'assistance d'un conseil. Le droit malgache prévoit ce droit à l'information sur la faculté de se faire assister par un conseil avant l'interrogatoire de l'inculpé et non avant la garde à vue (article 53). D'ailleurs, les droits de la défense au niveau policier, dans le droit malgache, sont relatifs à l'enquête préliminaire en général mais pas à la garde à vue en particulier. De ce fait, le droit de se faire assister par un conseil appartient également à la partie civile (article 62 et suivants). Le défaut de mention de

l'information de ce droit dans le procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition est sanctionné de nullité dudit procès-verbal.

652. En considération de tout ce qui précède, le régime malgache de la garde à vue est malléable. La nature pré-judiciaire de l'enquête préliminaire se répercute sur la garde à vue. « À un stade où l'action publique n'est pas mise en mouvement, (...) le déroulement du processus pénal est naturellement empreint d'unilatéralisme, la promotion des droits du suspect et les possibilités de contestation étant, pour l'essentiel, remises à un stade procédural ultérieur⁷⁵³ ». La garde à vue est déclenchée sans une obligation de motiver la nécessité qui est à son origine. Elle atteint d'autres personnes que le suspect. Elle peut durer jusqu'à douze jours. L'examen médical du suspect n'est pas obligatoire. L'information du ministère public n'intervient qu'en fin de la mesure, sauf prorogation qui ne peut avoir lieu que sur son autorisation. La garde à vue, de ce fait, est une étape de grande insécurité dans la procédure.

653. Pour réduire cette insécurité, il faut un contrôle et un organe habilité pour ce faire. Le CPPM prévoit que le magistrat du ministère public, en tant qu'officier supérieur de la police judiciaire, dirige et supervise toutes les opérations de cette dernière. Ce contrôle reste du ressort du ministère public qui est directeur de l'enquête judiciaire même si le placement est en exécution d'une commission rogatoire, donc d'une décision de juge d'instruction.

654. Ce contrôle, toutefois, reste minime. Tout d'abord, la loi ne permet pas au magistrat du ministère public d'y procéder de manière effective. Elle ne consacre pas l'obligation pour l'officier de police judiciaire de motiver le recours à la garde à vue, ce qui aurait permis de déceler un éventuel arbitraire dans l'initiative de contraindre. Ensuite, l'obligation de consignation sur un procès-verbal, qui est en réalité une obligation de rendre compte, ne permet qu'un contrôle *a posteriori* des modalités d'exercice de la garde à vue. Enfin, la loi ne prévoit pas l'obligation de contreseing dans l'établissement du procès-verbal de garde à vue. Autrement dit, le gardé à vue ne connaît pas le contenu du compte rendu de la mesure prise à son encontre et ne peut, de ce fait, discuter de la véracité des informations transmises. Par ailleurs, aucun recours contre le placement en garde à vue n'est prévu par la loi.

655. Le contrôle de la garde à vue qui a affectivement lieu n'est pas un contrôle systématique ou régulier mais plutôt un contrôle inopiné. La loi ne précise pas les modalités d'exercice de ce contrôle. Il est effectué sur initiative du magistrat du ministère public. Dans la pratique, il

⁷⁵³ A. Gogorza, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017/2, N° 2, p. 247-260, p. 248.

prend la forme de visite d'unité de police judiciaire. Dans ce cas, le contrôle porte surtout sur les modalités d'exécution de la garde à vue. Le contrôle peut également se faire par téléphone avec la pratique du traitement en temps réel (TTR). L'aspect pratique de ce contrôle est, par ailleurs, fortement affecté par la courtoisie entre les membres de la police judiciaire qu'ils entretiennent pour faciliter et accélérer l'exécution de leur mission. Cette courtoisie entretient, entre autres, « l'impossibilité (...) d'exercer un contrôle pleinement effectif et efficace sur les mesures de garde à vue⁷⁵⁴ ». « L'état de fait est compréhensible, mais peu favorable au suspect⁷⁵⁵ ».

656. La sanction du contrôle peut être de deux natures : une fin de la garde à vue décidée par le ministère public ou une responsabilité pénale en raison d'une détention illégale. L'incrimination est prévue par l'article 119 du Code pénal. Les causes d'illégalités tiennent de l'inobservation du motif (la nécessité), de l'inobservation des délais et du défaut de consignation des informations sur un procès-verbal. Pour l'inobservation du délai, la responsabilité peut être engagée qu'il s'agisse d'un manquement volontaire ou résultant d'une simple négligence, selon l'article 614 du CPPM. Le manquement à l'obligation de procéder à l'examen médical n'est pas constitutive de l'illégalité incriminée par l'article 119 du Code pénal. En effet, la détention est le fait de l'officier de police judiciaire et l'illégalité doit lui être imputable pour que l'infraction soit constituée. Or, le droit à un examen médical est opposable au magistrat et non à l'officier de police judiciaire qui peut d'ailleurs en être demandeur pour le gardé à vue.

Paragraphe 2. La mesure alternative : la liberté sous contrôle judiciaire

657. La loi N°2016-017 du 22 août 2016 portant modification du CPPM instaure une nouvelle forme de contrainte procédurale avec une mesure intermédiaire entre la liberté et la détention provisoire : la liberté sous contrôle judiciaire. Le placement sous contrôle judiciaire est désormais la troisième option disponible dans la palette de mesures à la disposition du magistrat saisi du dossier. Il est régi par les articles 333 et suivants du CPPM.

658. Le contrôle judiciaire est la solution de compromis entre la nécessité de maintenir le mis en examen à la disposition de la justice, ou la nécessité de prévenir le renouvellement des agissements présumés répréhensibles et l'exceptionnalité de la détention provisoire. Mesure

⁷⁵⁴ Delage, 2006, *op.cit.*, p. 146.

⁷⁵⁵ Delage, 2006, *op.cit.*, p. 145.

restrictive de liberté, le contrôle judiciaire peut consister, sans que la liste soit exhaustive, dans la limitation de la liberté de circulation dans certaines zones géographiques, la limitation de la liberté d'aller et venir par le retrait de passeport, la limitation de la liberté d'entreprendre par l'interdiction d'exercer certaines activités. À part ces obligations de ne pas faire, le contrôle judiciaire peut également instituer des obligations de faire comme l'information faite aux autorités policières ou judiciaires en cas de déplacement au-delà de certaines zones prédéterminées, l'obligation de se présenter périodiquement aux autorités policières ou administratives ou l'obligation de se soumettre à des contrôles administratifs ou des sessions d'enseignements ou toute mesure estimée par le magistrat saisi comme nécessaire.

659. Certaines remarques doivent être soulevées. Premièrement, les deux dernières lois modificatives du CPPM vont progressivement dans le sens de la restriction du pouvoir du juge unique dans les mesures attentatoires aux libertés individuelles. L'institution de la CDP confie ces questions à une collégialité, qui garantit dès lors la confrontation d'idées et de raisonnements entre plusieurs magistrats. Avant la loi de 2016, le magistrat saisi statue une seule fois sur les libertés individuelles, lors de la première comparution du mis en examen devant lui. Toute question ultérieure sur cette matière sera de la compétence de la CDP. Organe collégial, cette dernière réduit le risque de l'arbitraire. Elle matérialise également le cloisonnement des fonctions.

660. Contrairement à cette tendance, la loi de 2016 remet le magistrat unique au centre du régime du contrôle judiciaire. Il décide du recours à la mesure. Il détermine les obligations restrictives de libertés, il en élargit ou en réduit la teneur. Le magistrat du ministère public ou le juge d'instruction en charge du dossier, qui a décerné un titre de détention à l'encontre d'un mis en examen, peut décider de le mettre sous contrôle judiciaire après un jugement de mise en liberté provisoire rendue par la CDP. Cette décision restrictive de liberté peut intervenir sans qu'il justifie la découverte de faits nouveaux après que la formation collégiale a décidée en faveur d'une totale liberté.

661. Plus loin encore, en cas de violation des mesures de contrôle judiciaire, il peut décerner un titre de détention provisoire. Il est redevenu possible pour un juge, avec l'entrée en vigueur des dispositions sur le contrôle judiciaire, de statuer plusieurs fois sur la liberté du mis en examen, passant outre la décision de la CDP. Le revirement de la loi s'opère, de ce fait, sur deux acquis majeurs. Tout d'abord, le principe de la collégialité consacré avec l'institution de la CDP en ce qui concerne la question des contraintes procédurales dans la phase judiciaire est

écarté. Ensuite, le magistrat saisi du dossier regagne en pouvoir discrétionnaire. Les réformes de 1997 et de 2007 ont restreint son pouvoir d'appréciation d'opportunité des mesures contraignantes à l'examen initial uniquement. Les modifications législatives de 2016 reviennent sur cette avancée. Le magistrat saisi peu, à nouveau, statuer plusieurs fois sur les mesures contraignantes.

662. Deuxièmement, toute mesure de contrainte procédurale doit être limitée dans le temps en raison de la présomption d'innocence. Alors que la garde à vue et la détention préventive, privatives de liberté, sont désormais strictement limités dans le temps, le contrôle judiciaire ne fait l'objet d'aucun encadrement dans ce sens. Il est totalement laissé à la libre appréciation du magistrat en charge du dossier quant à sa durée.

663. Troisièmement, les recours contre le placement sous contrôle judiciaire sont discutables. En matière de détention préventive, le mis en examen dispose de l'opposition et de la demande de mise en liberté provisoire afin de permettre les débats sur la légalité et l'opportunité de la contrainte exercée à son encontre. Le placement sous contrôle judiciaire par le magistrat du ministère public ne peut faire l'objet de recours. Contrairement à cela, pour l'inculpé placé sous contrôle judiciaire par le juge d'instruction, la mainlevée de cette mesure peut être demandée également bien par l'inculpé que par le ministère public. Cette lacune législative rompt une égalité qui est de droit entre les mis en examen. Elle rompt également l'égalité entre les parties. En effet, la loi prévoit le recours contre le placement sous contrôle judiciaire pour la partie civile et le ministère public qui peuvent demander, par voie d'opposition, que le mis en examen soit placé sous le régime de la détention préventive au lieu du contrôle judiciaire.

664. Quatrièmement, le contrôle judiciaire, contrainte avant le prononcé de la culpabilité, doit se limiter à des mesures conservatoires en vue de faciliter la recherche de la vérité. Il doit être cantonné à des obligations négatives. Or, le CPPM prévoit des obligations de faire comme assister à des séances d'enseignement. Le législateur fait une confusion entre des mesures alternatives à la détention provisoire, restrictives de liberté, et des mesures alternatives à la détention de punition, des sanctions, des obligations positives. Institué pour contourner l'application d'une sanction au mis en examen avant le prononcé de la culpabilité, le contrôle judiciaire manque à son objectif en contournant seulement l'incarcération mais en faisant subir d'autres sanctions.

CONCLUSION DU CHAPITRE

665. Les atteintes provisoires à la liberté sont caractéristiques de la procédure pénale. Contre nature, elles contraignent le mis en examen avant le prononcé de la culpabilité. Dans ce sens, elles doivent rester exceptionnelles, surtout depuis l'avènement des notions de droits de l'Homme qui consacrent le principe des libertés et de la présomption d'innocence. Dans ce sens, la détention provisoire devient une mesure strictement encadrée à Madagascar. Elle obéit à des conditions de motifs et des restrictions de délai. Malheureusement, cette évolution est asymétrique parce que les autres privations provisoires de liberté, la garde à vue et le contrôle judiciaire, ne reçoivent pas la même attention du législateur. Elles restent des domaines où les abus peuvent être perpétrés sans que les sanctions soient certaines.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

666. Depuis les années 1990, la Justice pénale empreinte de l'héritage colonial s'en détache. Les exigences des droits de l'Homme la remodelent. Cette évolution n'est ni linéaire ni complète, mais elle est conséquente sur certaines composantes de la Justice pénale.

667. La magistrature, embrigadée pendant la colonisation, se construit une indépendance. Bien que cette dernière soit stratifiée en considération de la fonction exercée par le magistrat, elle est aujourd'hui confortée de solides garanties. L'impartialité de la magistrature, également, est consacrée et se précise dans la législation. Mais contrairement à l'indépendance, les garanties d'impartialité qui protègent le justiciable des dérives d'une indépendance non contenue restent perméables.

668. L'évolution du statut de la magistrature s'accompagne d'une amélioration de la procédure pénale. La loi consacre le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la limitation des contraintes procédurales. Désormais, le justiciable est en droit d'exiger des acteurs étatiques, dont les officiers de police judiciaire et les magistrats, une certaine manière de traiter leurs affaires. Toutefois, considérable sur certains aspects tels la limitation du délai maximal de traitement judiciaire ou la notion de la détention préventive, cette évolution reste muette sur d'autres aspects de la procédure comme la question du délai minimal de traitement ou bien la garde à vue. Le contrôle judiciaire, nouvelle mesure alternative à la détention provisoire, instituée en 2016, est paradoxale par rapport aux exigences des droits de l'Homme.

669. De ce fait, la justice pénale n'est pas encore à même de satisfaire la demande de justice de la population. Ces réformes ne répondent pas à l'attente principale des justiciables : rendre justice. En effet, elle ne concerne pas les deux conditions essentielles de la satisfaction de cette fonction de rendre justice : l'accès à la justice (en amont de la procédure) et l'exécution des décisions judiciaires (en aval de la procédure). Cet état de fait débouche sur une contestation de la justice pénale étatique qui en devient concurrencée.

PARTIE III – LES POUVOIRS RÉPRESSIFS FRAGILISÉS

*« La loi chuchote plus souvent
qu'elle ne dicte ». J. Carbonnier*

670. Les grandes lignes de la répartition des pouvoirs répressifs entre les différents acteurs publics et privés, adoptées depuis les années quatre-vingt-dix, sont maintenues jusqu'à ce jour. L'existence des tribunaux ne garantit pas le pouvoir de faire rendre justice. Elles se résument en deux points : la montée en puissance du magistrat dont l'indépendance se voit protégée par diverses garanties et le gain de pouvoir du justiciable qui devient un acteur de la régulation de l'exercice du pouvoir étatique dans le procès pénal à travers ses droits fondamentaux.

671. L'objet de cette troisième partie est de démontrer que les pouvoirs répressifs, rajustés par l'éviction de l'Exécutif et la reconnaissance des droits de justiciables, sont rendus précaires de diverses manières. Tout d'abord, cette précarité résulte du statisme du pouvoir de se faire rendre justice. Le justiciable, malgré la consécration de son statut d'acteur dans le procès, reste limité dans son pouvoir de se faire rendre justice (titre 1). Cette précarité résulte de l'éclatement du pouvoir du magistrat de juger, accroissant l'insécurité judiciaire du citoyen (titre 2).

TITRE 1. LE STATISME DU POUVOIR DE SE FAIRE RENDRE JUSTICE

« Ici, l'avocat, avec ses simples mots, et le magistrat, en s'appuyant sur le droit, possèdent un pouvoir extraordinaire : agir sur le destin des hommes⁷⁵⁶ ».

672. Le PIDCP énonce que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal (...) ». Ce droit est également énoncé par la CADHP dans son article 7. « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend le droit de saisir les juridictions (...) ».

673. Le droit au procès équitable ne peut être réalisé sans la satisfaction du droit au recours, appelé également le droit au procès. Ce droit découle de la consécration du droit à la réparation du préjudice subi qui requiert qu'un tiers apprécie le bienfondé de la réclamation et procède à la fixation de la réparation. « La Commission [africaine des droits de l'homme et des peuples] a conclu de manière constante à l'existence du droit au recours aux termes de la Charte. Cette jurisprudence se fonde en particulier sur le principe de droit naturel selon lequel il n'y a pas de droit, encore moins de violation, sans recours⁷⁵⁷ ». Le droit au recours, droit complexe, est constitué de plusieurs composantes. Il est un pouvoir de l'individu, une créance sur l'État, celle de se faire rendre justice.

674. Le droit au recours a été constitutionnalisé dans le droit interne malgache. L'article 13 alinéa 5 de la Constitution actuelle, votée le 11 décembre 2010, reprend fidèlement un alinéa de celle de 1992 : « La loi assure à tous le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle ». Le deuxième alinéa de l'article premier du CPPM établit la faculté dévolue à toute personne de porter plainte devant les juridictions pénales. Dans ce sens, Quarante-et-deux tribunaux de première instance sont répartis dans les ressorts des six

⁷⁵⁶ M. Aron, *Les grandes plaidoiries des ténors du barreau*, Paris, Pocket, 2010, p. 14.

⁷⁵⁷ Commission africaine, *Affaire Mouvement du 17 mai contre la République Démocratique du Congo (RDC)*, *Communication N° 346/07*, §70.

cours d'appel, localisées dans les chefs-lieux des six provinces. La Cour de cassation, juge de droit, se place au-dessus des cours d'appel et siège dans la capitale.

675. L'objet de ce titre est de démontrer qu'à Madagascar, le pouvoir de se faire rendre justice n'évolue pas avec les autres composantes du droit au procès équitable. Cette situation handicape la réalisation du droit au procès équitable. En effet, l'accès au juge (chapitre 1) et l'exécution des jugements (chapitre 2), composantes de ce pouvoir, font que la justice soit rendue et que la paix sociale soit rétablie. Les défis actuels de la justice pénale malgache, notamment la question de sa légitimité, s'expliquent en partie par cette défaillance du pouvoir de se faire rendre justice. L'analyse qui suit étaye les aspects de la situation actuelle à Madagascar, ce qui est, et développe les perspectives possibles compte tenu des exigences des droits humains, ce qui devrait.

Chapitre 1. La persistance des limites à l'accès au juge

676. La disponibilité ou l'accessibilité du recours est la garantie du droit de faire juger, et partant, du droit de faire punir. Elle se lit plus facilement comme le droit de la victime, ou de la personne qui s'estime l'être de demander à ce que la personne qui est la cause d'un trouble social soit traduit devant un juge. La disponibilité étant « la possibilité d'activation des recours internes⁷⁵⁸ », elle s'entend de la faculté de mettre une action pénale en mouvement. La disponibilité se distingue de l'existence du recours parce que « les recours peuvent bien exister tant dans les normes que dans la pratique sans pour autant être accessibles à la plaignante⁷⁵⁹ ». L'existence est évaluée en fonction de la promulgation d'une loi (existence normative) et des moyens logistiques et personnels affectés pour mettre en œuvre cette loi (existence pratique). La disponibilité, quant à elle, est appréciée en fonction des moyens dont dispose le citoyen.

677. Ce chapitre démontre les obstacles limitant l'accès au juge. Elle aborde l'accès au juge dans un recours initial (section 1) et l'accès au juge dans le recours successif (section 2). L'intérêt de cette démonstration est qu'elle renseigne sur le préalable de la réalisation de tout le droit au procès équitable, elle explique les failles primaires du système pénal et permet de dessiner les perspectives de redressement.

⁷⁵⁸ Commission africaine, Mbiankeu Geneviève contre Cameroun, *Communication* N°389/10, § 52

Section 1. La réalisation conditionnelle du droit au recours initial

678. Le recours initial est la voie d'activation de la machine judiciaire. La législation malgache institue le droit pour toute personne de demander le déclenchement d'une poursuite. La demande se fait par une plainte (recours initial par voie d'action) ou par une constitution de partie civile dans une procédure en cours (recours initial par voie d'intervention). La plainte peut se faire auprès du ministère public, d'une unité de police judiciaire ou du juge d'instruction.

679. La réalisation du droit au recours initial est paramétrée par des conditions légales (paragraphe 1) et des conditions factuelles (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le régime normatif du droit au recours initial

680. Le droit au recours, qui s'analyse comme le droit de faire juger, appartient à toute personne. « Le recours à la justice pénale intervient souvent à des fins vindicatives. Il permet en effet à la victime d'obtenir une déclaration de culpabilité pénale et une condamnation à une peine qui est mieux en mesure de satisfaire un éventuel besoin de vengeance⁷⁶⁰ ».

681. Le premier objectif est la reconnaissance du statut de victime et de la culpabilité du mis en examen. Le second objectif est d'obtenir la réparation du préjudice. Le droit au recours est différent du droit de se constituer partie civile. Dans ce sens, ce dernier permet de prétendre à une réparation financière. Il n'est recevable que sous réserve de la capacité juridique. L'incapacité découle de la minorité ou des facultés mentales du majeur. L'incapacité juridique d'obtenir une réparation n'empêche pas la plainte. Dans ce cas, la victime participe au procès « pour corroborer l'action publique et établir la culpabilité du prévenu⁷⁶¹ » ou « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité⁷⁶² ». D'ailleurs, l'incapacité empêche l'exercice et non la jouissance du droit à une réparation. La jouissance découle de l'existence du préjudice. Pour jouir de son droit à une réparation, l'incapable est représenté par son tuteur qui agit en son nom

⁷⁶⁰ Rebut, 2009/1, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁶¹ Cour de cassation française, Crim., 8 juin 1971, D. 1971, Jur. 594, note J. Maury.

⁷⁶² Cour de cassation française, Crim., 20 octobre 1966 Bull. crim., n° 235.

et pour son compte. En ce qui concerne les incapables majeurs, la constitution de partie civile peut également être introduite par le tuteur.

682. Le régime juridique du droit au recours s'articule en trois points. Premièrement, le recours est de nature judiciaire, les traités prévoient le droit de se faire entendre par un tribunal. Toutefois, dans la jurisprudence africaine, « la Commission est d'avis que lorsque les lois nationales prévoient l'activation des recours judiciaires par des autorités administratives ou politico-administratives, le refus ou le défaut d'enclencher l'action en justice emporte indisponibilité desdits recours par empêchement de leur saisine⁷⁶³ ». De ce fait, la Commission n'exclut pas l'existence d'un recours judiciaire auprès d'une autorité administrative ou politico-administrative. La nature du recours s'apprécie avec la suite qui en est donnée et non avec la qualité de l'autorité à saisir.

683. Pour Madagascar, il convient de relever le mécanisme palliatif institué par le CPPM : l'officier du ministère public. Il s'agit d'un organe administratif chargé de fonctions judiciaires. Ce rôle est rempli par le chef de district, donc une autorité étatique déconcentrée, dans les districts non pourvus de tribunal de première instance. L'officier du ministère public est une invention coloniale pérennisée et entérinée par le CPPM.

684. L'officier du ministère public procède à l'information sommaire mais la suite qui est donnée, notamment le classement sans suite ou la traduction devant la juridiction de jugement, relève exclusivement de la compétence du magistrat du ministère public. Autrement dit, il n'y a pas délégation de l'opportunité de la poursuite. L'officier du ministère public n'a pas la faculté de refuser d'enclencher l'action publique. Dans ce sens le recours devant l'officier du ministère public est un recours judiciaire au sens de la CADHP.

685. Mais toujours-est-il « qu'un recours introduit devant une instance autre que judiciaire (voire administrative) n'offre notoirement pas les mêmes garanties que celui dont connaît un organe juridictionnel⁷⁶⁴ ». D'ailleurs, l'officier du ministère public ne reste pas un simple organe administratif chargé d'enquête et dépourvu de pouvoir judiciaire. Il peut décerner un titre de détention provisoire, le « billet d'écrou », qui valide jusqu'à trente jours d'incarcération dans un centre pénitentiaire. Le CPPM prévoit, de ce fait, l'activation d'un recours auprès d'une autorité administrative, recours reconnu conforme à la CADHP et l'enfermement dans un centre pénitentiaire sur une décision de cette autorité. Même si le cadre d'exercice reste

⁷⁶³ Commission africaine, Mbiankeu Geneviève contre Cameroun, *Communication* N° 389/10, §67.

⁷⁶⁴ Mertens, 1967, *op.cit.*, p. 459.

indiscutablement une procédure judiciaire, la privation de liberté peut être décidé par une autorité administrative. Or cette autorité n'est pas soumise aux règles statutaires, notamment d'indépendance et d'impartialité, que les magistrats.

686. Deuxièmement, le droit au recours de la victime, ou plus précisément, de toute personne qui s'estime comme telle, est en rapport avec la place du ministère public dans la procédure pénale. En effet, le ministère public est le maître de la poursuite, le seul compétent pour la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique (article 31 et de l'article 147 du CPPM). Il « contrôle la procédure pénale, le processus punitif⁷⁶⁵ » à travers deux décisions : l'opportunité de la poursuite et le choix de la procédure de poursuite.

687. Tout d'abord, le principe de l'opportunité de la poursuite se lit en un véritable « droit d'initiative du parquet⁷⁶⁶ ». Dans l'exercice de son monopole de la poursuite, le ministère public « est le représentant de la société, en charge de défendre les intérêts de celle-ci, qui est seul habilité par la loi à agir même lorsque la victime directe ne l'a pas fait⁷⁶⁷ ».

688. Le principe de l'opportunité de la poursuite garantit le droit à un procès équitable. En effet, « le droit à un tribunal, n'est pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile⁷⁶⁸ ». Une poursuite ne doit être enclenchée qu'en présence d'indices soutenant la commission d'une infraction et appréciés, non pas par la personne qui s'estime lésée, mais par un tiers. Dans ce sens, la plainte ne peut contraindre le ministère public à mettre l'action en mouvement, et ce filtre ne s'analyse pas comme une absence de droit au recours. Le procès constitue un inconfort dont le déclenchement ne peut être confié à une partie. Comme le pouvoir de punir ne peut être du ressort d'une partie, le pouvoir de faire punir ne peut également l'être. L'intervention d'un magistrat, tiers impartial, est nécessaire.

689. Le droit à un tribunal « se prête à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours⁷⁶⁹ ».

690. Le magistrat, saisi par le plaignant, est tenu à l'obligation d'évaluer la plainte ou la dénonciation qui lui est soumise. Il s'agit du « droit à l'examen effectif de sa cause⁷⁷⁰ ». L'évaluation ne peut se porter que sur l'éventualité de l'infraction. Elle exclut l'appréciation

⁷⁶⁵ K. Aissaoui, *La victime d'infraction pénale, de la réparation à la restauration*, Thèse en droit, Jean Moulin (Lyon 3), 2013, p. 44.

⁷⁶⁶ P. Bonfils, « *Partie civile* », Rép. pén., 2011, n° 120 ; art. 80 CPP §I, al.3.

⁷⁶⁷ S. Tadrous, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse en Droit, Montpellier, 2014, p. 327.

⁷⁶⁸ CEDH, Arrêt du 27 février 1980, Deweer contre Belgique, Req. N° 6903/75, §49.

⁷⁶⁹ CEDH, Arrêt du 28 mai 1985, Ashingdane contre Royaume-Uni, série A n° 93, p. 24-25, § 57.

⁷⁷⁰ Y. Strickler, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse en droit, Montpellier, 2009, p. 58.

du préjudice ou du lien de causalité, sauf en ce qui concerne les infractions dites « purement privées ». L'éventualité de l'infraction est la possibilité d'associer les faits à une incrimination associer les faits à une incrimination. Autrement dit, des indices doivent corroborer le bien-fondé de la plainte. Cette phase pré-poursuite obéit déjà aux principes d'indépendance et d'impartialité posés par le droit au procès équitable.

691. Ce droit à l'examen effectif de la plainte encadre le droit d'initiative parquétière. En effet, le risque judiciaire réside, non pas dans le principe d'opportunité de la poursuite, mais dans l'abus de l'exercice de cette opportunité. Le refus abusif de poursuivre est constitutif de déni de justice. Ce risque est d'autant plus avéré puisque, malgré les prescriptions de l'article 99 du CPPM qui requièrent une motivation de la décision de classement sans suite, les motivations apposées se limitent dans des clauses de style « nature civile » ou « sans infraction pénale » sans précision supplémentaire. En outre, la décision de classement sans suite étant considérée comme une décision administrative, elle n'est susceptible d'aucun recours, et donc d'aucun contrôle systématique.

692. Ce monopole du parquet est atténué de deux manières. La première atténuation relève du droit de fond. En considération de la nature strictement privé du préjudice, la plainte est obligatoire pour les infractions de diffamation (article 80 et suivants de la loi sur la communication) et d'adultère (article 336 du Code pénal). Le retrait de la plainte clôture la procédure. Il s'agit d'une restriction du monopole du pouvoir du ministère public et non d'une annihilation. Le ministère public peut refuser de déclencher une poursuite et décider de classer la plainte sans suite. L'introduction de la plainte ne l'oblige pas à entamer une action.

693. La deuxième atténuation est d'ordre procédural. La décision de classement sans suite ne fait pas disparaître le droit de la victime de faire juger la personne qui lui aurait causé préjudice. La victime dispose d'une autre voie pour activer l'action pénale, la plainte avec constitution de la partie civile. Elle est déposée auprès du juge d'instruction. Du point de vue légale, la plainte avec une constitution de partie civile est une exception au droit d'initiative de poursuite du ministère public. En effet, elle doit lui être communiquée pour qu'il apprécie l'opportunité de la poursuite à travers la décision de requérir ou non une information. Toutefois, dans la pratique, il est rare que le ministère public requière le « non-informer ». Auquel cas, le juge d'instruction peut passer outre et procéder à l'information, sous réserve de notification de sa décision au ministère public qui peut interjeter appel.

694. S'agit-il d'un recours contre la décision de classement sans suite du ministère public, d'une voie qui lui est concurrente, ou d'une exception qui l'atteint, sachant que joindre une copie de cette décision avec la nouvelle plainte est obligatoire dans la pratique ? Le CPPM prévoit un délai pour activer les voies de recours contre une décision judiciaire (opposition, appel ou pourvoi en cassation) alors qu'il n'impose aucun délai entre la notification de la décision de classement sans suite et le dépôt de la plainte auprès du juge d'instruction. En plus, une voie de recours a une portée réformatrice, elle confirme ou infirme la décision attaquée. L'office du juge d'instruction, quant à lui et dans ce cas précis, n'est pas un examen de la décision précédente un nouvel examen des faits.

695. Par ailleurs, la plainte avec constitution de partie civile ne peut s'interpréter comme une voie concurrente de la plainte à parquet. Elle n'est recevable que lorsqu'il y a eu une décision de classement sans suite. Elle est, de ce fait, une alternative à l'abandon de la plainte par la victime et non alternative à une plainte à parquet. En plus, contrairement à cette dernière, l'enregistrement de la première est soumis à la consignation d'une caution auprès du juge d'instruction. Elle est payante sous peine d'irrecevabilité.

696. En conséquence, la procédure de la plainte avec constitution de partie civile ne consacre pas davantage le droit de la victime de faire juger une personne. Elle permet seulement d'affirmer que le ministère public ne dispose pas du monopole absolu du déclenchement de la poursuite pénale. Dans cette procédure, le pouvoir de faire juger, matérialisé dans l'initiative de poursuite, bascule vers le juge d'instruction. De ce fait, la personne qui revendique la qualité de victime ne possède pas davantage le pouvoir de faire juger.

697. Troisièmement, le droit de se faire rendre justice est encadrée dans le temps. Elle disparaît lors de l'extinction de l'action publique. Les causes d'extinction de l'action sont objectives (la prescription, l'amnistie et l'abrogation de la loi pénale) ou subjectives (le décès). Les causes d'extinction objectives se rattachent à l'incrimination. Elles profitent à tous les participants à l'infraction. La cause subjective, quant à elle, se rattache à la personne du mis en examen. Elle ne génère une conséquence qu'à l'égard du participant pour lequel elle est établie.

698. La prescription limite le délai pendant lequel il est possible de poursuivre les participants à la commission d'une infraction. Elle a un double fondement. Tout d'abord, on accorde à la société un temps suffisamment long pour qu'elle puisse punir son membre récalcitrant. Au-delà de ce délai, le défaut de diligence est sanctionné, la période d'inconfort continu due à la menace de la poursuite est déjà une punition pour le récalcitrant. Parallèlement,

il est plus bénéfique pour la tranquillité sociale d'oublier l'infraction que d'en raviver les souvenirs avec un procès, une fois ce délai passé.

699. La prescription est d'ordre public. Le magistrat doit la soulever d'office. Les parties ne peuvent renoncer à en bénéficier. Elle peut être soulevée à tout moment de la procédure. Avant le déclenchement de l'action publique, la constatation de la prescription par le magistrat du ministère public entraîne une décision de classement sans suite. En cours de la procédure, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu pour cause de prescription. La juridiction de jugement doit également constater la prescription dans le jugement ou dans l'arrêt et déclarer, en conséquence, l'extinction de l'action publique.

700. Le délai de prescription de l'action publique est en fonction de la gravité de la qualification retenue. Il est de dix ans en matière criminelle, de trois ans en matière délictuelle et d'un an en matière de contravention. En principe, ce délai commence à courir à la date de la commission de l'infraction. Toutefois, le début de la prescription est différé pour préserver le droit des victimes vulnérables. Dans ce sens, la prescription commence à courir à l'égard des victimes mineures d'infraction contre les mœurs à partir de leur majorité. Elle peut également être différée en raison de la nature de l'infraction. En l'occurrence, pour toutes les infractions de corruption assimilées, la prescription commence à courir à la date de la découverte des agissements répréhensibles et non à la date de la commission. Parallèlement, certaines infractions sont soumises à des délais spéciaux de prescription. Les infractions forestières peuvent être poursuivies pendant un délai d'un an à compter de la constatation lorsque le prévenu est nommément désigné dans le procès-verbal de constatation. Le cas échéant, le délai de la prescription est de dix-huit mois. Par ailleurs, les délits de presse se prescrivent par six mois à compter de la commission.

701. L'amnistie, quant à elle, est une mesure législative profitant aux personnes déjà condamnées et peut être étendue, toujours par voie législative, aux poursuites en cours. Comme la prescription, l'amnistie est objective. Son bénéfice est accordé à tous les mis en examen d'une même incrimination. L'amnistie et l'abrogation de la loi pénale sont relatives à l'incrimination. L'amnistie profite aux infractions commises mais préserve le caractère infractionnel des agissements à venir. L'abrogation de la loi pénale entraîne la disparition de l'incrimination. Dans ce cas, aucune condamnation ne peut plus être prononcée sur la base de cette incrimination abrogée.

702. L'action publique peut également être éteinte par le décès du participant à l'infraction. Cette cause d'extinction est subjective, elle se rattache à l'agent et non à l'infraction. De ce fait, contrairement à la prescription qui entraîne l'extinction de l'action publique au bénéfice de tous les participant, l'effet du décès est limité à l'individu décédé. Avant la poursuite, le décès entraîne le classement sans suite. Après le déclenchement de la poursuite, il entraîne l'arrêt immédiat de la procédure en ce qui concerne l'individu concerné. Cette extinction est entérinée par une ordonnance, un jugement, ou un arrêt, en fonction de l'organe judiciaire devant lequel la procédure est en cours.

Paragraphe 2. L'accessibilité limitée au tribunal

703. La disponibilité d'un recours judiciaire est conditionnée par plusieurs facteurs dont la répartition géographique des tribunaux, le niveau d'instruction du justiciable et par les ressources financières. « Les personnes vivant dans la pauvreté doivent faire face à d'énormes difficultés sur les plans géographique, économique, culturel et social lorsqu'elles essaient d'accéder à leurs droits⁷⁷¹ », dont le droit de se faire rendre justice.

704. Premièrement, la réalisation du droit au recours initial est conditionnée par la répartition géographique des tribunaux. En soixante ans d'histoire postcoloniale, la justice malgache a renforcé la couverture judiciaire à l'étendue du territoire. Désormais, les tribunaux de section de la Première République, palliatifs à l'absence des juridictions, sont devenus des tribunaux de première instance. Alors que les tribunaux de section comprenaient un seul magistrat, les tribunaux de première instance sont dotés de magistrat de siège et de magistrat du ministère public.

705. Cependant, deux remarques s'imposent. Tout d'abord, dans ces tribunaux de première instance récemment créés, l'effectif des magistrats reste insuffisant. « Beaucoup de ces tribunaux qui se trouvent dans des zones enclavées, excentrées peinent à fonctionner normalement et souffrent du manque de personnel judiciaire et auxiliaire de justice⁷⁷² ». Ils sont constitués de trois ou quatre magistrats. L'insuffisance numérique impacte la qualité de la procédure pénale. En effet, la création de la chambre de détention préventive et la consécration de l'interdiction du dédoublement des fonctions impliquent qu'un tribunal doit comprendre au

⁷⁷¹ Conseil des droits de l'homme, Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et des droits de l'homme, résolution N°21/11 adoptée en Septembre 2012, §4.

⁷⁷² Esoavelomandroso, 2021, *op.cit.*, p.184

moins cinq magistrats de sièges. Un juge d'instruction ne peut connaître l'affaire dont il est ou a été en charge ni dans la chambre de détention préventive ni comme membre de la juridiction de jugement. Par conséquent, une affaire traitée en instruction préparatoire nécessite l'intervention d'au moins six magistrats : un magistrat du ministère public, un magistrat instructeur, trois magistrats membres de la chambre de détention préventive et un magistrat comme juridiction de jugement. Cette exigence n'est pas respectée dans plusieurs tribunaux actuellement.

706. Ensuite, plusieurs tribunaux sont géographiquement inaccessibles. Il s'agit de l'éloignement dû à la distance géographique et à l'inexistence des moyens de transport et des infrastructures de désenclavement. Le Comité des droits de l'homme (CDH), en 2017, déplore « la faible couverture judiciaire sur le territoire⁷⁷³ ». Une frange de la population doit encore faire un long trajet à pied pour atteindre les bureaux des unités de police judiciaire où ils peuvent déposer plainte, plus loin encore pour rejoindre les tribunaux. Pour réduire cet éloignement, les tribunaux ont organisé des audiences correctionnelles et de simple police en déplacement appelés « audiences foraines ». Les audiences foraines ne sont tenues plus en raison des restrictions budgétaires depuis plusieurs années. En plus, leur portée reste limitée par les types d'affaire.

707. Deuxièmement, le niveau d'instruction du justiciable empêche son plein accès au tribunal. « Si l'accessibilité physique est assurée par la publicité des normes, l'accessibilité intellectuelle l'est par leur intelligibilité qui suppose que la règle écrite, telle qu'interprétée par les autorités judiciaires, soit claire et précise⁷⁷⁴ ». Cette accessibilité intellectuelle du recours judiciaire demeure un obstacle majeur à Madagascar. Or, la Haute Cour Constitutionnelle malgache précise que « l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité (...) constitue un objectif de valeur constitutionnelle, (qu'un) État de droit (...) ne peut supporter des lois ambiguës et obscures⁷⁷⁵ ». De même, l'application des lois ne peut souffrir de telles imperfections.

708. Le dépôt de plainte semble basique dans l'entendement commun, mais elle l'est moins dans un pays où le taux d'alphabétisation reste bas. Un grand nombre de justiciables ne peut lire ni la convocation, ni le rôle d'audience. Désormais, la langue de convocation est le malgache mais cet effort ne résout pas le problème d'alphabétisation. Le faible niveau

⁷⁷³ Comité des droits de l'Homme, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de Madagascar, 2017, § 45.

⁷⁷⁴ Beauvais, 2007, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁷⁵ Haute Cour Constitutionnelle malgache, Décision N°22 du 1^{er} avril 2015

d'instruction du justiciable aggrave leur vulnérabilité. Le CPPM n'est pas intégralement traduit en malgache. Les justiciables ne sont pas à l'abri d'escroquerie durant leurs procès. Ce phénomène est fréquent dans les juridictions. Les justiciables se font arnaquer par des personnes se faisant passer pour des avocats. Ces personnes leur soustraient de l'argent en leur promettant que cet argent va servir à résoudre leurs affaires.

709. Le niveau d'instruction devient de plus en plus problématique en considération de l'impossibilité financière pour le justiciable d'engager un conseil. En principe, « le bénéfice des moyens d'investigation exercés par les autorités judiciaires s'accompagne de celui de leur gratuité⁷⁷⁶ ». Cependant, bien que le dépôt de la plainte soit exonéré de tout frais, l'action publique n'est pas gratuite pour la victime. En l'occurrence, le transport des témoins vers les juridictions, les frais d'expertise à l'appui des plaintes sont à la charge des parties. La paupérisation, génère la généralisation des violations des droits humains, notamment du droit au recours. D'ailleurs la notion, à priori économique, peut être défini dans son rapport avec les droits humains en ce qu'il s'agit d'une « condition dans laquelle se trouve un être humain qui [est] privé de manière durable ou chronique des ressources, des moyens, des choix, de la sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir d'un niveau de vie suffisant et d'autres droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux », selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans sa Déclaration E/C.12/2001/10 de 2001 (paragraphe 8). Plus loin encore, pour Madagascar, il convient de parler d'extrême pauvreté, « un phénomène englobant la pauvreté monétaire, la pauvreté du développement humain et l'exclusion sociale » selon le CDH dans sa Déclaration A/HRC/7/15 de 2015, paragraphe 13. L'extrême pauvreté est caractérisée par « de multiples violations en chaîne des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels⁷⁷⁷ ».

710. Dans ce sens, De Gaudusson avance un constat critique de la justice en Afrique dans les années quatre-vingt-dix qui demeure malheureusement d'actualité pour Madagascar. Elle « serait à la fois un service public sans services, en raison de l'indigence de ses moyens, une justice sans juges, en raison de la façon dont ils exercent leur office, des tribunaux sans justiciables, ceux-ci s'abstenant de saisir des juridictions d'accès difficile, dont ils se méfient ou ignorent l'existence⁷⁷⁸ ».

⁷⁷⁶ Rebut, 2009/1, *op.cit.*, p. 52.

⁷⁷⁷ Conseil des droits de l'Homme, Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et des droits de l'Homme, résolution N°21/11 adoptée en Septembre 2012, § 3.

⁷⁷⁸ J. B. De Gaudusson, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, N°250, 2014/2, p.13-28, p. 14.

Section 2. La réalisation conditionnelle du recours successif

711. « La justice est rendue par les hommes ; aucun n'est infaillible⁷⁷⁹ ». Le principe du double degré de juridiction remédie à cette insécurité en consacrant le droit à un recours successif. Il garantit la qualité de la justice⁷⁸⁰. « (...) La Commission [africaine] considère le droit de faire appel d'une décision de justice comme une composante du droit à un procès équitable⁷⁸¹ ». Ce droit est inclus dans celui d'être entendu devant une juridiction. « Même si le principe de double degré de juridiction n'a pas acquis un caractère obligatoire en droit international, il n'en demeure pas moins qu'il participe au droit d'être entendu équitablement⁷⁸² ».

712. La réalisation du droit au recours successif est paramétrée par des conditions légales (paragraphe 1) et des conditions factuelles (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le régime normatif du droit au recours successif

713. « Le système des deux degrés de juridiction ait été érigé en droit fondamental garanti au prévenu⁷⁸³ ». Le recours successif garantit le procès équitable, il réduit le risque de partialité de la décision judiciaire. « Dans la marge de liberté qui lui est donnée par les lois (...), le juge décide souverainement ou presque. Rarement, il a à justifier sa sentence, et tout ce qu'il risque, c'est de la voir modifier si une voie de recours est encore possible⁷⁸⁴ ».

714. Au niveau structurel, l'organisation judiciaire malgache inclut la Cour d'appel et la Cour de cassation. Les voies de recours successifs se répartissent en recours ordinaires et en recours extraordinaires. Les recours ordinaires sont l'opposition et l'appel. L'opposition est une voie de rétractation par la juridiction ayant statué, autrement composée. L'appel est une voie de réformation par la juridiction supérieure. La rétractation, comme la réformation,

⁷⁷⁹ Canivet et Joly-Hurard, 2006, *op. cit.*, p. 1050.

⁷⁸⁰ Voir notamment Commission africaine, Affaire N°243/01 Women's legal aid center (pour le compte de Moto) contre Tanzanie, § 47 ; Affaire International Pen et autres (pour le compte de Saro-Wiwa) contre Nigeria, *Communications* N°137/94, 139/94, 156/97, 161/97, §§88-93.

⁷⁸¹ Commission africaine, Affaire Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques contre RDC, *Communication* N° 259/02 §76.

⁷⁸² Commission africaine, Affaire Groupe de travail sur les dossiers judiciaire stratégique contre RDC, *Communication* N°259/02, § 75.

⁷⁸³ Voir notamment J. Van Halewijn, « Droit de défense en matière répressive et conventions internationales », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1962-1963, p. 539.

⁷⁸⁴ G. Kellens, « La détermination de la sentence pénale : de la lunette au microscope », *Déviance et société*, Vol. 2, N°1, 1978, p. 77-95, p. 79.

consistent en la possibilité de réexaminer et de statuer à nouveau. La différence terminologique procède du niveau de l'organe nouvellement saisi. La rétractation sous-entend un organe de même niveau tandis que la réformation se réfère à une juridiction de rang supérieur. Les recours extraordinaires sont la cassation et la révision. La cour de cassation, juge de droit, procède à l'examen de l'application de la loi. La révision, voie de réformation, intervient en cas de découverte de faits nouveaux. Le recours est introduit auprès du greffe de la juridiction ayant rendu la décision attaquée.

715. Tandis que le droit au recours initial est surtout établi pour toute personne qui s'estime victime, le droit au recours successif se réfère au plaignant, au mis en examen, et au ministère public. Il n'est pas uniformément ouvert à ces trois parties. L'ouverture du recours successif est en fonction de l'intérêt. La victime qui forme une opposition ou interjette un appel n'active que le réexamen de l'intérêt civil. Le ministère public n'active que le réexamen de l'action publique. Seul l'appel du mis en examen enclenche les deux composantes de l'action, civile et publique.

716. Le droit de faire appel ne doit pas être entendu comme le droit d'attaquer une décision devant la Cour d'appel. L'appel se définit au sens large, comme le second examen d'une affaire. Le droit de faire appel s'entend, de ce fait, de la prérogative de soumettre une première décision à un organe pouvant procéder à son réexamen. De même, le droit à un double degré de juridiction ne s'entend pas de l'obligation pour l'État d'établir des juridictions de rang inférieur et de rang supérieur mais plutôt de l'obligation de permettre ce second examen pouvant aboutir à une modification de la première décision. « Il doit (...) être admis que, les jugements étant rendus par des hommes interprétant des textes, il ne saurait exister de décision « pure », c'est-à-dire exempte de subjectivité⁷⁸⁵ ». Dès lors, le droit de faire appel et le droit à un double degré de juridiction s'interprètent indifféremment.

717. En conséquence, certaines dispositions appellent des remarques. Primo, la législation semble poser que toute décision n'est pas susceptible d'appel. Le CPPM, dans son article 443 alinéa 1^{er} énonce que « les arrêts des cours criminelles ne sont pas susceptibles d'appel ». De même, la décision de la chambre de décision préventive, statuant sur une opposition, n'est pas susceptible de recours (article 223 bis). En matière contraventionnelle, certains jugements de contraventions de première classe sont rendus en dernier ressort (article 500). Cependant, au regard de la définition du droit de faire appel, la disposition de l'article 443 ne peut s'interpréter

⁷⁸⁵ B. Hurel, « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018/3, N°5, p. 12-25, p. 15.

en une inexistence du droit à l'appel en matière criminelle. En effet, ces arrêts peuvent être attaqués par voie d'opposition (article 443) ou de pourvoi en cassation (article 444), lequel pourvoi peut mener à l'annulation de la décision (article 539). L'article 502 offre la possibilité du pourvoi en cassation pour les jugements rendus en dernier ressort en matière de contravention (article 502). En outre, toute décision de condamnation définitive est susceptible de révision en cas de suspicion d'erreur judiciaire (article 544).

718. Secundo, deux omissions législatives ressortent de la loi de 2016 modifiant le CPPM. D'une part, elle institue l'opposition par le prévenu contre un placement sous mandat de dépôt décidé par le ministère public sans consacrer la voie de recours identique pour la procédure d'instruction préparatoire. D'autre part, elle institue l'opposition par l'inculpé contre un placement sous contrôle judiciaire décidé en instruction préparatoire sans consacrer la même voie pour l'information sommaire. Ces omissions rompent l'égalité des justiciables. Cependant, le préjudice généré par ces inégalités est limité. En effet, l'inculpé placé sous détention provisoire et le prévenu placé sous contrôle judiciaire peuvent demander la reconsidération de la contrainte imposée. L'inculpé détenu provisoirement peut demander la mise en liberté provisoire. Le prévenu placé sous contrôle judiciaire peut solliciter à tout moment la reconsidération des mesures qui lui sont imposées. Bien qu'en théorie, l'opposition serve à reconsidérer les motifs du placement initial, la demande de mise en liberté provisoire serve à l'examen des motifs de continuation de placement sous contrainte procédurale et la chambre de détention provisoire, n'opère pas cette distinction dans la motivation de ses décisions dans la pratique.

Paragraphe 2. L'accessibilité limitée au recours successif

719. La consécration législative n'implique pas forcément l'accessibilité, comme il a été précédemment démontré. L'activation du recours successif s'opère par une déclaration au greffe de la juridiction ou de l'organe judiciaire ayant rendu la décision attaquée. Les débats ont lieu auprès de la juridiction nouvellement saisie. La difficulté d'accès géographique s'alourdit pour les audiences des Cours d'appel siégeant dans les chefs-lieux des provinces.

720. Au-delà de cette difficulté d'accessibilité géographique s'impose la difficulté d'accessibilité intellectuelle du recours successif. En effet, le recours successif ne peut être effectif que si la décision rendue en recours initial permet son propre contrôle à travers une motivation. « Par la motivation d'un jugement, (...) les parties ou la communauté disposent de

l'information nécessaire pour faire appel, le cas échéant, les tribunaux compétents soient correctement informés pour pouvoir veiller à l'interprétation et l'application correcte du droit⁷⁸⁶ ». La motivation donne un sens au recours successif avec la possibilité d'un double contrôle : par le justiciable et par la juridiction supérieure.

721. D'une part, le contrôle est exercé par le justiciable. « La lecture de la décision permet le choix d'exercer ou non un recours⁷⁸⁷ ». Le raisonnement du premier juge doit être fourni pour permettre ce choix. « La motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense⁷⁸⁸ ». C'est à travers la motivation apposée par le magistrat que le justiciable peut « se faire une idée de l'utilité qu'ils auraient de former un recours contre une décision juridictionnelle⁷⁸⁹ » et, de ce fait, « exercer utilement les recours existants⁷⁹⁰ ».

722. Cette motivation doit être étayée et intelligible. Tout d'abord, « si l'on peut admettre qu'une juridiction supérieure motive ses décisions de manière succincte, en se bornant à faire sienne la motivation retenue par le premier juge, il n'en va pas forcément de même pour une juridiction de première instance, statuant en plus au pénal⁷⁹¹ ». La motivation de la décision en première instance doit être suffisamment étayée pour que le contrôle puisse avoir lieu. « La décision de justice ne procède ni d'une démonstration, ni d'un calcul, mais bien d'un choix, qui n'est pas pour autant arbitraire dès lors qu'il s'appuie sur une argumentation convaincante⁷⁹² ». Pour qu'une argumentation soit convaincante, elle doit transcrire l'ensemble du raisonnement du magistrat et établir les liens de causalités entre les éléments de ce raisonnement. « La clarté de l'argumentation permet de convaincre le justiciable que, même s'il n'a pas eu gain de cause, la position adoptée par le juge est juste⁷⁹³ ».

723. Or, la quasi-totalité des décisions rendues en première instance ne sont pas motivées ou ne sont que vaguement motivées à Madagascar. Les décisions relatives à la détention provisoire (incarcération, mainlevée ou prorogation), l'ordre ou l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de fond, et même le jugement au fond ne sont motivés que par des formules

⁷⁸⁶ Garrido Gómez, 2009/2, *op.cit.*, p. 146.

⁷⁸⁷ C. Julia-Guillermet, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 33.

⁷⁸⁸ CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet contre Belgique, requête n° 926/05, §43.

⁷⁸⁹ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 286.

⁷⁹⁰ CEDH, 23 novembre 1992, Hadjianastassiou contre Grèce.

⁷⁹¹ CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet contre Belgique, requête n° 926/05, §44.

⁷⁹² Frydman, 2007, *op.cit.*, p. 23.

⁷⁹³ Colombet, 2013/1, *op.cit.*, p. 166.

vagues et préétablies. Dans la pratique, seuls les jugements au fond dans les affaires d'accident de circulation sont systématiquement motivés. Dès lors, pour soutenir une condamnation, le tribunal correctionnel se limite à avancer que « des pièces du dossier et des débats, il résulte une preuve suffisante contre le prévenu ». Cette formule n'explique ni la teneur de la preuve, ni l'imputabilité au prévenu. A l'inverse, en cas de relaxe, la formule d'usage est : « il ne résulte pas de preuve suffisante ». Pour le juge d'instruction, l'ordonnance de règlement de l'affaire se limite à avancer que : « il y a charges suffisantes contre l'inculpé » et en déduit le renvoi devant le tribunal correctionnel.

724. Ensuite, la motivation doit être intelligible. L'intelligibilité requiert l'utilisation d'une langue familière aux justiciables. « Il est d'une obligation fondamentale pour les juridictions de communiquer avec l'accusé dans une langue qu'il comprend, tout le long de la procédure⁷⁹⁴ ». Pour Madagascar, la loi précise que le français et le malgache sont les langues de procédure à Madagascar. Ces langues sont d'ailleurs consacrées comme langues officielles par la Constitution de 2010 en son article 4. Mais une telle disposition constitutionnelle, comme le précise la commission dans sa décision suscitée, n'exonère pas l'État de ces obligations « de fournir à la personne accusée des services de traduction et d'interprétariat dans la langue qu'elle comprend⁷⁹⁵ ». Dans ce sens, il convient également de relever le problème des dialectes à Madagascar, une grande île. La langue maternelle, le dialecte, n'est pas forcément la langue malgache officielle qui est en réalité le dialecte « Merina », une tribu des hauts plateaux.

725. À Madagascar, les débats ont lieu en malgache mais la quasi-totalité des décisions de justice pénale sont rendues en français. Les justiciables doivent payer un traducteur assermenté pour être en possession d'une décision dans leur langue maternelle. Par ailleurs, apprécier un jugement et apprécier la procédure qui en est à l'origine requiert la compréhension de la loi qui en fixe les règles. Survient alors un autre problème d'ordre linguistique : la langue de la loi. En effet, le code pénal et le CPPM sont en français. Les traductions en malgache ne sont disponibles que pour quelques modifications. Cet état des faits met le peuple « dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes, sans qu'il puisse juger par lui-même ce qu'il adviendra de sa liberté et de celle des autres⁷⁹⁶ ». « Il en irait autrement s'il lisait une langue

⁷⁹⁴ Commission africaine, Affaire Titanji Duga Ernest (pour le compte de Cheonumu Martin et autres) contre Cameroun, *Communication* N° 287/04, § 69.

⁷⁹⁶ Beccaria, 1776, *op.cit.*, p. 70.

qui lui soit familière et qui donne à ce livre solennel et public un caractère pour ainsi dire privé et domestique⁷⁹⁷ ».

726. D'autre part, la motivation est apposée pour permettre le réexamen par la juridiction nouvellement saisie. Ce contrôle est de double nature : un contrôle de légalité et un contrôle de proportionnalité.

727. Sur le contrôle de légalité, tout d'abord, « la motivation permet (...) d'assurer le contrôle de conformité de la décision à la loi. L'objectif est de montrer que la solution résulte de la stricte application des règles de droit et qu'elle ne constitue pas une solution arbitraire⁷⁹⁸ ». Cet examen de légalité porte sur plusieurs points. Elle porte sur l'interprétation de la loi, autrement dit le choix du majeur dans le syllogisme de son raisonnement. « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris en droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire⁷⁹⁹ ». Cette interprétation doit obéir à certaines règles.

728. Manifestation de la liberté du magistrat, expression de son indépendance, l'interprétation doit rester en deçà de la contrainte structurelle d'adéquation pour garantir la sécurité judiciaire du justiciable. Le premier juge et le réexamen le cas échéant, doivent s'assurer de cette adéquation. Le juge doit s'assurer « que son interprétation soit cohérente par rapport à l'histoire du droit au sein duquel il œuvre, qu'elle convienne le mieux à cette histoire⁸⁰⁰ ». Il s'agit, non pas d'une exigence d'identité, mais de continuité. L'interprétation progresse avec la société et ses nouvelles attentes. Mais le changement ne doit pas être brusque, il doit rester acceptable, donc prévisible.

729. Ensuite, le contrôle de légalité porte sur la qualification des faits qui est le choix du mineur dans le syllogisme. « Même une loi précise, en ce qu'elle est générale, suppose une interprétation, pour l'appliquer aux faits qualifiés. Juger, c'est interpréter et qualifier⁸⁰¹ ». La qualification est l'acte juridique par lequel le magistrat associe un fait à une incrimination, la procédure qui suit consiste à établir le rapport entre l'incrimination et le mis en examen, qu'elle

⁷⁹⁷ Beccaria, 1776, *op.cit.*, p. 70.

⁷⁹⁸ Colombet, 2013, *op.cit.*, p. 165.

⁷⁹⁹ CEDH, Arrêt du 22 nov. 1995, S.W. contre Royaume-Uni, § 36 ; du 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne ; Jorgic contre Allemagne, § 100.

⁸⁰⁰ Bégin, 1997, *op.cit.*, p. 422.

⁸⁰¹ J.-C. Saint-Paul, « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC*, 2015/2, N° 2, p. 273-285, p. 274.

soit d'innocence ou de culpabilité. Dans cette qualification, le juge doit veiller à une continuité du droit pénal.

730. Enfin, l'examen de légalité porte sur la solution adoptée par le magistrat, tenant compte du rapport qu'il établit entre le majeur et le mineur. Dans ce processus de solution, le magistrat doit maintenir l'intégrité du droit, « réaffirmer cette unité en fournissant, lors de ses réponses à des questions de droit, la meilleure justification possible du droit établi⁸⁰² ». Le contrôle de légalité porte, de ce fait, sur la manière de lire la loi et de l'appliquer.

731. Le contrôle de proportionnalité est le second type de contrôle exercé par le deuxième juge. « La proportionnalité désigne la correspondance entre deux éléments, l'adéquation entre la fin et les moyens⁸⁰³ ». Le contrôle de proportionnalité se rajoute au contrôle de légalité en mettant en rapport la sanction avec l'objectif pour lequel elle est prononcée, compte tenu du mis en examen, de la victime et de la société. « Ce ne sont plus seulement des critères juridiques qui dictent les décisions des juges mais également des critères d'opportunité économique-sociale⁸⁰⁴ ». Entre toutes les décisions légalement possibles, l'élément déterminant est l'équilibre des intérêts à préserver. La proportionnalité devient un indicateur de la justesse. « Par un tel contrôle, (...) le juge supérieur (...) vérifie seulement que le juge contrôlé n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation dans la balance des intérêts en jeu⁸⁰⁵ ».

732. En cours de procédure, le contrôle de proportionnalité porte essentiellement sur les mesures de contrainte adoptées par le premier juge, le contrôle judiciaire et la détention préventive. Ce contrôle peut porter sur la sanction si la culpabilité est établie. Dans l'évaluation de la contrainte procédurale comme dans l'évaluation de la sanction, l'appréciation de la nécessité doit être au centre du contrôle. « L'objectif du juge n'est plus de rendre une décision conforme à la loi, mais de rendre une décision qui privilégie l'intérêt prépondérant : le résultat obtenu doit être équilibré⁸⁰⁶ ». Cette nécessité s'impose en premier lieu comme une limite de la contrainte ou de la peine. Elle remplit une fonction de mesure, de paramètre d'appréciation. Mais elle s'analyse également, désormais, comme un motif de la contrainte ou de la peine adoptée. Dans ce cas, elle tient une fonction préventive.

⁸⁰² Bégin, 1997, *op.cit.*, p. 422.

⁸⁰³ M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la cour de cassation en droit pénal », *RSC*, 2017/3, N° 3, p. 495-506, p. 496.

⁸⁰⁴ P. Girard, « L'évolution du rôle des juges », *Les cahiers du droit*, 2001, Vol. 42, N°3, p. 361-371, p. 368.

⁸⁰⁵ Frydman, 2007, *op.cit.*, p. 22.

⁸⁰⁶ Colombet, 2013, *op.cit.*, p. 157.

CONCLUSION DU CHAPITRE

733. Le droit au recours, pouvoir de faire juger, est un droit complexe dont la réalisation commence par la disponibilité du recours. Cette disponibilité se distingue de l'existence du recours qui ne garantit aucunement sa pleine réalisation.

734. À Madagascar, l'accessibilité au recours, qu'il soit initial ou successif, est limitée par plusieurs facteurs. L'accessibilité au recours initial est en fonction de l'éloignement des tribunaux, du niveau d'instruction du justiciable et des ressources financières. L'accessibilité au recours successif est conditionnée par ces facteurs intervenants en matière de recours initial en plus d'un facteur relatif au premier juge : l'existence de la motivation de la décision judiciaire. Ces facteurs peuvent être catégorisés en deux groupes : les facteurs objectifs et les facteurs subjectifs. Les facteurs objectifs s'imposent uniformément à tous les justiciables, tel est le cas pour l'éloignement des tribunaux et la motivation de la décision judiciaire. Les facteurs subjectifs, comme le niveau d'instruction ou les ressources financières constituent les causes des ruptures d'égalité dans le procès. Si le droit de faire juger appartient à toute personne, il en est autrement du pouvoir de faire juger.

Chapitre 2. La persistance des limites de l'utilité du recours

735. « Toute décision juste objectivement ne le paraît pas nécessairement dans l'esprit des justiciables. Dès lors, la décision de justice, nonobstant son adéquation à la norme légale de référence, doit être assimilée par ce même justiciable de sorte qu'au-delà d'une justesse juridique, le justiciable accepte cette décision pour y adhérer. De leur acceptation par les justiciables dépend donc l'effectivité réelle des décisions de justice⁸⁰⁷ ». Cette acceptation naît de toute la procédure judiciaire menant à la décision et non seulement de la décision elle-même. La vérité judiciaire doit être acceptable pour être acceptée.

736. L'encadrement du pouvoir de punir a pour objectif de créer un climat de sécurité judiciaire propice à la construction de la confiance des justiciables. Juger est un acte d'autorité et de persuasion. Juger, c'est convaincre. Le juge doit démontrer l'absence d'arbitraire. Accorder le pouvoir à la Justice tout en limitant ce pouvoir ne sont que des moyens pour arriver à une décision judiciaire fiable, satisfaisant la société, la victime et le mis en examen. De ce fait, l'effectivité du recours comprend ce critère de satisfaction. « Une voie de recours est considérée comme disponible lorsqu'elle peut être utilisée sans obstacle par le requérant, elle est efficace si elle offre des perspectives de réussite et elle est satisfaisante lorsqu'elle est à même de donner satisfaction au plaignant⁸⁰⁸».

737. La préservation des perspectives de réussite et la possibilité de la satisfaction font que le recours soit utile, autrement dit apte à répondre à son objectif de rétablissement de l'ordre social. L'objet de ce chapitre est de démontrer que l'utilité du recours reste limitée à Madagascar. Comme l'accessibilité, elle est légalement établie mais sa réalisation est tributaire de plusieurs obstacles que les régimes politiques successifs n'ont pas réussi à faire disparaître. L'égalité des perspectives de réussite (section 1) et la pleine réalisation de cette réussite à l'issue du procès (section 2) restent conditionnelles. La réussite, dans le cas d'espèce, s'entend de la consécration de ses prétentions comme la vérité judiciaire. Cette vérité consacrée, par la suite, implique une pleine conséquence à travers la réalisation de la décision prononcée.

⁸⁰⁷ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 301.

⁸⁰⁸ Commission africaine, Affaire Mbiankeu Geneviève contre Cameroun, *Communication* N°389/10, §48.

Section 1. La nécessité d’instaurer l’égalité des perspectives de réussite

738. L’émanation de la vérité judiciaire est la consécration des prétentions d’une partie au détriment de l’autre. La vérité judiciaire se construit avec des preuves. L’évolution des modes de preuve manifeste l’évolution même de la Justice pénale malgache. La Justice de l’époque royale, perçue comme essentiellement divine, a tout d’abord rendu des décisions sur la base exclusive des preuves mythiques. Le recours aux preuves ordaliques a été progressivement limité, devenu une prérogative exclusivement royale avant de disparaître totalement quelques décennies avant la colonisation. Aujourd’hui, la redevabilité requiert un système probatoire fondée essentiellement sur la logique et la matérialité même si une part d’inexpliqué, d’instinct humain subsiste avec l’intime conviction.

739. Dans l’histoire, la croyance populaire veut que les dieux interviennent en faveur des innocents pour les protéger de tout danger. L’ordalie fait appel aux pouvoirs divins. Il est utilisé en l’absence de témoins, d’aveu, de preuves matérielles et en cas de doute sur la culpabilité du sujet. La première preuve ordalique malgache consiste dans l’administration orale du tanguin, le *tangena*, une plante aux propriétés mortelles. Par la suite, le mot « tangena » désigne le mode de preuve ordalique dans son ensemble.

740. Le *tangena* prend forme sous différentes modalités. Dans le *tangem-boay*, littéralement tanguin du crocodile, le mis en examen parcourt à la nage la largeur d’un fleuve peuplé de crocodiles, ou reste debout sur un point du rivage pendant un certain temps. La survie prouve l’innocence. Dans le *tangem-bolamena*, tanguin de l’or, le mis en examen boit de l’eau où l’on a précédemment placé une pièce d’or. Le mis en examen est observé pendant toute la semaine. Le vomissement ou la maladie prouve la culpabilité. Le *tangenan-drano*, le tanguin de l’eau bouillante, introduit la main du suspect dans une eau bouillante et veut que l’innocent ne présente aucune brûlure. L’issue de ces épreuves fait appel, dans la croyance populaire, aux interventions divines. En réalité, cette issue est fortement tributaire de paramètres totalement extérieurs aux faits jugés tels le courant des fleuves, les crocodiles, la propriété mortelle d’une plante, les prédispositions physiques du mis en examen⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Voir notamment E. Njara, « L’attachement à la vérité au XIX^{ème} siècle sous la reine Ranavalona II », *Bulletin d’information du Ministère de la Justice*, N°30, Tananarive, Jurid’ika, 2012, p. 92. ; J. M. Guth, « Les juridictions criminelles de Madagascar », in *Études malgaches*, Paris, Cujas, Centre d’études de Droit Privé, 1961, p. 23.

741. La peur de l'ordalie conduit quasi-systématiquement à l'aveu, « un moyen d'éviter une procédure pénale effroyable, l'épreuve du *tangena*⁸¹⁰ ». L'aveu prouve la culpabilité et constitue une cause d'atténuation de la peine. Dans un de ces *Kabary*⁸¹¹, Andrianampoinimerina déclare : « Je n'enlève pas la vie à ceux qui disent vrai (...) ceux auxquels la faute cause des remords »⁸¹². L'aveu lie le juge dans l'époque royale. Le témoignage et la preuve matérielle s'ajoutent à l'aveu et l'ordalie, principaux modes de preuve.

742. Sous la reine Ranavalona II, l'époque immédiatement précoloniale est marquée par une christianisation du pouvoir. La Reine Ranavalona II⁸¹³ accède au trône en 1868. Elle entame de grandes codifications. Le Code des 101 articles, promulgué en 1868, traite de droits et libertés (notamment de la liberté religieuse et du droit de propriété) et l'organisation des institutions du royaume. Le droit administratif est codifié à travers l'« Instruction aux Sakaizambohitra » de 1878 et le « Règlement des gouverneurs de l'Imerina » de 1889. Le Code des 305 articles, promulgué le 21 mars 1881, réunit des dispositions civiles et pénales et des articles de procédure⁸¹⁴. En matière de preuve, la codification écarte les épreuves de *tangena*.

743. La Justice coloniale apporte la liberté de preuve. Le fardeau de la preuve incombe à la partie poursuivante, le ministère public. « Pour imputer une infraction à un suspect et obtenir ultérieurement sa condamnation, il faut parvenir à renverser la présomption d'innocence⁸¹⁵ ». Toutefois, la Justice coloniale, à deux vitesses, ne garantit que faiblement cette présomption d'innocence. La Justice indigène dilue les considérations de la présomption d'innocence dans l'urgence de punir. La Justice française souffre de précarité extrême, matérielle et personnelle qui ralentit son fonctionnement. Le justiciable qui mobilise l'action rapporte la preuve de ses prétentions, bien que la présomption d'innocence charge le ministère public de cette obligation.

744. Ce principe de la liberté continue de régir la construction de la vérité judiciaire. La liberté est celle des parties mais également celle du juge. Aux termes de l'article 373 du CPPM, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et les juges décident d'après leur

⁸¹⁰ Njara, 2012, *op. cit.*, p.92.

⁸¹¹ Le *Kabary* est une institution coutumière. Elle consiste en un discours du roi prononcé sur la place publique du marché. Elle a une portée législative, les lois étaient annoncées et expliquées pendant le *Kabary*. L'absence injustifiée d'un sujet lors des *Kabary* était passible de sanction pénale pour non allégeance.

⁸¹² Guth, 1961, *op.cit.*, p. 23.

⁸¹³ Née Ramoma et prenait le nom de Ranavalona II lors de son intronisation le 3 septembre 1868, décédée en 1883.

⁸¹⁴ Voir E. Thébault, *Code des 305 articles promulgué par la Reine Ranavalona II, le 21 mars 1881. Texte malgache officielle avec traduction française et notes bibliographiques*, Tananarive, Imprimerie officielle, 1960, 160p.

⁸¹⁵ D.Thomas, V. Bosc, C. Galvada-Moulenat, P. Ramon, A. Vaissiere, « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *APC*, 2004/1, N°26, p. 113-124, p. 113.

intime conviction. La vérité judiciaire se construit, dès lors, en deux étapes : dans la production et le débat des moyens entre les parties (paragraphe 1) puis dans l'appréciation de ces moyens par le juge (paragraphe 2). Cette liberté s'explique par l'essence du procès qui est de « prouver des faits pour lesquels aucune preuve ne peut normalement être préconstituée et surtout parce que les intérêts supérieurs de la société command[ent] que la répression ne [soit] pas désarmée par un système de preuve trop rigide⁸¹⁶ ».

Paragraphe 1. La confrontation des armes des parties

745. Le terme « recours utile » remplace celui de « recours effectif » dans certains traités comme le Pacte international des droits civils et politiques. Le recours est utile s'il est capable d'établir, de manière acceptable, une vérité. « La sécurité juridique repose (...) sur l'efficacité⁸¹⁷ » et « l'efficacité est nécessaire à la confiance⁸¹⁸ » dans tout le système judiciaire. La vérité se construit à travers la preuve qui « occupe une fonction stratégique au cœur du procès pénal⁸¹⁹ ». La qualité de la justice est tributaire de la qualité de la preuve. « Le procès pénal est avant tout un problème de preuve⁸²⁰ », qui fonde la vérité judiciaire et qui fonde, à son tour, le jugement. La qualité de la preuve est garantie par le principe du contradictoire et les droits de la défense.

746. Premièrement, « la vérité judiciaire est, non pas absolue, mais cumulativement relative. Elle l'est car elle n'est jamais que l'expression d'un débat (...). Elle l'est également parce qu'elle est comparative⁸²¹ ». Autrement dit, sa formation résulte d'un débat et d'une comparaison faite au long de débat. En effet, tous les éléments tenus en compte dans le processus décisionnel doivent être présentés et débattus entre les parties. Inversement, tous les éléments débattus doivent être pris en compte. Ces règles sont constitutives de « restriction de sa liberté⁸²² » pour le juge et pour les parties.

747. En vertu du principe de contradictoire, chaque partie doit pouvoir défendre ses intérêts en connaissance des moyens avancés par la partie adverse. « Les victimes sont toujours

⁸¹⁶ Guinchard (S.), Buisson (J.), *Procédure pénale*, 4^{ème} éd. Paris, Lexis Nexis, Litec, 2008, n° 517, (Manuel).

⁸¹⁷ G. Gómez, 2009, *op.cit.*, p. 137.

⁸¹⁹ Thomas, 2004/1, *op. cit.*, p. 113.

⁸²⁰ H. Matsopoulou, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 411.

⁸²¹ G. Cornu, « Rapport de synthèse », in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, Association Henri Capitant, Economica, 1989, spéc. p. 6 et 7.

⁸²² A. André, 2015, *op.cit.*, p. 300.

frappées d'un soupçon d'inauthenticité⁸²³ ». Leurs déclarations doivent être débattues. Parallèlement, l'innocence du mis en examen n'est que présumée. Cette présomption, simple, est susceptible de preuve contraire. Les deux parties doivent présenter leurs arguments.

748. Le principe du contradictoire amène à la réalisation d'un autre principe, celui de l'égalité des armes. Ce dernier signifie que « chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire⁸²⁴ ». Si le contradictoire n'est pas respecté, les parties préparent leurs défenses aveuglement et l'égalité des armes est rompue.

749. Le principe du contradictoire est mis en œuvre, entre autres, avec le droit à l'information. Le contenu du dossier doit être accessible pour les parties. Pour le mis en examen, le principe du contradictoire pose le droit, dès son arrestation, d'être avisé des motifs de cette arrestation, et de chaque évolution de son affaire. Toutefois, comme ce droit vise la connaissance des charges et non de la qualification pénale retenue, la qualification des faits peut évoluer eu cours de l'investigation judiciaire. Ce droit à l'information sur les charges initialement retenues est le premier aspect du droit à l'information. Ce droit à l'information emporte, en second aspect, la connaissance de l'évolution de son affaire afin que le mis en examen puisse adapter et faire évoluer sa défense. De ce fait, le principe du contradictoire est violé quand « la partie défenderesse ait été empêchée d'accéder aux éléments de preuve produits par le parquet⁸²⁵ ».

750. Le contradictoire obéit, par ailleurs, à certaines règles dont la légalité des méthodes de recueil de la preuve. La vérité judiciaire « doit être produite dans les meilleures conditions de sincérité et de publicité possibles⁸²⁶ ». Au-delà de la légalité s'ajoute la loyauté qui est « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice⁸²⁷ ».

751. Deuxièmement, la construction de la vérité judiciaire se fait dans le respect des droits de la défense. « Ensemble de règles (...) destinées à protéger toute personne physique ou

⁸²³ M. Jakšić et N. Ragaru, « Le témoignage comme preuve. Itinéraires judiciaires des victimes. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2019/2, N° 102, p. 227-241, p. 232.

⁸²⁴ CEDH, Arrêt du 2 octobre 2001, G.B contre France, Req. N° 44069/898, §58 ; Arrêt du 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V contre Pays Bas, Req. 14448/88, §33.

⁸²⁵ Commission africaine, International Pen et autres (pour le compte de Saro-Wiwa) contre Nigeria, *Communications* N°137/94, 139/94, 156/96,161/97, §99-101.

⁸²⁶ Halpérin, 2009/1, *op.cit.*, p. 31.

⁸²⁷ P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in : Recueil d'études en hommage à M. L. Huguéney, *Problèmes contemporains de la procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964, p. 172.

morale menacée de sanctions⁸²⁸ », ils sont reconnus « dès le début de la procédure », « à chaque étape de procédure⁸²⁹ » et ne s'éteignent « qu'après la condamnation définitive⁸³⁰ ». Ils constituent les balises pour que le poids de la machine judiciaire n'écrase pas l'individu. Ils « tendent à protéger le suspect, la personne mise en examen, l'accusé ou le prévenu contre l'arbitraire ou l'excès de zèle des autorités⁸³¹ ». Face à la société manifestement puissante, ils instaurent et protègent l'équilibre nécessaire pour maintenir les perspectives de réussite de l'individu mis en examen.

752. « Le droit de défense est l'âme du système accusatoire ; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous. Sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression⁸³² ». Il est inhérent à la notion même de procès pénal. Selon Faustin Hélie, « la défense (...) est un droit naturel que la loi positive peut régler, mais qu'elle ne peut détruire⁸³³ ». Cette naturalité du droit de la défense fait que « le respect des droits de la défense appartient à la conscience commune avant même d'appartenir à la science juridique⁸³⁴ ». La transgresser en est, non seulement une illégalité, mais une immoralité. Un système judiciaire qui l'écarte est injuste. En effet, le droit de la défense est établi « non seulement dans l'intérêt des accusés, mais dans l'intérêt de la justice⁸³⁵ » pour laquelle elle constitue une « garantie nécessaire⁸³⁶ ».

753. Les droits de la défense sont multiples. L'exposé qui suit est volontairement limité aux deux droits de la défense qui sont sérieusement compromis à Madagascar : le droit à l'assistance judiciaire et le droit à la présomption d'innocence. En ce qui concerne le droit à l'assistance judiciaire, elle s'entend de la prérogative « de se faire assister par un défenseur de son choix » dès l'éventualité de la sanction pénale. Ce défenseur doit être « un spécialiste, averti de la procédure et des questions de substance⁸³⁷ » à la hauteur de la technicité de l'affaire.

⁸²⁸ D. Lefort, « Les droits de la défense », in *La vie des affaires et la responsabilité pénale*, Gazette du Palais, du 26 et 27 mars 1999, p.29-32.

⁸²⁹ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §106.

⁸³⁰ Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §100.

⁸³¹ J. Pradel, *Procédure pénale*, 9e Éd, Paris, Cujas, 1997, p.537.

⁸³² J.-L.-El. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*, Paris, Plon, 1855, n° 1853, p.869.

⁸³³ F. Hélie, « Code d'instruction criminelle », in *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, 1951, p.184.

⁸³⁴ G.D. Vecchio, *La justice – la vérité. Essai de philosophie et morale*, Paris, Dalloz, 1955, p.129.

⁸³⁵ Hélie, 1951, *op. cit.*, p.184.

⁸³⁶ H. Vizioz, « Études de procédure », *Bièze*, N°240, 1956, p.449.

⁸³⁷ Commission africaine, Affaire Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §106.

La commission africaine développe une analyse élaborée de l'assistance judiciaire qui, selon elle, doit être complète et concrète. La simple existence de dispositions légales instituant ce droit « ne saurait prouver de ce que les victimes (...) ont effectivement bénéficié d'une assistance judiciaire⁸³⁸ ».

754. Il faut que le conseil ait pu « accéder à toutes les pièces nécessaires à la préparation de sa défense, à toutes les informations pertinentes dont dispose le parquet susceptible d'aider l'accusé à se disculper » selon les Directives et Principes sur le procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique adoptés par la Commission en 2001. Cette accession au dossier entretient un double rapport au temps. D'abord, elle doit être disponible pour le mis en examen dès le début du procès, et non seulement dans la phase de poursuite. Une assistance judiciaire complète couvre la totalité des actes de procédure, dont les actes de la police judiciaire. Les droits de la défense comprennent des « règles protectrices de l'individu dans le cadre de la phase policière du procès⁸³⁹ ». Le procès étant un système chronologique, le défaut d'assistance dès le début de procès impacte les actes postérieurs de manière conséquente, ses premières déclarations en défenses n'étant pas suffisamment étayées ni élaborées.

755. Ensuite, l'assistance judiciaire requiert une étude de l'affaire dans un laps de temps suffisant. Le caractère concret s'évalue dans l'apport substantiel du défenseur qui ne peut s'élaborer dans la précipitation. L'assistance pallie le faible niveau d'instruction du mis en examen face à la complexité des rouages judiciaires. La Commission africaine souligne l'obligation de veiller particulièrement au respect des droits de la défense en cas d'inculpation exposant le justiciable à des lourdes sanctions. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'une accusation de crime. « Elle met un accent particulier sur le droit à un conseil pendant l'instruction⁸⁴⁰ » ou « dans les instances où les personnes accusées encourent la peine capitale⁸⁴¹ ».

756. Les droits de la défense comprennent également la présomption d'innocence. « Le but visé par la présomption d'innocence est d'éviter de porter un jugement sur le suspect avant même que l'institution compétente ne puisse se prononcer⁸⁴² ». Toutefois, elle ne se limite pas

⁸³⁸ Commission africaine, Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques contre RDC, *Communication* N°259/2002, §84.

⁸³⁹ M. L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2001, N°9, p.26.

⁸⁴⁰ Commission africaine, Interights, ASADHO et Maître O.Disu contre RDC, *Communications* N° 274/03 et 282/03, §75.

⁸⁴¹ Commission africaine, Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques contre RDC, *Communication* N°259/2002, §81.

⁸⁴² Commission africaine, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun, *Communication* N°416/12, §97.

à être une règle protectrice des intérêts privés. « Elle procède du sens même de la procédure pénale : garantir que le système de répression ne frappera que les auteurs d'infractions avérées⁸⁴³ ». Elle contribue, de cette manière, à l'harmonisation de la société. Elle « constitue le fondement du procès équitable en exigeant que la preuve de culpabilité se fasse suivant certaines formes protectrices⁸⁴⁴ » de la partie vulnérable, le mis en examen.

757. Toutefois, même si la présomption d'innocence profite sans doute au mis en examen, elle génère également un avantage pour la victime. Elle fait peser la charge de la preuve au ministère public. Par ricochet, « elle permet à la victime de bénéficier des moyens d'investigation de l'autorité publique. Le ministère public ou le juge d'instruction disposent de pouvoirs coercitifs pour la recherche des preuves⁸⁴⁵ ». Les autres parties concourent seulement à l'établissement des preuves mais n'en détiennent pas la charge principale.

758. À Madagascar, le principe du contradictoire et les droits de la défense qui protègent les perspectives de réussite ne sont pas réalisés. Les garanties des droits de la défense, pouvoirs des personnes privées, n'ont pas évolué. Les lacunes exposent les mis en examen à l'insécurité juridique d'autant que les pouvoirs des magistrats sont en progression.

759. Primo, sur le droit à l'assistance judiciaire, le régime d'avant les années 1990 s'articule en quelques points. Ce sont : l'obligation du juge d'instruction d'aviser l'inculpé de ce droit dès sa première comparution devant lui, l'obligation d'assistance d'un défenseur en cas d'inculpation grave et la restriction du droit de libre communication avec le conseil en cas d'inculpation pour une infraction contre la sûreté de l'État.

760. La loi de 1997 innove en instituant l'assistance judiciaire dès l'enquête préliminaire, l'ancienne législation ne le prévoyait que pour la phase judiciaire. L'article 53 nouveau du CPPM instaure l'obligation de l'officier de police judiciaire d'avertir du droit du soupçonné à l'assistance d'un défenseur sous peine de nullité de la procédure. Le défenseur peut être un avocat ou toute personne du choix du soupçonné. Ce choix ne peut cependant se porter sur des autorités législatives nationales ou locales, des magistrats, des fonctionnaires, des éléments de la police judiciaire et les personnes déjà condamnées pour un crime ou un délit. Le défenseur peut assister à tout acte notamment aux interrogatoires, aux confrontations et aux perquisitions.

⁸⁴³ R. Badinter, « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 134.

⁸⁴⁴ H. Henrion, « La présomption d'innocence dans les travaux préparatoires au XXème siècle », *APC*, 2005/1, N°27, p. 37-57, p.41.

⁸⁴⁵ Rebut, 2009/1, *op.cit.*, p. 51.

L'article 53 bis, nouveau, réitère cette obligation de notification pour le magistrat du ministère public ou le magistrat instructeur si un conseil n'a pas été constitué au niveau de l'enquête préliminaire.

761. Toutefois, l'article 53 nouveau soulève quelques remarques. En premier lieu, « le principe qui sous-tend le mécanisme de l'assistance judiciaire est qu'il est du devoir de l'État de commettre un avocat pour la défense des personnes ne pouvant faire face à de tels services⁸⁴⁶ ». À Madagascar, la commission d'office de conseil n'est obligatoire qu'en phase de jugement et seulement pour certaines affaires. Tel est le cas si la peine encourue est égale ou supérieure à cinq années d'emprisonnement (un délit de grand correctionnel ou un crime) ou une relégation. De même, l'infirmité du mis en examen implique l'obligatorité de la présence d'un défenseur à l'audience.

762. En second lieu, cet article pose non pas l'obligation d'assistance d'un défenseur mais l'obligation de l'enquêteur d'aviser le soupçonné de son droit à l'assistance d'un défenseur. Le défenseur n'étant pas gratuit même pour les poursuites exposant à de lourdes peines, la constitution des conseils est rare à cette phase de la procédure. Or, « l'apport substantiel de l'avocat (...) consiste à renseigner la personne sur son devenir judiciaire. (...) L'expérience et le professionnalisme de l'auxiliaire de justice se révèlent déterminants à cet instant décisif de la procédure⁸⁴⁷ ». L'arrivée tardive du conseil préjudicie la qualité de la défense.

763. En troisième lieu, l'alinéa 5 dispose que l'absence d'un défenseur ne pourra retarder le déroulement de l'enquête. Dans la pratique, cet alinéa vide l'article 53 de son sens dans la mesure où le droit à l'assistance d'un défenseur est notifié juste avant l'enquête. Le défaut de délai légalement imparti entre l'avis et le début de l'interrogatoire génère l'impossibilité pour le soupçonné de constituer un défenseur. En conséquence, sauf si le concerné a déjà un conseil avant sa comparution devant l'officier de police judiciaire, il lui est pratiquement impossible de se faire assister dès le début de la procédure.

764. Enfin, il a lieu de souligner une maladresse législative. L'avis du droit à l'assistance est donné « à toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit », à l'exclusion donc des contraventions. Cette distinction se traduit par une confusion dans la chronologie de la procédure. En effet, la qualification des faits n'a lieu qu'après l'enquête préliminaire, quand

⁸⁴⁶ Commission africaine, Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques contre RDC, *Communication* N°259/2002, §82.

⁸⁴⁷ S. Clément, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse en droit, Nantes, 2007, p.62.

l'affaire parvient devant le ministère public. Elle est établie sur la base de cette enquête préliminaire. La nature de la prévention, qui implique sa catégorisation, n'est donc connue qu'après la phase policière. Cette confusion, de portée essentiellement théorique, est couverte par la pratique des officiers de police judiciaire de procéder à l'avis systématique, indépendamment de leur appréciation des faits.

765. Secundo, la présomption d'innocence est insuffisante pour garantir les perspectives de réussite ni pour la plaignante ni pour le mis en examen. La culture de la précipitation et la précarité des moyens font que la recherche de la preuve qui doit en principe incomber au ministère public devient, très souvent, la confrontation des moyens fournis par le mis en examen et la partie civile. Les débats se portent habituellement sur les arguments qu'ils avancent et soutiennent, l'apport d'éléments à débattre par des autorités judiciaires reste exceptionnel. La relativité de la vérité judiciaire, qui se construit à travers ce que les parties réussissent à démontrer, fait peser la question de l'aptitude financière et des capacités intellectuelles dans le système pénal malgache.

766. Dans ce sens, le CDH, en 2017, « exprime (...) son inquiétude quant aux informations (...) selon lesquelles les plaignants ont la possibilité de contribuer aux frais de fonctionnement des officiers de police judiciaire afin d'accélérer la procédure d'enquête, ce qui constitue une rupture d'égalité devant le service public⁸⁴⁸ ». L'implication financière des parties interfère dans la qualité de l'enquête préliminaire. Dans la mesure où cette enquête constitue le point de départ des actes judiciaires ultérieurs, sa qualité se répercute sur l'ensemble du procès et de la justice rendue. Les parties en difficultés financières sont livrées à elles-mêmes dans l'arène de la justice. Les honoraires des conseils et des experts sont coûteux et leurs présences sont facultatives. La justice est conditionnée par la richesse.

Paragraphe 2. L'appréciation des moyens par le juge

767. Les moyens des parties sont soumis à l'appréciation du juge qui établit la vérité judiciaire. Cette étape du procès est peu règlementée par le législateur, dévolue essentiellement à la liberté du juge. Cette liberté fait suite à la liberté des parties de soumettre tous les moyens qu'ils estiment nécessaires pour appuyer leurs prétentions, qu'elles tendent vers l'innocence ou la culpabilité. « Toutes les preuves sont recevables, dans la limite de la légalité, sans qu'aucune

⁸⁴⁸ Comité des droits de l'homme, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de Madagascar, 2017, §33.

n'ait une valeur supérieure à une autre⁸⁴⁹ ». Elles prennent la forme d'aveu, de témoignage, de preuves matérielles et plus récemment de preuve scientifique. Elles sont de même valeur parce que « il ne paraît pas satisfaisant de fixer dans la loi la valeur d'une preuve, et de priver de cette manière le juge d'envisager la sincérité de celle-ci ⁸⁵⁰ ».

768. Désormais, aucun élément de preuve ne lie le juge, contrairement au système de preuve légale. La règle de la preuve légale bannit marge d'appréciation humaine de la preuve. Le juge voit la loi « enchaîner sa conviction et dicter sa sentence⁸⁵¹ ». La principale critique qui affecte la preuve légale est que la loi ne peut prévoir tous les scénarios possibles de la vie sociale. De même, « le législateur ne peut s'immiscer dans le rôle du juge jusqu'à prévoir la manière dont celui-ci devra se convaincre. Les critères légaux n'y font rien, la certitude s'acquiert par l'interrogation de sa conscience⁸⁵² ». La preuve légale laisse désormais place à la preuve morale. Il consacre la liberté des juges, « la libre appréciation des faits, la libre détermination de leur force probante, et, *in fine*, l'expression de la conviction du juge⁸⁵³ ».

769. Étant de valeurs égales, les preuves sont départagées par l'intime conviction du juge à partir de laquelle il se prononce « en faveur de la meilleure preuve⁸⁵⁴ », celle qui l'a convaincu. La conviction se définit comme une « adhésion de l'esprit suffisante pour déterminer et décider l'action⁸⁵⁵ ». Elle se distingue de la croyance et de la certitude. La croyance fait appel à l'intervention et au jugement d'un être mystique, transcendant les parties et leurs dires. Elle est la base de la légitimité des ordalies. Contrairement à cela, « la conviction se recherche par la confrontation de chaque thèse, par la persuasion et par le doute⁸⁵⁶ ». Elle fait appel à l'intervention active des parties au procès et « à la sagesse des juges⁸⁵⁷ ». Cette conviction se distingue également de la certitude. En effet, la certitude est l'absence de doute, la conviction est l'absence de doute raisonnable, « un degré suffisant de vérité⁸⁵⁸ ». Le juge n'a pas à trouver

⁸⁴⁹ André, 2015, *op.cit.*, p. 292.

⁸⁵⁰ André, 2015, *op.cit.*, p. 293.

⁸⁵¹ A. A. Rached, *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Paris, Pedone, 1942, p. 23.

⁸⁵² André, 2015, *op.cit.*, p. 294.

⁸⁵³ André, 2015, *op.cit.*, p.292.

⁸⁵⁴ Cornu, 1989, *op. cit.*, p. 6 et 7.

⁸⁵⁵ C. Guéry, « Peut-on motiver l'intime conviction ? », *La Semaine Juridique JCP-G*, 2011, N° 1-2, p. 54.

⁸⁵⁶ André, 2015, *op.cit.*, p.295.

⁸⁵⁷ F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, Sirey, 1947, p. 25.

⁸⁵⁸ André, 2015, *op.cit.*, p.294-295.

une certitude, il doit juste « écarter le doute quant à la culpabilité ou l'innocence, doute qui serait « irraisonnable » et pénaliserait l'accusé⁸⁵⁹ ».

770. La conviction se distingue de l'intime conviction qui inclut « l'adhésion en la vérité de son propre jugement⁸⁶⁰ », impliquant une position personnelle du juge. « Si la notion de conviction renvoie à la raison, à la rigueur de la conscience et à la neutralité, l'intime conviction semble davantage liée à la sphère de l'émotionnel, du secret et du jugement⁸⁶¹ ». La conviction se réfère seulement à une appréciation d'éléments objectifs soumis par les parties, l'intime conviction se réfère en plus à un élément subjectif, « à la raison et à la conscience⁸⁶² ». Dans son office, le juge tient compte de ces deux groupes d'informations. Il est, de ce fait, appelé à « assumer (...) un degré de probabilité⁸⁶³ » qu'il juge et dont il tire des conséquences. L'intime conviction est « le passage d'une éthique de conviction, elle-même fondée sur la raison et la conscience, à une éthique de responsabilité propre au jugement⁸⁶⁴ », découlant d'une prise de position personnelle.

771. Cette position est prise à la suite de la confrontation des preuves avancées par les parties. La confrontation écarte l'arbitraire de l'intime conviction. La portée probatoire et décisive de l'intuition du juge est encadrée.

772. Premièrement, elle doit être strictement cantonnée à l'intuition du vrai et ne pas s'étendre à l'intuition du juste. « La première n'abandonne à la souveraineté du juge qu'une des conditions préalables au jugement ; la seconde lui abandonnerait le jugement lui-même⁸⁶⁵ ». L'intuition du vrai intervient dans l'appréciation des éléments de faits et des éléments de preuve menant vers l'établissement de la vérité judiciaire. L'intuition du juste intervient dans la détermination de la culpabilité. « Le juge que l'on dispense de fournir les raisons de sa certitude ira d'emblée à la solution condamnation ou acquittement qui lui paraît juste⁸⁶⁶ ». La motivation permet de vérifier le cantonnement de son intuition auquel le magistrat doit s'astreindre. Entre

⁸⁵⁹ M.-J. Grihom, A. Ducouso-Lacaze et M. Massé, « Intime conviction et subjectivation de l'acte criminel : quelle actualité dans le champ judiciaire », *Cliniques méditerranéennes*, 2011/1, N° 83, p. 25-38, p. 27.

⁸⁶¹ André, 2015, *op.cit.*, p.299.

⁸⁶² C. Denève, F. Askevis-Leherpeux, M. Alain, « L'impact des preuves factuelles et testimoniales sur les composantes objectives et subjectives de la décision judiciaire », *Revue internationale de psychologie sociale*, 2007/3, t. 20, p. 35-58, p. 36.

⁸⁶³ C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, Marseille, PUAM, 2003, p. 217.

⁸⁶⁴ Tournier, 2003, *op.cit.*, p. 141.

⁸⁶⁵ Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 87.

la détermination de la vérité judiciaire et la détermination de ce qui sera justice, le cheminement intellectuel ne peut plus être intuitif, il doit être rationnel.

773. Deuxièmement, en complémentarité avec le principe du contradictoire et les droits de la défense, l'intime conviction ne remplace pas les preuves proposées par les parties. Le jugement découle seulement d'une appréciation des arguments par le juge qui fait basculer la balance de part ou d'autre. L'office du juge consiste, à ce stade du procès, à apprécier les moyens avancés et à éliminer un à un les doutes. Il « ne découvre pas une vérité préexistante, il établit une vérité nouvelle – et désormais incontestable ⁸⁶⁷ ». Dans ce processus d'élimination des doutes, le juge fait le tri entre le doute déraisonnable et le doute raisonnable. « Notion confuse par excellence ⁸⁶⁸ », le caractère raisonnable est évalué « dans chaque cas suivant les circonstances de la cause ⁸⁶⁹ ». « Le raisonnable (...) revêt un caractère de subjectivité, voire de relativité ⁸⁷⁰ » qui confie la construction de la vérité à l'esprit du juge, d'où l'intervention de son intime conviction.

774. Quand la vérité judiciaire, exempte du doute raisonnable est établie, le juge en déduit la culpabilité ou l'innocence. En conclusion, « le verdict de culpabilité est (...) une décision des plus complexes, compte tenu de la pluralité d'éléments sur laquelle elle s'établit. La simplicité de son résultat (coupable ou non coupable) recèle ainsi un cheminement souvent tortueux dans lequel les perceptions de la vérité, du mensonge, de la certitude et du doute se construisent et se reconstruisent de façon dynamique ⁸⁷¹ ». Ce cheminement appelle toute la loyauté des parties mais surtout toute la lucidité du juge, la conscience de sa liberté comme un moyen destiné exclusivement à servir la justice et à satisfaire le justiciable.

⁸⁶⁷ Halpérin, 2009, *op.cit.*, p. 21.

⁸⁶⁸ J. Salmon, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Le droit international, unité et diversité : Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 444-478, p. 449.

⁸⁶⁹ CEDH, Arrêt du 27 juin 1968, Affaire Wemhoff contre Allemagne, Sér. A, n° 7, par. 10.

⁸⁷⁰ CIJ, Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil du 1969, opinion individuelle du juge Ammoun, p.137, § 36.

⁸⁷¹ F. Prates, « Magistrature pénale et production de la vérité judiciaire au Brésil », *Déviance et Société*, Vol. 42, N°3, 2018, p. 431-463, p. 433.

Section 2. La nécessité d'assurer la satisfaction des justiciables

775. La reconnaissance de la culpabilité comme la consécration de la qualité de victime conduisent nécessairement vers le prononcé des sanctions à l'égard du mis en examen, désormais condamné. Les sanctions prononcées doivent, par la suite, recevoir exécution afin que la justice remplisse son rôle d'apaisement social.

776. Les droits de l'Homme, notamment le droit à la sûreté, fait que la liberté du condamné ne peut être atteinte que dans la mesure du strictement nécessaire. La règle de nécessité introduit la règle de la proportionnalité et de l'efficacité de la sanction dans la détermination de la sanction. Désormais, la liberté dans la métrique de sanction est progressivement limitée (paragraphe 1). Cependant, la sanction sélectionnée est difficilement appliquée, les moyens de mise en exécution de la sanction prononcée n'ont évolué (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La métrique des sanctions

777. La justice pénale est appelée à prononcer la sanction pénale et la réparation civile qui découle de la commission de l'infraction. La sanction pénale est le coût de l'infraction que le condamné doit à la société. La réparation civile est destinée à la personne victime en raison du tort subi. La métrique des sanctions est une étape de la procédure pénale peu règlementée par le législateur. « Cette très grande liberté du juge -pour partie, la conséquence d'un certain effacement de la loi qui ne fixe plus que les bornes extrêmes- recèle certains dangers. (...) La place laissée vide par la loi, c'est le juge qui l'occupe⁸⁷² ». Cependant, une fois encore, cette liberté ne permet pas l'arbitraire ni pour la sanction pénale ni pour la sanction civile.

778. La peine doit être légale, nécessaire et impartiale. Ce sont des conditions cumulatives.

779. Tout d'abord, la peine est légale si elle répond aux caractéristiques définies par le législateur. Les caractéristiques de la peine sont le quantum, le mode d'exécution (ferme ou assortie de sursis), la nature (peine d'amende, peine privative de droit ou peine privative de liberté) et les peines additives, complémentaires ou accessoires. Pour ces quatre caractéristiques, les prescriptions légales ne définissent qu'un cadre général.

⁸⁷² Main, 1990, *op.cit.*, p. 111.

780. Premièrement, en matière de quantum, la loi fixe une fourchette de peines à l'intérieur de laquelle le juge exerce un choix discrétionnaire. La fourchette initiale est étendue à une fourchette élargie en abaissant la peine minimale ou en élevant la peine maximale. Le plancher de peine est révisé à la baisse par une atténuation prévue par le législateur, les excuses atténuantes, ou par une atténuation accordée par le juge, les circonstances atténuantes. Les excuses atténuantes comprennent l'excuse de minorité et les excuses de provocation. L'excuse de minorité est accordée à tout mineur condamné. Elle conduit à une réduction de la peine jusqu'à la moitié du minimum légal. Les excuses de provocation sont : l'excuse au profit de l'auteur d'un meurtre sur son conjoint ou sa conjointe ou leur complice en cas de flagrant délit d'adultère commise par la victime dans la maison conjugale et l'excuse au profit de l'auteur d'une castration provoquée par un attentat violent à la pudeur commis par la victime. L'excuse de provocation entraîne le prononcé d'une peine d'emprisonnement en sanction des crimes provoqués. Alors que les excuses atténuantes sont limitativement énumérées par le législateur, les circonstances atténuantes sont laissées à la libre appréciation du juge. Les aggravations de la peine, quant à elles, sont toujours législatives. L'aggravation révisé le maximum légal à la hausse tout en laissant une fourchette d'évaluation au juge.

781. Deuxièmement, pour le mode d'exécution, la loi permet le sursis d'exécution pour les peines correctionnelles, excluant les peines criminelles et les peines de simple police. En outre, ce sursis à exécution ne peut être prononcé que pour les délinquants primaires, autrement dit n'ayant fait l'objet de condamnation antérieure. Elle interdit, par ailleurs, le sursis à exécution de la peine pour certains délits dont ceux contre les mœurs et les infractions de corruption et assimilées. À l'exception de ces prescriptions légales, le juge accorde librement le sursis en matière correctionnelle.

782. Troisièmement, le juge peut prononcer une peine pécuniaire, une peine privative de droit et une peine privative de liberté. Elles sont cumulatives ou alternatives, selon les conditions posées par le législateur. La peine pécuniaire est l'amende. Elle se définit comme une somme d'argent versée à la société, via le trésor public. Elle est prononcée en matière de simple police ou en matière correctionnelle. La peine privative de droit consiste dans l'interdiction de jouissance de droits civiques, politiques ou économiques pendant une durée déterminée ou à vie. Il s'agit, notamment, de la dégradation civique, de l'interdiction d'occuper certaines fonctions publiques, de l'interdiction d'exercer certaines activités économiques, de l'interdiction de séjour qui atteint la liberté d'aller et venir. La dégradation civique est une peine criminelle.

783. La peine privative de liberté peut être l'emprisonnement, les travaux forcés, le bannissement, la réclusion ou la déportation. L'emprisonnement est la privation de liberté par l'incarcération dans un centre pénitencier. L'emprisonnement de simple police va jusqu'à vingt-neuf jours. L'emprisonnement pour un délit simple est de six jours à cinq ans. L'emprisonnement pour un délit de grand correctionnel va jusqu'à dix ans. Les travaux forcés et la réclusion sont des peines criminelles. La peine de travaux forcés se définit comme une privation de liberté s'étendant de cinq ans à la perpétuité avec une astreinte à exécuter des travaux au profit de la société. La réclusion est la privation de liberté par l'incarcération en matière criminelle.

784. Quatrièmement, les peines additives peuvent être accessoires ou complémentaires. Les peines accessoires sont rattachées à la peine principale par le législateur. Elles sont obligatoirement prononcées par le juge. Elles s'appliquent sans qu'il ait besoin d'être prononcées expressément par la décision judiciaire condamnant à la peine principale. En l'occurrence, l'interdiction de séjour de cinq à dix ans est une peine accessoire des travaux forcés à temps prononcés à l'encontre d'un condamné pour vol de bœufs. L'interdiction d'exercer une fonction publique est une peine accessoire de la condamnation pour l'infraction de détournement de deniers publics, qu'elle soit délictuelle ou criminelle. Les peines complémentaires sont des peines additives que le juge peut prononcer avec les peines principales. Il exerce une faculté, donc une liberté, accordée par le législateur.

785. Ensuite, comme toute contrainte exercée par la société sur l'individu, il ne suffit pas à la peine d'être légale pour être juste, elle doit être nécessaire. « Le respect de la loi ne garantit pas la rationalité décisionnelle⁸⁷³ ». À l'instar de la contrainte procédurale, la notion de la nécessité met en rapport la peine et son objectif. « Tout acte d'autorité (...) qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique⁸⁷⁴ ». Pour Beccaria, la nécessité définit une limite de la peine, « le principe de nécessité (...) est un instrument de modération de la répression⁸⁷⁵ ». Beccaria fait la distinction entre une peine nécessaire, donc juste, et une peine tyrannique, injuste. L'excessivité est une tyrannie. Le « refus de toute souffrance inutile⁸⁷⁶ » caractérise la bonne justice.

⁸⁷³ G.Gómez, 2009, *op.cit.*, p. 133.

⁸⁷⁴ Beccaria, 1991, *op.cit.*, p. 63.

⁸⁷⁵ F. Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015/2, N° 2, p. 257-271, p. 266.

⁸⁷⁶ C. Lombois, 1990, *op.cit.*, p. 81.

786. « Aujourd'hui, ce principe de nécessité possède un autre visage qui est celui de l'exigence d'une répression, jouant comme un moteur de répression ⁸⁷⁷ ». Le principe de nécessité n'est plus un rempart de la peine contre l'excessivité. Désormais, le principe de nécessité est à l'origine de la peine. La nécessité devient un motif de la peine et non plus la limite du droit de punir. La nécessité se définit, dès lors, dans l'utilité. « Hier au service de la protection des libertés, la nécessité deviendrait caution de la coercition ⁸⁷⁸ ». La justice punit pour rétablir l'ordre dans la société, en réprimant l'acte commis et en neutralisant la dangerosité du condamné.

787. Cette notion d'utilité mène vers la détermination de l'objectif de la peine. L'office du juge consiste à « identifier un but clair et circonscrit, un moyen déterminé et (...) évaluer comment le second permet d'atteindre le premier ⁸⁷⁹ ». Le juge dispose d'une marge de liberté dans l'identification de ce but. La peine peut être rétributive, dissuasive ou réparatrice. La rétribution et la dissuasion sont les fonctions anciennes de la peine. La rétribution est le salaire de l'infraction, le coût du désordre social et de l'atteinte à la paix de la vie d'autrui. La dissuasion vise le condamné et les éventuels auteurs d'infractions futures. La réparation, plus récente, vise la réinsertion sociale de l'individu. Dans chaque peine prononcée, une ou plusieurs de ces fonctions sont visées par le juge, en plus du cadre précisé par le législateur. Dans ce sens, le législateur établit des peines lourdes pour les crimes, la fonction rétributive prévalant sur les autres fonctions. La fonction dissuasive justifie la possibilité pour le juge de prononcer le sursis à exécution des peines correctionnelles. La fonction réparatrice de la peine se développe surtout avec la spécialisation de la justice pénale pour les mineurs. Une peine est, dès lors, utile si elle modèle le mineur en le préparant à sa vie future au sein de la société.

788. Le but et le moyen sont à définir au cas par cas, en fonction de plusieurs paramètres dont ceux relatifs au condamné, à la victime, à l'acte commis, aux circonstances de commission et à la politique pénale. Ce couple but-moyen, défini selon ces plusieurs paramètres, explique la peine choisie parmi toutes les peines légalement possibles. Cette peine définie *in concreto* est une peine individualisée. L'individualisation semble simple *a priori*. Un acteur plus dangereux requiert une peine plus lourde. Une infraction sur une victime moins âgée implique un plus grand trouble social justifiant une peine lourde.

⁸⁷⁷ Rousseau, 2015/2, *op. cit.*, p. 266.

⁸⁷⁸ Le Monnier de Gouville, 2014, *op.cit.*, p. 501.

⁸⁷⁹ Chetard, 2013/1, *op. cit.*, p. 55.

789. Cependant, ces paramètres appellent des notions floues dont le contenu est laissé à l'appréciation de chaque juge. La notion de la dangerosité, en l'occurrence, s'est progressivement autonomisée de la culpabilité. Dans le passé, le niveau de la dangerosité est déduit de l'infraction commise, la dangerosité de l'auteur est proportionnelle à l'infraction commise. Aujourd'hui, la proportion égalitaire est rompue, le niveau de dangerosité reste déduit de l'infraction commise mais il tient également compte d'un paramètre subjectif, la perception de la dangerosité en fonction de cette infraction commise. La pénalité « donne à la société des droits sur les individus à raison de ce qu'ils sont, et non plus à partir de ce qu'ils ont fait⁸⁸⁰ ». La peine doit correspondre à l'infraction commise et à la neutralisation de la dangerosité pour éviter une infraction probable. La peur et la prévention de la récidive sont devenues des critères centraux dans la métrique de la peine.

790. De ce fait, la légalité et la nécessité de la peine, instituées initialement pour limiter la liberté du juge, produisent un effet paradoxal. La légalité instaure un cadre et consacre, à travers ce cadre, la liberté du juge de choisir parmi une multitude de peines légalement admises. Pareillement, la nécessité devient un motif de la peine dont les caractéristiques sont appréciées librement par le juge. En définitif, l'impartialité est le seul critère qui constitue véritablement un rempart contre l'arbitraire du juge.

791. En effet, l'impartialité interdit l'inégalité de décisions en cas de similitude de faits et pallie les dangers nés de l'abus de l'indépendance. « En réalité, s'il y a des "tarifs" de peines, ils sont très divers, et propres à chaque tribunal, voire à chaque chambre d'un même tribunal⁸⁸¹ ». Le principe d'impartialité vient tempérer cette liberté. « Les limites imposées à la discrétion interprétative concernent à la fois la procédure et le fond. (...) Le juge est contraint à l'égalité de traitement des parties⁸⁸² ». Cette impartialité doit être observée dans une affaire pour garantir l'égalité des parties et entre les affaires pour garantir l'égalité des justiciables.

792. L'impartialité se traduit par une prévisibilité des décisions. « Un juge doit tenir compte de sa propre jurisprudence. (...) La règle est qu'il doit suivre ses propres traces à moins qu'il n'ait de bonnes raisons de s'en écarter⁸⁸³ ». Dans ce référentiel, l'impartialité n'est pas une égalité mathématique des décisions mais une absence de changement brusque. Le changement qu'implique le dynamisme du droit doit rester prévisible. « Le juge doit éviter de se laisser

⁸⁸⁰ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010/1, N° 1, p. 69-80, p. 69.

⁸⁸¹ Kellens, 1978, *op.cit.*, p. 81.

⁸⁸² A. Barak, 2006, *op.cit.*, p. 266.

⁸⁸³ Barak, 2006, *op. cit.*, p. 234.

guider par des convictions morales personnelles qui, bien qu'elles puissent être séduisantes et semblent produire une plus grande justice sociale, ne permettraient pas de rendre compte de manière cohérente du droit établi⁸⁸⁴ ». Cette cohérence des décisions du juge assure la sécurité judiciaire.

793. Dans ce sens, la peine ne doit pas être en fonction du juge saisi. La justice doit fonctionner de manière à garantir « une solution identique pour des mêmes faits commis par deux personnes distinctes⁸⁸⁵ ». Dans cette dimension, la conséquence de l'impartialité rejoint une conséquence du principe de l'égalité. La différence de l'identité du magistrat saisi doit être inopérante. Ici encore, l'impartialité limite l'indépendance. « Le pouvoir d'interprétation délégué à chaque magistrat n'entraîne pas un pouvoir personnel. Chacun est étroitement contrôlé par l'ordre qu'à eux tous ils instaurent⁸⁸⁶ ». Le droit à un magistrat impartial implique le droit à une harmonisation des décisions judiciaires malgré les libertés des juges.

794. Cette harmonisation ne signifie point le statisme de la jurisprudence. Elle tend vers l'évolution prévisible et assimilable, « le respect de l'exigence de convenance -ou d'adéquation- par rapport au droit antérieur⁸⁸⁷ ». Le droit pénal de fond, qui fixe la sanction, et le droit pénal de la procédure, qui mène à son prononcé, doivent recevoir des interprétations et des applications constructives, de « la cohérence structurelle et fonctionnelle du système juridique⁸⁸⁸ ». La dynamique d'interprétation doit préserver l'intégrité du système pénal. Il doit, pour ce faire, répondre à des références ou de valeurs identifiées. « Il conviendra alors que le changement d'interprétation s'appuie soit sur une évolution sociale ou morale observable dans une société démocratique (...) soit sur une évolution du contexte juridique de la loi pénale en raison d'une norme hiérarchiquement supérieure⁸⁸⁹ ». Aujourd'hui, ces prérequis de la société démocratique et ces normes hiérarchiquement supérieures découlent essentiellement du droit au procès équitable, en ce qui concerne le droit pénal.

795. Dans la réparation civile, « il incombe à la justice de compenser ses souffrances et de réparer l'injustice⁸⁹⁰ » subie par la victime. « A travers le protocole de la réparation, c'est le pacte social qui est réactivé symboliquement. Le conflit devient une source de socialisation,

⁸⁸⁴ L. Bégin, 1997, *op.cit.*, p. 422.

⁸⁸⁵ Salomon, 2015, *op.cit.*, p. 22.

⁸⁸⁶ N. Herpin, *L'application de la loi (Deux poids, deux mesures)*, Paris, Seuil, 1977, p. 133.

⁸⁸⁷ Bégin, 1997, *op.cit.*, p. 423.

⁸⁸⁸ G.Gómez, 2009, *op.cit.*, p.151.

⁸⁸⁹ Saint-Paul, 2015, *op. cit.*, p. 284.

⁸⁹⁰ F. Alt-Maes, « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC*, 1994/1, N°1, p. 35-52, p. 35.

l'occasion de réaffirmer le pacte initial, d'éprouver la compétence citoyenne⁸⁹¹ ». Cette réparation, ne constitue pas la fonction centrale de la justice pénale qui est plus tournée vers la société que l'individu. La justice pénale tend à rétablir l'ordre social avant toute autre considération. Cette fonction explique la possibilité de déclenchement de l'action publique indépendamment d'une plainte et la continuité de l'action publique malgré le retrait de la plainte ou le défaut de constitution de partie civile.

796. Toutefois, même si la réparation à l'endroit de la victime n'occupe pas une fonction centrale dans la justice pénale, elle tient une fonction essentielle. En effet, si la distinction entre l'action publique et l'action civile est nette, la distinction entre la peine et la réparation à l'endroit de la victime l'est beaucoup moins. « La réparation demandée est toujours une réparation morale qui exige la recherche des causes de ses dommages, la recherche de la vérité dans le déroulement des événements qui l'ont bouleversée, traumatisée, l'identification des fautes commises, la reconnaissance de culpabilités et de responsabilités et le prononcé d'une sanction⁸⁹² ». La réparation s'opère donc dans le processus même de l'action publique et la reconnaissance de la culpabilité. Il n'est pas rare que la victime, invitée à fixer le montant de la réparation, s'en abstient et demande simplement à ce que la justice soit faite, bien qu'elle ait participé activement à toute la procédure. Dans ce sens, « la revendication la plus récente des victimes est une revendication de dignité ou plus modestement de considération ou d'honneur⁸⁹³ ». Cette dignité et cet honneur, valeurs morales, se réfèrent plus à la reconnaissance du statut de victime à travers la reconnaissance de la culpabilité de la partie adverse qu'à la réparation pécuniaire issue de l'action civile.

797. Néanmoins, si la victime le demande, elle a droit à la réparation du préjudice subi. Ce préjudice se distingue du dommage. « Le dommage désigne, à proprement parler, la lésion subie, qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de cette lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage⁸⁹⁴ ». Autrement dit, le dommage suit immédiatement l'infraction tandis que le préjudice naît du dommage. « Le dommage apparaît ainsi comme une réalité première —la lésion, l'atteinte (...)— tandis que le préjudice, notion seconde, serait constitué par les répercussions de la lésion sur la personne de la victime

⁸⁹¹ A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 318.

⁸⁹² A. D'Hauteville, « Rapport introductif. La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *APC*, 2002/1, N° 24, p. 7-13, p. 9.

⁸⁹³ X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, N°2, 2002/2, p. 245-261, p. 245.

⁸⁹⁴ Ph. Le Tourneau, Ph. Stoffel-Munck, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, N° 1305.

⁸⁹⁵ ». Cette différenciation réside également dans la considération de la victime. Le préjudice est une « notion subjective centrée sur la personne de la victime⁸⁹⁶ », sa perception du dommage et les conséquences du dommage dans sa vie. De ce fait, un dommage matériel ou corporel peut entraîner un préjudice de même type, mais également un préjudice moral, entendu comme la souffrance psychologique née de la réalisation d'un dommage.

798. Le préjudice réparable doit être direct, actuel et certain. Ces trois caractères sont cumulatifs. Le préjudice direct est la lésion reliée avec l'infraction par un lien de causalité, constituant à son égard une conséquence. Cette imputabilité du préjudice relie la victime au condamné, elle justifie la naissance de la créance. Le préjudice actuel est la lésion établie au jour de la décision. Cependant, le préjudice futur dont la réalisation est certaine est assimilé au préjudice actuel. Tel est le cas des conséquences des incapacités permanentes. Le préjudice certain est la lésion qui n'est pas hypothétique, dont l'existence est vérifiable. La réparation est un droit dès que ces trois critères sont réunis. La satisfaction, pour la victime, naît de la réparation.

799. Le principe est la réparation intégrale, autrement dit, la réparation doit couvrir tous les préjudices et doit leur être proportionnelle. Ces préjudices peuvent être matériels, corporels, moraux, esthétiques ou d'agrément. Le préjudice matériel est la lésion affectant le patrimoine. Le préjudice corporel atteint le corps humain. Le préjudice moral est « un sentiment profond de solitude, d'échec, de détresse, d'angoisse indescriptible, parfois insurmontable⁸⁹⁷ ». Le préjudice esthétique est « la persistance d'une disgrâce permanente chez la victime (cicatrices, enlaidissement)⁸⁹⁸ ». Le préjudice d'agrément concerne « l'impossibilité d'effectuer certaines activités, la privation totale ou partielle, provisoire ou définitive des plaisirs de la vie et des joies de l'existence⁸⁹⁹ ».

800. Cependant, si le caractère réparable du préjudice est établi, la mesure de la réparation est problématique. L'évaluation du préjudice fait appel à la libre appréciation du juge. En plus, « plusieurs facteurs de minoration ou de majoration de celui-ci sont susceptibles d'être retenus *in concreto* par les juges⁹⁰⁰ ». L'évaluation du préjudice matériel est relativement facile, la

⁸⁹⁵ R. Ollard, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC*, 2010/3, p. 561-585, p. 562.

⁸⁹⁶ Ollard, 2010, *op. cit.*, p. 564.

⁸⁹⁷ C. Meimon Nisembaum, « Le préjudice moral d'une victime, une indemnisation trop rare », *Reliance*, N° 28, 2008/2, p. 120-122, p. 121.

⁸⁹⁸ M. A. Zougrana, *La place de la victime dans le procès pénal, étude de droit comparé : droit burkinabé sous l'éclairage du droit international*, Thèse en droit, Strasbourg, 2012, p. 333.

⁸⁹⁹ Zougrana, 2012, *op. cit.*, p. 333.

⁹⁰⁰ F. Gras, « L'indemnisation des atteintes à la vie privée », *Légicom*, 1999/4, N° 20, p. 20-21, p. 21.

valeur d'un bien pouvant être assez aisément déterminée. Les préjudices corporels, moraux, esthétiques et d'agrément, quant à elle, sont difficilement évaluables. Leur évaluation consiste à mesurer des abstractions comme la douleur affectant le corps humain, l'état d'esprit, la perception et l'image, la satisfaction lors d'une activité. Demander leur réparation va bien au-delà d'une demande de revendication pécuniaire. La victime sollicite surtout la reconnaissance « de la dignité humaine⁹⁰¹ » et de ce que cette dignité requiert comme une qualité de vie et de jouissance de la vie. Le juge, une fois encore, fait intervenir sa propre métrique. « Cette évaluation subjective est en partie arbitraire⁹⁰² ». Mais elle reste également soumise au principe de proportionnalité au préjudice, casuistique, et de cohérence, structurelle comme dans la métrique de la sanction pénale.

801. Les sanctions civiles incluent, en plus de la réparation du préjudice, les frais de procédures avancés par la victime, « au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci⁹⁰³ ». À Madagascar, ce remboursement de frais de procès est important. La justice pénale est déclarée gratuite mais elle est loin de l'être. Le transport des témoins pour les auditions et les audiences, les frais d'expertise à l'initiative des parties, et parfois même les frais engendrés par les déferrements au tribunal sont supportés par la partie civile. Les honoraires des avocats prètent au questionnement en raison de leur nature facultative. Cependant, le caractère remboursable ne dérive pas de l'obligatorité de la dépense à l'origine du frais mais de l'apport de la dépense dans la construction de la vérité judiciaire. Les frais de procès comprennent toutes les dépenses engagées pour cet objectif du procès pénal. Dans la mesure où l'intervention d'un conseil, avec son apport dans un contradictoire plus poussé, contribue à la construction de la vérité judiciaire, il s'agit donc d'un frais remboursable.

Paragraphe 2. L'exécution des sanctions

802. « La décision de justice (...) appelle à être exécutée. Elle commande une réaction, entraîne des conséquences. Son exécution est alors l'aboutissement de la procédure juridictionnelle, sans laquelle elle ne saurait être effective⁹⁰⁴ ». L'exécution de la sanction est fondamentale dans le procès pénal. La justice n'est rendue que lorsque la décision est exécutée. « Un droit non appliqué ne génère pas d'assurance d'ordre⁹⁰⁵ ». Plus que le procès, l'exécution

⁹⁰¹ Meimon Nisembaum, 2008, *op.cit.*, p. 122.

⁹⁰² Meimon Nisembaum, 2008, *op.cit.*, p. 120.

⁹⁰³ Zoungrana, 2012, *op.cit.*, p. 333.

⁹⁰⁴ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 303.

⁹⁰⁵ G.Gómez, 2009, *op.cit.*, p. 137.

de la décision judiciaire rétablit la paix sociale. Elle démontre l'aptitude de l'État à rétablir et à réinstaurer une vie collective harmonieuse.

803. Pour la victime, l'exécution de la décision judiciaire réalise son droit à la réparation. C'est pourquoi l'exécution de la décision judiciaire est comprise dans le droit au recours effectif. Le droit à l'exécution de la décision judiciaire est, en plus, du droit à l'égalité de protection de la loi. Quand la protection initiale a été défaillante, il appartient à l'État de créer la voie de droit permettant la restauration de la situation initiale. « Le droit à l'égalité de protection de la loi (...) doit être interprété comme la prérogative reconnue à toute personne d'avoir un accès égal aux tribunaux et d'être traité de manière égale par eux tant dans les procédures que dans la substance⁹⁰⁶ ». La procédure sert à atteindre la substance, elle n'est qu'un moyen pour parvenir à la réparation. Tout système judiciaire, même conforme aux exigences du procès équitable, est inutile dès lors que le jugement est inexécuté. L'exécution d'une décision de justice est « la preuve de l'accès effectif au tribunal⁹⁰⁷ ».

804. La CEDH, dans son Arrêt *Hornsby* contre Grèce du 19 mars 1997, explique que : « [Le droit d'accès à un tribunal] serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie ». Dans son Arrêt *Lunari* contre Italie du 11 janvier 2010, elle a consacré, comme élément du droit à un tribunal, le droit à l'exécution des jugements. « Le recours effectif sera donc celui qui ne sera pas de pure forme mais offrira toutes les garanties d'efficacité requises et quelque chance de succès, celui qui aboutira à une décision susceptible de se matérialiser dans les faits⁹⁰⁸ ». Le droit à un recours judiciaire inclut le droit à l'exécution de la décision de justice.

805. Cette exécution de la décision implique des acteurs multiples. L'exécution de la sanction est la phase entre le prononcé et le début de son application par le condamné. Primo, l'exécution de la sanction civile est à la charge de la victime qui doit recourir à l'exploit d'un huissier. Ce dernier procède à la notification de la décision et à la réclamation de la réparation financière prononcée. L'exécution provisoire peut être prononcée par le juge dans les hypothèses d'urgence définies par le Code de procédure civile. Dans la pratique, l'exécution provisoire n'est accordée que dans les affaires d'homicides ou de blessures involontaires.

⁹⁰⁶ Commission africaine, *Affaire Albert Bialufu Ngandu contre République Démocratique du Congo*, *Communication* N°433/12.

⁹⁰⁷ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 319.

⁹⁰⁸ Mertens, 1967, *op.cit.*, p. 462.

L'urgence, dans ce cas, s'explique par le préjudice corporel, générant un préjudice matériel, que subit la victime et dont la causalité à l'infraction est difficilement contestable. À défaut d'exécution, la victime dispose des voies légalement de recouvrement notamment les saisies. La prescription de la sanction civile est trentenaire, courant à partir du prononcé.

806. « Les juges se bornent à trancher des litiges (...) ; l'exécution concrète de leurs décisions dépend du concours de la force publique, c'est-à-dire de l'administration⁹⁰⁹». L'exécution de la sanction pénale, la peine, est diligentée par le ministère public. La prescription est en fonction de la peine prononcée. Elle est de vingt ans pour une peine criminelle, de cinq ans pour une peine correctionnelle et de deux ans pour une peine de simple police. Le ministère public est assisté de l'administration financière en matière d'amende et de la force publique puis de l'administration pénitentiaire en matière de privation de liberté. L'amende est recouvrée soit amiablement, soit de manière contentieuse. Le recouvrement amiable se fait au niveau du service des frais de justice pénale et assimilés des cours et des tribunaux par un régisseur. Parallèlement, dès son prononcé, la décision est communiquée au trésor public aux fins de recouvrement. Le recouvrement contentieux des amendes est effectué par le comptable du trésor public qui procède comme en matière fiscale.

807. Pour les peines privatives de liberté, la situation diffère selon qu'il s'agisse d'un condamné déjà incarcéré provisoirement ou d'un condamné encore en liberté. Si le condamné est déjà incarcéré en détention provisoire, la décision est communiquée au centre de détention pénitentiaire pour son exécution. L'extrait de décision se substitue dès lors au titre de détention provisoire. La durée passée en détention provisoire est déduite de la peine prononcée.

808. Si le condamné est encore en liberté, la décision est communiquée à la force publique pour son exécution. En principe, les moyens pour ce faire sont fournis par l'État. En réalité, la victime investit de ses propres moyens pour que les agents de la force publique puissent se déplacer et appréhender le condamné. Mais même cet investissement personnel peut rester infructueux en raison de l'absence de base de données d'urbanisation. La conscience de cette difficulté d'exécution des décisions sur les condamnés en liberté conduit les magistrats à décerner les mandats de dépôt lors de la comparution des prévenus et des inculpés devant eux en cas de charges suffisantes. Le souci d'exécution des décisions de justice influe, de ce fait, sur le respect des libertés en ce qu'elle conduit souvent à une mise sous détention sous la simple probabilité d'une condamnation. De ce fait, l'exécution de la décision judiciaire reste

⁹⁰⁹ J. Chevallier, *Sciences administratives*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2002, p. 72.

également tributaire des moyens déployés par la victime. Cette réalité est constitutive de la rupture d'égalité des citoyens devant la justice.

CONCLUSION DU CHAPITRE

809. L'appréciation de la culpabilité et la fixation de la sanction sont des phases judiciaires laissées à la liberté du juge dans la législation malgache. Cependant, la solution adoptée par le juge « a de fortes probabilités d'être juste sur le fond si le processus juridictionnel et le jugement lui-même sont soumis à des exigences de qualité⁹¹⁰ ». Ces exigences ne sont pas expressément établies par le législateur. Les dispositions relatives aux décisions se limitent à invoquer l'intime conviction du juge. Elles sont déduites des principes découlant des droits de l'homme en général. Le risque judiciaire, à cette phase de procès, ne résulte donc pas de l'absence de règles mais plutôt de l'absence des moyens de contrôle de l'application des règles.

810. Au-delà de ce risque judiciaire, la phase d'exécution des décisions amène d'autres enjeux. Elle démontre que la justice entretient inévitablement un lien étroit avec des facteurs qui lui sont extérieurs pour être efficace. Juger n'est pas forcément rendre justice, puisque la justice requiert bien plus qu'une décision. Pour Madagascar, cette phase d'exécution cristallise plusieurs obstacles de l'entreprise judiciaire à Madagascar : l'impact des moyens financiers des justiciables et la précarité des moyens à la disposition de la machine judiciaire. Malgré la prescription constitutionnelle selon laquelle l'insuffisance des ressources ne saurait faire obstacle à la réalisation du droit de se faire rendre justice, cette réalisation demeure fortement tributaire des ressources des justiciables.

⁹¹⁰ N. Fricero, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p.50.

TITRE 2. L'ÉCLATEMENT DU POUVOIR DE RENDRE JUSTICE

« La Justice répressive ne fait que connaître du droit que sa force. Le châtement correspond philosophiquement au moment de l'État qui assure la force du droit. Mais il est impuissant par lui-même à en établir la reconnaissance morale et l'acceptation politique⁹¹¹ ».

811. La colonisation a déconstruit la justice et a réduit la justiciable. Le désordre a persisté au-delà de la décolonisation. Il est considérablement redressé avec le regain de pouvoir du magistrat et la consécration du pouvoir du justiciable à travers la reconnaissance des droits de l'Homme. Toutefois, les apports de ces bouleversements dans la sécurité judiciaire restent fragiles.

812. Ce titre démontre que le pouvoir de rendre justice est précaire en ce qu'il fait l'objet d'un éclatement entre plusieurs acteurs. Le phénomène d'éclatement n'est pas nouveau, mais elle est aggravée depuis l'année 2010. L'éclatement se décline en deux types : l'éclatement de la compétence du juge (chapitre 1) et l'éclatement de son emprise (chapitre 2). Ces deux types d'éclatement atteignent la sécurité judiciaire du citoyen. Cependant, l'éclatement de l'emprise du juge peut déboucher sur des perspectives nouvelles d'amélioration de la sécurité judiciaire à Madagascar.

⁹¹¹ J.-M. Ferry, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000, p. 155-156

Chapitre 1. L'éclatement de la compétence du juge : une menace contre le droit au procès équitable

813. L'éclatement de la compétence du magistrat est un phénomène récurrent. Cet éclatement se manifeste par des spécialisations. La spécialisation se réfère toujours à des justifications techniques. « Que les juges doivent être spécialisés, dans une société au fonctionnement de plus en plus complexe, est une nécessité⁹¹² ». La Justice s'adapte à la complexité de la société pour continuer à satisfaire son rôle de gardien, ou le cas échéant, de bâtisseur de la paix sociale. « La spécialisation est (...) une réponse adaptée à un type de délinquance très sophistiqué, technique, organisé, complexe, grave⁹¹³. »

814. Cependant, le choix d'éclater la compétence du juge s'enracine toujours dans un sous-bassement politique, plus ou moins louable, selon le cas. Les aménagements techniques deviennent des moyens pour atteindre l'objectif politique. Lors de la colonisation, la création de la juridiction indigène répond à l'instrumentalisation de la Justice, une arme d'oppression sur la population indigène, masquée dans le discours de la restauration ou du maintien d'un ordre public. La justice indigène rentre dans ce dessein de la discrimination d'État, préalable à l'exploitation.

815. Depuis le recouvrement de l'indépendance, l'objectif politique de l'éclatement des juridictions n'est plus l'institutionnalisation d'une discrimination judiciaire. Le discours de distinction est plus subtil, la raison technique semble être plus fondée. Cependant, « s'il existe des raisons techniques justifiant la spécialisation des juridictions, la création de juridictions particulières ébranle cependant l'unité fondamentale de la Justice⁹¹⁴. » Cette unité assure la prévisibilité du fonctionnement judiciaire. Elle facilite l'efficacité des réformes processuelles, chaque innovation s'appliquant à l'ensemble de la matière. Elle constitue, pour le justiciable, une réalisation de son droit à l'égalité. La justification technique ne peut prévaloir sur le droit au procès équitable.

816. Malgré cela, ce chapitre démontre que la spécialisation, devenue une pratique courante dans l'organisation judiciaire à Madagascar, est constitutive d'une menace à la réalisation du

⁹¹² M. Trévidic, « Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après-demain*, 2010/3, N° 15, p. 48-50, p. 48.

⁹¹³ Oudoul, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la CEDH*, Thèse en Droit, Auvergne, 2016, p. 202.

⁹¹⁴ L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès. op.cit.*, p. 424.

procès équitable. Cette spécialisation fait primer la raison technique, qu'elle soit relative à la particularité du justiciable (section 1), ou relative à la particularité de l'infraction (section 2), sur les principes fondamentaux. Elle met en danger le justiciable en instaurant de nouveaux paramètres atteignant une prévisibilité judiciaire qui n'est déjà que partiellement acquise, comme expliqué dans nos précédents chapitres.

Section 1. L'éclatement de la compétence personnelle

817. La compétence personnelle se réfère au mis en examen. Le système pénal malgache consacre deux juridictions spécialisées par leur compétence personnelle : la juridiction pour les mineurs, spécialisée en raison de l'âge du mis en examen (paragraphe 1), et la Haute Cour de Justice qui est spécialisée en raison de la fonction exercée par le mis en examen (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le risque de partialité dans la juridiction pour les mineurs

818. Le mineur est « un sujet de droit doté de caractéristiques spécifiques, disposant d'une certaine autonomie, plus ou moins développée en fonction de son âge et de son développement physique et psychologique⁹¹⁵ ». Ces singularités notamment d'une personnalité encore en recherche et en construction de soi-même, appellent une protection judiciaire.

819. « Du fait de la nature spécifique des questions que la justice des mineurs est amenée à traiter, elle doit nécessairement présenter des particularités par rapport au système de la justice pénale applicable aux adultes⁹¹⁶ ». La spécialisation résulte d'une double considération. Le manque de discernement, caractéristique des mineurs, justifie une clémence de la société. « Les justiciables mineurs ne possèdent pas des moyens (...) psychologiques semblables à ceux des justiciables majeurs⁹¹⁷ ». La deuxième considération est relative à l'intérêt supérieur de l'enfant, principe directeur de toute action de l'État le concernant. Cette considération est posée par la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par 190 États, dont Madagascar. Eu égard à cet intérêt supérieur de l'enfant, l'objectif du droit pénal des mineurs est la réinsertion sociale et non la rétribution, la « primauté de l'éducation sur la répression⁹¹⁸ ».

820. Ce régime protecteur inclut plusieurs exceptions au droit pénal des majeurs. Certaines exceptions relèvent du droit pénal de fond. Pour Madagascar, elles consistent dans la gradation de la responsabilité pénale. L'âge conditionne le degré de la responsabilité parce qu'« encore faut-il, conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à

⁹¹⁵ R. Ottenhof, « La responsabilité pénale de mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, 2004/1, Vol. 75, p. 25-49, p. 30.

⁹¹⁶ CEDH, Adamkiewicz, *op. cit.*, § 106.

⁹¹⁷ J. Audry, *La professionnalisation du juge*, Thèse en droit, Toulon, 2016, p. 344.

⁹¹⁸ P. Bonfils, « Chronique de droit pénal des mineurs », *RIDP*, 2011/3, Vol. 82, p. 637-643, p. 639.

l'acte matériel à lui reprocher est établie, ait compris et voulu cet acte ; (...) toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté⁹¹⁹». Elles comprennent également la nature des mesures que la juridiction peut prononcer : les mesures éducatives et la liberté surveillée sont exclusivement prévues pour les mineurs. Les sanctions doivent viser la réinsertion, « sanctionner intelligemment le mineur en fonction de son acte à un instant T mais également et surtout de ses perspectives d'évolution⁹²⁰ ». Elles abordent, par ailleurs, dans le quantum des peines avec des mesures générales à toutes les condamnations, l'excuse atténuante de minorité et l'interdiction de la contrainte par corps, et une mesure spécifique aux condamnations criminelles dont l'interdiction des peines perpétuelles.

821. D'autres exceptions relèvent du droit du procès. À Madagascar, ce procès est diligenté par un juge spécialisé, le juge des enfants, et dans une juridiction spécialisée, la juridiction pour mineurs. La Convention internationale des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, dans l'alinéa 3 de son article 40, suggère cette spécialisation de juridictions pour mineurs en exécution de l'obligation des États parties. « Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale ». La spécialisation du juge des enfants rompt l'équilibre entre la société et le mis en examen pour consacrer l'intérêt supérieur de l'enfant.

822. « La mission juridictionnelle du juge des enfants est particulièrement complexe : elle nécessite du magistrat qu'il protège le mineur de lui-même et des autres à un âge où ses choix, manquant bien des fois de cohérence et de réflexion, sont déterminants pour son avenir⁹²¹ ». Cette protection est au centre de sa mission d'agencement de la sanction avec les autres mesures réparatrices. « Le juge des enfants connaît mieux la personnalité du mineur et peut ainsi mieux le juger tout en prononçant des mesures appropriées⁹²²». Pour remplir cette mission, la spécialisation concerne l'action du juge, mais également l'attitude du juge lui-même, une « implication personnelle⁹²³ » « dans ses décisions comme dans son comportement à l'égard

⁹¹⁹ Cour de Cassation française, crim. 13 décembre 1956, n° 55-05.772, D. Laboube, 1957, note M. Patin

⁹²⁰ P. Desloges, « Faut-il opposer le juge de l'assistance éducative au juge répressif ? », *Journal du droit des jeunes*, 2007/6, N° 266, p. 8-9, p. 9.

⁹²¹ Audry, 2016, *op.cit.*, p. 345.

⁹²² J. -F. Renucci, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, Janvier – Mars 2000, p. 88.

⁹²³ L. Bellon, « L'impartialité du juge des enfants ? Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », *Journal du droit des jeunes*, Décembre 2012, N° 320, p. 26-33, p. 33.

du mineur⁹²⁴». La protection doit être individualisée. Le juge des enfants doit remplir plus que la fonction de rétribution.

823. L'action judiciaire concernant le mineur est optimisée à travers la création d'une juridiction, dans laquelle le juge des enfants officie. La pratique des juridictions spécialisées pour les mineurs est commune à plusieurs pays. « Le premier tribunal spécifique pour mineurs est ainsi né dans l'État de l'Illinois en 1899, et cet exemple s'est étendu à nombre de pays : l'Angleterre en 1908, le Portugal en 1911, la France en 1912, les Pays-Bas en 1922, l'Allemagne en 1923, le Brésil en 1923 et 1927, la Grèce en 1931, l'Espagne en 1948⁹²⁵ ». En effet, la réussite de la mission du juge des enfants est mieux assurée lorsque la spécialisation s'étend à la juridiction en général. Le système implique plusieurs acteurs dotés d'un ensemble de moyens et une procédure pour la protection. « Il est essentiel que l'enfant soit jugé par une juridiction spécialisée capable de se montrer pleinement attentive aux handicaps dont il souffre, d'en tenir compte et d'adapter la procédure en conséquence⁹²⁶ ».

824. Pour Madagascar, cette procédure regorge des traits spécifiques. Ils couvrent l'intégralité de la procédure comme le droit du mineur à l'assistance du tuteur ou seulement une étape de la procédure. Au niveau du ministère public, le mineur délinquant ne peut faire l'objet d'une poursuite par l'information sommaire. Au niveau du jugement, le huis clos est exigé pour les débats en prétoire et le cumul de fonctions du juge des enfants.

825. Premièrement, dans toute la procédure, le mineur délinquant est assisté par son tuteur, à défaut, une personne de l'assistance sociale. Le tuteur est le parent ou toute personne investie de ce pouvoir par une décision judiciaire. L'assistance s'explique par le besoin d'une protection supplémentaire. Le rituel judiciaire peut être impressionnant, voire terrorisant, surtout pour le mineur. La présence du tuteur garantit l'aptitude à se défendre. En effet, l'enfant « risque de ne pas pouvoir participer réellement à la procédure en raison de son jeune âge et de capacités intellectuelles limitées⁹²⁷ », entraînant un manque de discernement. La présence du tuteur réduit le risque d'abus de cette vulnérabilité, par la partie adverse ou même par la juridiction. Cette assistance répond, de ce fait, aux exigences des droits de l'Homme sur l'égalité dans le procès, qui requiert un traitement procédural inégal en cas d'inégalité de fait des justiciables en contradiction.

⁹²⁴ J. -F. Renucci, « La justice pénale des mineurs ». In *La Justice pénale*. Justices, Avril-Juin 1998, N°10. p. 114.

⁹²⁵ Bonfils, *op. cit.*, 2011, p. 637.

⁹²⁶ CEDH, Arrêt du 15 juin 2004, SC contre Royaume-Uni, §35.

⁹²⁷ CEDH, Arrêt du 15 juin 2004, SC contre Royaume-Uni, §35

826. Deuxièmement, la procédure de l'information sommaire est interdite pour la poursuite d'un mineur. Deux raisons expliquent cette interdiction. Au niveau structurel, d'une part, les juridictions pour les mineurs n'incluent que le juge des enfants, le tribunal pour enfant et la cour criminelle des mineurs. Le traitement au niveau du ministère public ne répond donc pas à la spécificité protectrice. D'autre part, la mission de protection suppose une connaissance accrue du délinquant qui est incompatible avec la rapidité du traitement judiciaire, caractéristique de l'information sommaire. En plus, le magistrat du ministère public reste habilité à ordonner la détention provisoire dans l'information sommaire. Or, « une attention particulière doit être apportée aux garanties qui entourent le prononcé d'une mesure également grave, susceptible de perturber gravement la personnalité du mineur, voire de le conduire au suicide en raison du choc carcéral⁹²⁸ ».

827. Troisièmement, d'une part, les débats en prétoire impliquant des mineurs en conflit avec la loi sont tenus à huis clos. C'est une exception au principe de publicité, définie comme « la possibilité offerte à toute personne, sans distinction, de pénétrer, de circuler et de se maintenir ou non dans l'auditoire⁹²⁹ ». « Âme de la justice⁹³⁰ », la publicité permet un contrôle citoyen direct sur le déroulement de la justice dans sa forme la plus expressive, les débats. « La justice rendue secrètement attise les craintes légitimes les plus grandes, elle est analysée comme pouvant faciliter la partialité, les injustices, l'arbitraire⁹³¹ ». La transparence bâtit la confiance du citoyen dans la justice. « Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité sont injustes⁹³² ». Le défaut de publicité écorche la confiance nécessaire pour la légitimité.

828. « Ce principe [de publicité] n'est pas seulement moral et essentiel à la doctrine de la vertu, il est également juridique et se rapporte également au droit des hommes⁹³³ ». Le secret entretient la suspicion, elle est constitutive d'une partialité formelle. « Les pires injustices se commettent dans l'ombre⁹³⁴ ». Dans ce sens, le principe de la publicité est posé par la DUDH dans son article 10 : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement (...) ».

⁹²⁸ Ottenhof, 2004, *op.cit.*, p. 41.

⁹²⁹ P. Piot, *Du caractère public du procès pénal*, Thèse en droit, Lorraine, 2012, p. 13.

⁹³⁰ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, p. 146.

⁹³¹ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 141.

⁹³² E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg, Nicolovius, 1796, p. 100.

⁹³³ Kant, 1796, *op. cit.*, p. 100.

⁹³⁴ Desportes et Larzegès-Cousquier, *op. cit.*, p. 303.

829. Toutefois, dans le procès des mineurs, la publicité des débats cède place à l'objectif de la réinsertion sociale. Cette dérogation est prévue par le Pacte international du droit civil et politique. Le législateur estime que la limitation de l'accès du tiers au prétoire facilite la réinsertion du mineur délinquant à travers la préservation de son image. D'ailleurs, si la publicité des débats, assurance d'une impartialité formelle, est écartée, le principe du contradictoire égalitaire continue de régir le procès des mineurs, garantissant une impartialité substantielle. En outre, le huis clos empêche la publicité des débats au prétoire et non la publicité du procès dans son ensemble. En effet, la publicité s'apprécie dans deux aspects « d'une part, par la possibilité, pour le public, d'être témoin du procès par le libre accès à la salle d'audience ; d'autre part, par la possibilité offerte au public de recevoir des informations relatives aux procès pénaux⁹³⁵ ». Ce second aspect ne fait pas l'objet de dérogation.

830. D'autre part, le principe de la séparation fonctionnelle est écarté au sein de la juridiction pour les mineurs à Madagascar. Il est possible pour un magistrat de prendre plusieurs décisions concernant un mineur, en exerçant successivement plusieurs fonctions. Dans le droit commun, le cumul de fonctions est interdit aux motifs que le magistrat prenne forcément une position qui est constitutive d'un préjugé s'il doit réexaminer une affaire. « Un exercice successif ou cumulatif de fonctions distinctes⁹³⁶ » favorise une partialité.

831. Cette dérogation est commune à plusieurs États. Le cumul de fonctions s'insère dans la primauté de l'éducation sur la rétribution. Il consacre le principe de continuité du suivi. Ce principe régissait initialement la fonction civile du juge des enfants qui est l'assistance aux mineurs en danger. Progressivement, la distinction entre la fonction civile et la fonction pénale s'estompe. « Dès le début du vingtième siècle, aux États-Unis, le juge des enfants prend en charge de la même façon les enfants coupables et les enfants victimes. (...) Ils doivent être traités par l'État comme ils le seraient par les parents. Il s'agit d'une justice paternaliste incarnée par un juge spécialisé, le juge des enfants⁹³⁷ ». En effet, la délinquance est souvent la réaction du mineur en danger. De ce fait, le principe de continuité, institué pour le mineur en danger, est étendu au mineur délinquant. « Le mineur dangereux peut ainsi se révéler un « mineur en danger », justifiant la mise en œuvre de mesures de protection⁹³⁸ ». La frontière entre l'assistance, une mesure visant l'enfant en danger, et la punition, une mesure visant l'enfant

⁹³⁵ Piot, 2012, *op.cit.*, p. 14.

⁹³⁶ Berthier, 2011, *op.cit.*, p. 215.

⁹³⁷ D. Youf, « La justice pénale des mineurs. Entre spécialisation et déspecialisation », *Les cahiers dynamiques*, N° 64, 2015/2, p. 33-41, p.32-33.

⁹³⁸ Ottenhof, 2004, *op. cit.*, p. 29.

dangereux devient perméable. « L'important n'est pas de connaître la gravité du délit mais de savoir comment résoudre les difficultés qui sont à son origine⁹³⁹».

832. Cette introduction graduelle du principe de continuité démontre la reconnaissance de la spécificité dont devrait revêtir la justice pour les mineurs. « Toute l'évolution de la justice des mineurs, et sa force, a consisté notamment à spécialiser un magistrat autour des questions de la jeunesse et à assurer la continuité de l'action du juge des enfants⁹⁴⁰ ». Cette jeunesse réunit plusieurs caractéristiques qui requièrent tantôt l'assistance tantôt la surveillance, mais en tout cas, elle requiert une protection à laquelle la vulnérabilité donne droit. Désormais le principe de la continuité du suivi, manifesté à travers le dédoublement fonctionnel, régit l'ensemble des attributions du juge des enfants, civiles comme pénales. « Le juge, pour prononcer une peine, doit connaître (la loi l'impose) la personnalité de l'enfant, son environnement et ses conditions de vie⁹⁴¹ ». La logique éducative écarte la logique de cloisonnement des fonctions. Ce décroisement facilite « la connaissance de la personnalité du mineur, dans le cadre d'une relation personnelle et suivie entre le juge et le mineur et sa famille⁹⁴² », et assure l'efficacité de la mesure adoptée.

833. Le bien-fondé de ce décroisement, cependant, est désormais remis en question. En droit comparé, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a développé une jurisprudence analysant le dédoublement des fonctions par rapport au principe d'impartialité formelle. Dans un premier temps, l'Arrêt Piersack contre Belgique du 1^{er} octobre 1982, pose le principe de séparation absolue des fonctions, exige d'une impartialité formelle. Sans besoin d'apprécier si le dédoublement fonctionnel a effectivement entraîné l'intervention d'un préjugé né d'une première décision, le fait pour un magistrat de statuer plus d'une fois sur une affaire est une violation du principe d'impartialité.

834. Dans un second temps, depuis l'Arrêt Hauschildt contre Danemark du 24 mai 1989, la CEDH abandonne l'exigence de la séparation stricte. Désormais, la suspicion de la partialité n'est plus établie dès qu'il y a un cumul de fonctions. La cour requiert la « partialité réalité⁹⁴³ », l'intervention d'un préjugé. « Le principe séparatiste est donc affaibli, sa seule méconnaissance est insuffisante, il faut démontrer l'ampleur exacte du cumul afin de déterminer si les

⁹³⁹ D. Youf, 2015, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁴⁰ Desloges, *op.cit.*, p. 2007, p. 8.

⁹⁴² Bonfils, *op. cit.*, 2011, p. 639.

⁹⁴³ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 178.

appréhensions du justiciable sont justifiées⁹⁴⁴ ». Ce critère de l'ampleur exacte amène une évaluation casuistique de l'intervention antérieure. En 2010, la CEDH étaye la distinction entre une décision constitutive d'un préjugé et un simple état de suspicion. « On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité. (...) En l'espèce, la Cour estime que la motivation retenue par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel d'Orléans constitue davantage une idée préconçue de la culpabilité du requérant que la simple description d'un « état de suspicion » au sens de la jurisprudence de la Cour⁹⁴⁵».

835. Dans ce sens, l'Arrêt Nortier contre Pays-Bas du 24 août 1993 confirme cette nouvelle position de la séparation souple des fonctions. Le requérant allègue la violation du principe d'impartialité aux motifs que le juge des enfants statuant sur sa cause a été le magistrat instructeur qui a déjà statué plusieurs fois sur sa détention provisoire. La Cour expose que « les inquiétudes subjectives du suspect, pour compréhensibles qu'elles puissent être, ne constituent pas l'élément déterminant : il échet avant tout d'établir si elles peuvent passer pour objectivement justifiées⁹⁴⁶ ». Elle invoque l'insuffisance du dédoublement fonctionnel pour constituer, sans faits additionnels, la preuve d'une partialité. Elle recherche la preuve d'une partialité réalité. « [Les] ordonnances relatives à la détention provisoire n'auraient pu légitimer des appréhensions concernant son impartialité⁹⁴⁷ [du juge] », rendre ces ordonnances n'ont pas requis une appréciation du fond de la cause. La CEDH conclut qu'il n'y a pas eu violation du droit à l'impartialité du juge.

836. L'Arrêt Nortier entérine le basculement général opéré en 1989 en substituant une séparation souple à la séparation stricte. Bien qu'il traite du cas d'un mineur délinquant, il n'aborde pas expressément la confrontation de la logique éducative du droit des mineurs avec le principe d'impartialité. Il se positionne plutôt dans le rapport du cumul des fonctions face au principe d'impartialité. Il institue les caractéristiques de la première décision comme un élément déterminant pour l'existence de la partialité dans le dédoublement fonctionnel. Si la première décision n'a pu intervenir qu'avec un positionnement sur le fond de l'affaire, le dédoublement fonctionnel est une violation de l'impartialité. Autrement, il n'en est pas le cas.

837. Toutefois, l'Arrêt Nortier appelle une remarque dans son appréciation de la nature de la première intervention. Selon lui, la décision relative à la détention provisoire ne préjuge pas

⁹⁴⁴ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 179.

⁹⁴⁵ CEDH, Arrêt Chesnes c. France, 22 avril 2010.

⁹⁴⁶ CEDH, Nortier, *op. cit.*, § 33.

⁹⁴⁷ CEDH, Nortier, *op. cit.*, §35.

le fond. Or, la détention provisoire ne doit être ordonnée que sur la constatation de charges sérieuses, tendant plus vers la culpabilité que l'innocence. L'appréciation de ces charges relève d'un avis sur le fond du dossier. De ce fait, la décision de la détention provisoire est constitutive de préjugé dans une décision ultérieure.

838. L'opinion concordante du juge Morenilla avec l'Arrêt Nortier discute du cumul de fonctions du juge des enfants. Elle avance qu'« il semble à la fois raisonnable et indiqué d'organiser la procédure de manière telle qu'un juge unique connaisse l'affaire depuis le stade de l'instruction préparatoire (...) jusqu'à celui de l'exécution de la sentence (...) afin de développer une relation de confiance entre d'une part, le juge des enfants et d'autre part, le mineur et ses parents ou son tuteur⁹⁴⁸». Elle soutient, de ce fait, la nécessité du cumul de fonctions dans la procédure pénale impliquant des mineurs délinquants. Le cumul établit la continuité de l'action judiciaire les concernant.

839. L'Arrêt Adamkiewicz contre Pologne du 2 mars 2010 reprend le raisonnement de l'arrêt Nortier. Cet arrêt statue sur une affaire alléguant la violation du droit à l'impartialité parce que le magistrat instructeur a ultérieurement statué sur la culpabilité. Il avance que « le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité ⁹⁴⁹ ». Le cumul n'est constitutif de partialité « que dans la mesure où le magistrat ferait un ample usage de ses pouvoirs d'instruction⁹⁵⁰ », ayant une portée de décisions judiciaires et non seulement d'administration judiciaire. La Cour conclut à la violation du droit à l'impartialité en constatant « d'une part, le caractère inéquitable du procès, en raison des atteintes graves aux droits de la défense dans une procédure criminelle et d'autre part, la partialité du magistrat polonais⁹⁵¹ ». Mais elle ne rattache pas ces manquements au cumul des faits.

840. Cependant, l'Arrêt Adamkiewicz remet en question le fondement de la dérogation de cumul. La CEDH souligne qu'elle « ne décèle pas dans quelle mesure le fait que ce même magistrat ait subséquemment présidé la formation de jugement du tribunal ayant déclaré le requérant auteur des faits pouvait en l'espèce contribuer à assurer la meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant que le requérant était alors⁹⁵² ». Au niveau national, le droit pénal des mineurs français, duquel le système malgache tire ses principaux traits, enregistre

⁹⁴⁸ CEDH, Nortier, *op. cit.*, note 7.

⁹⁴⁹ CEDH, Adamkiewicz, *op. cit.*, § 101.

⁹⁵⁰ Bonfils, *op. cit.*, 2011, p. 642.

⁹⁵¹ Bellon, 2012, *op.cit.*, p. 29.

⁹⁵² CEDH, Adamkiewicz, *op. cit.*, § 107.

progressivement une « attraction du droit commun sur les juridictions pour mineurs⁹⁵³ », notamment en intégrant cette position de la CEDH. Depuis 2011, le Conseil constitutionnel français a qualifié ce cumul d' attentatoire au principe d'impartialité quand le juge d'investigation est également le juge du prétoire.

841. « Le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; (...) toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution⁹⁵⁴ ». La Cour constitutionnelle française distingue donc les mesures d'ordre civil des décisions d'ordre pénal sur lesquelles le cumul des compétences porte atteinte au principe d'impartialité.

842. Effectivement, ce cumul de fonctions, que la nouvelle législation malgache reprend, est discutable quant à sa conformité aux droits au procès équitable. Si la logique éducative exige une continuité d'action, elle ne doit pas priver le mineur de la garantie fondamentale d'impartialité relative à sa qualité de mis en examen. Cette qualité exige l'absence de préjugé, probable si le magistrat statuant sur sa culpabilité ait connu l'affaire dans un stade antérieur du procès. Tel est le cas lorsque le magistrat statuant sur la culpabilité a apprécié l'opportunité d'une mesure restrictive de liberté à son encontre, une telle mesure impliquant forcément une connaissance du fond de l'affaire.

843. Cependant, toute intervention antérieure du juge de la culpabilité n'est pas attentatoire à l'impartialité. « L'impartialité doit être garantie pour l'appréciation de la culpabilité et non pour l'ensemble des paramètres à l'œuvre dans l'acte de juger un individu en matière pénale, tels que la connaissance de la personnalité⁹⁵⁵ ». Il faut permettre la mission éducative sans compromettre la fonction répressive qui reste essentielle. La liberté du magistrat qu'offre la mission éducative, étendue dans la possibilité du cumul de fonctions, ne peut primer sur le droit à l'impartialité en l'absence de laquelle le procès pénal perd son sens.

⁹⁵³ F. Ludwiczak, « Les évolutions de la justice pénale des mineurs. Entre préservation relative d'un régime spécifique et influence grandissante du droit commun », *Les cahiers dynamiques*, 2015/2, N° 64, p. 42-54, p. 50.

⁹⁵⁴ QPC n° 2011-147, 8 juillet 2011, Tarek J., Considérant N° 11.

⁹⁵⁵ Bellon, 2012, *op.cit.*, p. 26.

844. En conséquence, la nouvelle législation malgache maintient la dérogation de décloisonnement absolu qui est attentatoire au principe d'impartialité. Cependant, l'on ne peut affirmer qu'elle consacre, en toutes ses dispositions, une distanciation par rapport au droit commun en raison la logique éducative. En effet, d'une part, en plus du cumul des fonctions, elle institue l'exclusivité de la compétence du juge des enfants sur toutes les affaires impliquant des mineurs délinquants. Elle transfère, pour ce faire, la compétence en matière criminelle vers le juge des enfants dès qu'un mis en examen est mineur. Cette compétence a été du ressort du juge d'instruction dans l'ancienne législation. D'autre part, elle enregistre un glissement prudent vers la procédure de droit commun : la nouvelle loi supprime les assesseurs du tribunal pour enfants. La matière correctionnelle devient, depuis 2016, l'office d'un juge unique.

845. Une seconde remarque s'observe par rapport à la conformité du procès pour les mineurs aux exigences des droits de l'Homme : les droits des plaignants et les droits des mis en examen majeurs. Le droit pénal des mineurs romprait une égalité fondamentale entre les mis en examen, ou entre le mis en examen et la plaignante en instituant un juge protecteur des mineurs comme le directeur du procès. La juridiction pour les mineurs, dans la mission éducative qui est la sienne, ne pourrait assurer l'égalité des justiciables.

846. Toutefois, la mission de protection vise à garantir cette égalité. Quand le mis en examen est mineur, la donnée première n'est pas une égalité qu'il faut préserver au long du procès mais une inégalité qu'il faut redresser. Pour que le procès puisse avoir lieu conformément aux droits de l'Homme, l'inégalité du fait de la vulnérabilité du mineur doit être rectifiée. Le principe du contradictoire ne peut être respecté que si les contradicteurs sont tous les deux aptes à apprécier et à débattre des moyens de l'autre partie, d'où l'assistance et le huis clos.

847. En outre, la mission protectrice n'empiète pas sur les droits des plaignants. La protection s'étend dans les garanties procédurales, l'appréciation de la responsabilité pénale, et les mesures de fond, d'assistance ou de correction à adopter à l'encontre du mineur, mais ne concerne pas l'appréciation du préjudice. La nature et l'étendue du préjudice, qui servent de base pour la réparation à laquelle la victime a droit, sont appréciées de la même manière que dans les juridictions de droit commun. La vulnérabilité du mineur n'impacte pas ce processus d'appréciation. Elle n'impacte pas non plus sur les chances de bénéficier d'une réparation effective en ce que l'obligation de réparation pèse, non sur le mineur, mais sur le civilement responsable du mineur.

Paragraphe 2. Le défaut d'indépendance de la Haute Cour de Justice

848. A l'instar du système français dont il a beaucoup hérité, le système judiciaire malgache prévoit une juridiction spéciale pour juger les délits et les crimes commis par les hautes personnalités politiques. La Haute Cour de Justice (HCJ), comme la Cour de Justice de la République en France, est créée pour « ne pas laisser impunis des membres du gouvernement tout en préservant le principe de séparation des pouvoirs afin de ne pas paralyser l'action des gouvernements⁹⁵⁶ ». Prévue depuis la Constitution de la Troisième République de 1992, composée et fonctionnelle seulement en 2019, la HCJ n'a jamais été saisie. Le développement qui suit sera, de ce fait, limité à l'analyse de la législation, la pratique judiciaire n'étant pas encore entamée.

849. La HCJ a compétence pour juger le Président de la République. Il n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ces fonctions qu'en cas de haute trahison, de violation grave ou de violations répétées de la Constitution, de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. Ces actes sont sanctionnés de la déchéance. La HCJ connaît également les délits et les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions par les présidents des assemblées parlementaires, les membres du gouvernement, le président de la Haute Cour Constitutionnelle. L'initiative de poursuite émane du procureur général près la Cour Suprême. Ces personnalités sont mises en accusation par un scrutin public de l'Assemblée Nationale à une majorité qualifiée de deux tiers pour le Président de la République et à une majorité absolue pour les autres personnalités. La HCJ jouit de la plénitude de juridiction.

850. La Constitution prévoit que la HCJ est formée par onze membres dont cinq magistrats en fonction en juridictions. Les magistrats en exercice juridictionnel sont le premier président de la Cour suprême, remplacé en cas d'empêchement par le président de la cour de cassation, deux présidents de chambre de la cour de cassation et deux premiers présidents des cours d'appel. La HCJ inclut, en plus, deux membres élus par l'Assemblée nationale et deux membres élus par le Sénat. Ces membres élus par les chambres parlementaires sont communément appelés les juges parlementaires. Elle intègre également, dans sa composition, deux membres issus du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de Droit-(HCDDDED).

851. La HCJ est créée dans l'objectif de respecter la séparation des pouvoirs. Les principaux membres de l'Exécutif doivent être protégés contre le juge judiciaire qui peut paralyser l'action

⁹⁵⁶ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 189.

gouvernementale. Toutefois, l'État de droit interdit l'impunité. La HCJ est ce compromis nécessaire, entre l'exclusion de l'impunité et la préservation de l'indépendance du gouvernement. Pour ce faire, elle consacre le pouvoir d'un juge politique, car issue du parlement, organe censé avoir le droit de regard et le contrôle « naturel » sur le gouvernement. Cependant, à l'instar de la Cour de Justice de la République en France, « l'indépendance est l'objet d'un ajustement poussé à l'extrême puisqu'il aboutit à une absence d'indépendance à l'égard de la partie mise en cause⁹⁵⁷ ». Les principaux reproches élevés contre la HCJ se fondent sur cette composition empreinte d'une dimension politique.

852. Les juges parlementaires et les membres du HCDDDED sont désignés au sein d'organes politiques, comme le sont les justiciables de la HCJ. Composée de membres majoritairement issus d'organes politiques, la HCJ est tributaire de la dimension politique de sa composition. Ces juges ont à connaître des affaires impliquant des personnalités ayant les mêmes affinités politiques ou appartenant aux tendances politiques adverses. « Difficile de se convaincre alors que l'appartenance politique du prévenu n'influera pas sur l'impartialité des juges parlementaires à l'occasion d'un procès⁹⁵⁸ ». En effet, l'indépendance, une garantie de l'impartialité, est compromise. « Les juges parlementaires (...) font partie du pouvoir politique et cette dépendance ne leur permet pas de se détacher de façon satisfaisante de leurs inclinaisons politiques pour juger de façon impartiale⁹⁵⁹. » De ce fait, la HCJ, n'offre pas les garanties de qualité du juge exigé par les normes du procès équitable.

853. « Cette dépendance des juges parlementaires à l'égard du contexte politique, entraîne une connivence flagrante ou plus rarement une défiance entre la partie mise en cause et les juges parlementaires majoritaires⁹⁶⁰ ». Si le mis en cause appartient à la famille politique majoritaire dans la HCJ, la décision judiciaire risque d'être entachée d'une faveur au profit du mis en examen. Dans l'hypothèse contraire, le mis en examen est exposé à des juges dont l'affiliation politique manifeste se diffère des siens. La partialité à son détriment est alors probable. « Le soupçon de partialité pèsera toujours sur elle. Si elle condamne, on l'imputera à la présence majoritaire de l'autre camp parmi les juges. Si elle acquitte, à la connivence entre

⁹⁵⁷ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 193.

⁹⁵⁸ B.-L. Combrade, « Vie et survie du juge parlementaire : enquête sur une défiance persistante à l'égard du principe d'indépendance », in J. Aspiro Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'harmattan, 2011.

⁹⁵⁹ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 191.

⁹⁶⁰ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 190.

politiques⁹⁶¹». Dans ces deux hypothèses, la création de la HCJ institutionnalise une insécurité judiciaire en ce qu'il confie le sort du plaignant dans les mains d'une juridiction politisée.

854. De ce fait, l'impartialité formelle, ne peut être ni soutenue ni garantie au sein de la HCJ. Par rapport à la juridiction pour les mineurs dont la spécialisation bénéficie de l'adhésion de la société, en raison des particularités relatives à l'âge, la spécialisation personnelle qui est à l'origine de la HCJ fait grief à son image et à sa légitimité. « Une juridiction politique même mâtinée de magistrats, ne produira jamais des jugements parfaitement acceptés⁹⁶² ». Organe plus politique que judiciaire, la HCJ extrait les hautes personnalités de l'État de la compétence du juge de droit commun. Elle crée une justice à deux vitesses en faisant juger les personnalités politiques par leurs pairs. « Cette justice supporte un grave risque de partialité, une présomption de partialité⁹⁶³ ».

855. Toutefois, l'impartialité substantielle reste tributaire du juge qui peut, malgré le défaut d'indépendance, bien juger. Comme démontré, l'impartialité résulte d'un raisonnement intrinsèque au juge. Malgré les pressions extérieures, dont les considérations des affinités politiques qui affectent l'indépendance, l'impartialité peut être observée. La HCJ remet donc le juge au centre de la qualité de la justice, en réduisant les garanties qui entourent l'efficacité de son intervention et en laissant le sort du justiciable un peu plus à la conscience du juge qu'à la fiabilité du système judiciaire.

⁹⁶¹ O. Duhamel et G. Vedel, « Le pénal et le politique », *Le monde*, 3 mars 1999, p. 1 et p. 14.

⁹⁶² Duhamel, 1999, *op.cit.*, p. 1 et p. 14.

⁹⁶³ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 197.

Section 2. L'éclatement de la compétence matérielle : les pôles anti-corruption

856. L'organisation judiciaire malgache inclut quatre juridictions spécialisées en raison de la matière à juger : la cour criminelle spéciale pour les vols de bœufs, la cour criminelle militaire, la chaîne pénale spéciale pour les infractions relatives aux bois de rose, et les pôles anti-corruption (PAC).

857. La cour criminelle spéciale pour les vols de bœufs sera analysée ultérieurement comme un éclatement du pouvoir du juge et non seulement de sa compétence. La chaîne pénale spéciale pour les infractions sur les bois de rose est constituée de magistrats désignés par voie d'arrêté ministériel, ayant une compétence pour connaître et juger les infractions relatives à la coupe, au traitement, au transport, à la commercialisation et l'exportation des bois de rose. Aucun critère de désignation n'est établi. Aucun aménagement de la procédure n'est institué. Seul le mode de désignation diffère, parce que la répartition des affaires entre les magistrats est normalement du ressort du chef de la juridiction saisie. De ce fait, la chaîne pénale spéciale pour les infractions relatives aux bois de rose ne revêt pas un intérêt dans notre étude qui met en rapport la spécialisation avec les droits de l'Homme. Il est en également le cas pour la cour criminelle militaire qui est constituée de militaires et d'un magistrat, les militaires remplaçant les assesseurs citoyens de la cour criminelle ordinaire. Les spécialisations de ces deux juridictions portent surtout sur le droit pénal de fond dont elles sont chargées d'appliquer, notamment les peines. En conséquence, le développement qui suit concerne seulement les PAC dont la création entraîne des incidences majeures sur les droits processuels des justiciables.

858. Les pôles anti-corruption sont créés par la loi N° 2016-021 du 18 juillet 2016 modifiée par la loi N° 2021-005 du 05 Aout 2021. Ils rentrent dans le cadre de la mise en œuvre de la Stratégie Nationale de Lutte Contre la Corruption, stratégie décennale (2015-2025) adoptée pour renforcer la lutte contre la corruption. Juridictions spécialisées en raison de leur compétence matérielle, les PAC connaissent exclusivement les infractions de corruption et assimilées et les infractions de blanchiment de capitaux (article 18 de la loi sur les PAC).

859. A côté de cette compétence exclusive, les PAC ont eu une compétence conditionnelle sur les infractions financières, économiques et environnementales sous réserve de leurs gravités ou complexités. Les PAC ont été alors compétents aux infractions prévues par les dispositions pénales d'une vingtaine de lois dont le Code minier, le Code de la pêche et de l'aquaculture, le

Code pétrolier, le Code des changes, la loi sur les pollutions industrielles, le code des sociétés, la loi sur les procédures collectives, la loi sur les traites des personnes. Ces matières sont retirées de la compétence des PAC par la loi N°2021-005 du 05 août 2021, modifiant la loi initiale. L'institution des PAC dans l'organisation judiciaire est paradoxale. Elle offre des garanties supplémentaires de la justice rendue pour ses justiciables (paragraphe 1). Mais cette mesure s'analyse également comme une rupture d'égalité entre les citoyens devant la Justice (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les garanties supplémentaires de la qualité de la justice rendue

860. Le renforcement du système anti-corruption vise à éradiquer la pratique corruptive dont les conséquences sont désastreuses au niveau national, tel qu'exposé dans les préambules des nouvelles lois en la matière et dans l'exposé de la Stratégie nationale qui est leur cadre politique. La juridiction a été longtemps considérée comme le maillon faible des dispositifs de la lutte contre corruption, selon le préambule de la loi sur les PAC. Les PAC viennent en solution à cette défaillance.

861. La spécialisation matérielle est « justifiée notamment par la complexité des infractions, la technicité, et la puissance des délinquants auteurs des infractions qui nécessitent des juges avertis et pleinement mobilisés⁹⁶⁴ ». À la différence des autres juridictions spécialisées, les PAC bénéficient de plusieurs garanties de qualité de la justice rendue : des garanties d'indépendance de la juridiction, des garanties de probité des magistrats et des garanties de compétence.

862. Les premières garanties se rapportent à l'indépendance de la juridiction. Tout d'abord, au niveau administratif, les PAC ne sont pas rattachés à la direction chargée de l'administration auprès du Ministère de la justice mais au Bureau de Coordination Nationale des PAC. Ce bureau est dirigé par le coordonnateur national nommé pour un mandat de trois ans. Le Bureau de coordination nationale et les PAC fonctionnent sous le contrôle administratif d'un organe collégial, le Comité de Suivi et d'Évaluation. Sous la loi de 2016, ce comité est mixte composé du directeur général du bureau anti-corruption (BIANCO), du directeur général du service des renseignements financiers (SAMIFIN), du président de conseil pour la sauvegarde de l'intégrité (CSI), du ministre de la justice et d'un représentant des associations et organismes

⁹⁶⁴ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 202.

de la société civile qui œuvrent dans la lutte contre la corruption et des chefs de la Cour Suprême. Depuis la promulgation de la loi de 2021, les représentants du BIANCO et du SAMIFIN ne disposent que des voix consultatives et non délibératives.

863. Ensuite, au niveau juridictionnel, les PAC constituent des juridictions à part entière. La loi de 2016 prévoit six PAC ayant chacun une compétence provinciale. La loi de 2021 réduit ce nombre à trois PAC pour tout le territoire. Chaque PAC réunit une juridiction de premier degré, équivalent à un tribunal de première instance de droit commun, et une juridiction de second degré, équivalent à une cour d'appel. Alors que les juridictions pour les mineurs, la HCJ, les cours criminelles spéciales pour les vols de bœufs ne sont que des juridictions spécialisées au niveau du siège, les PAC disposent de leur propre ministère public. L'indépendance de ce ministère public, par ailleurs, est plus consacrée qu'en juridiction de droit commun. En effet, le ministère public des PAC est exclusivement rattaché à la Cour Suprême et non au Ministère de la Justice, avec la consécration de l'obligation de l'écrit dans toutes les directives, les instructions ou les demandes d'information à l'endroit des magistrats des PAC. Il s'agit d'une garantie contre l'abus de la subordination hiérarchique envers le membre de l'Exécutif qui est le Ministre de la Justice.

864. Le second groupe de garanties se rapporte à la probité des magistrats officiant auprès du PAC. Ces garanties concernent l'indépendance et l'impartialité. En premier lieu, les magistrats du PAC disposent des garanties supplémentaires d'indépendance. Alors que tous les magistrats disposent d'une garantie organique de leur indépendance contre l'Exécutif avec l'institution du CSM, les magistrats des PAC bénéficient d'une garantie d'indépendance à l'égard cet organe décisionnaire, habilité à procéder aux affectations des magistrats de sa propre initiative. Cette garantie contre le CSM intervient à deux moments : lors de la nomination et lors de la cessation des fonctions.

865. L'accession au mandat du PAC n'est pas du ressort exclusif du CSM. La procédure de recrutement est diligentée par un comité de recrutement ad hoc composé conjointement par le Comité de Suivi et Évaluation (CSE) et le CSM. Ce comité procède aux enquêtes et aux évaluations nécessaires. À l'issue de sa mission, le comité de recrutement propose trois noms au CSM pour chaque poste au sein des PAC. Cette liste lie le CSM.

866. Pour la cessation des fonctions, dans les juridictions de droit commun, seuls les juges bénéficient de l'inamovibilité prévue par la Constitution et le Statut de la magistrature, laquelle inamovibilité d'ailleurs est contournée par le motif de « nécessité de service ». L'inamovibilité

quadriennale des magistrats des PAC est consacrée indépendamment de leurs fonctions, les magistrats de siège et les magistrats du ministère public des PAC en bénéficient. Pendant ce mandat de quatre ans, ils ne peuvent recevoir une nouvelle affectation sauf une démission de leurs parts. La mandature protège les magistrats des PAC des mutations motivées par les représailles en raison de leurs décisions.

867. En second lieu, leur impartialité est garantie de manière plus subséquente qu'en juridiction de droit commun. Les magistrats candidats des PAC font l'objet d'une enquête de moralité. Cette enquête est effectuée par le BIANCO à la demande du comité de recrutement. Elle est menée auprès des justiciables, des avocats, des greffiers, des membres de la police judiciaire et des chefs de juridiction. L'enquête de moralité est la première phase de recrutement, elle est de portée éliminatoire. En plus, dans l'exercice de leur office, les magistrats du PAC sont soumis au contrôle disciplinaire du CSM et du CSE qui peut décider de la cessation de leur fonction en cas de faute professionnelle grave.

868. Néanmoins, les PAC ne sont pas sans risque pour l'impartialité. Ils constituent des cas d'extrême spécialisation, voire même une consécration d'une justice parallèle. En effet, la spécialisation s'étend sur l'ensemble du procès pénal : le droit de fond, le droit processuel, l'organe administratif, l'organe de contrôle et la police judiciaire. « La spécialisation induit d'une part, une appréciation fondée sur la gravité qui évince une certaine neutralité utile à l'impartialité et d'autre part, une connivence accrue entre les magistrats du parquet et du siège qui peut atteindre l'impartialité des juges du jugement⁹⁶⁵ ».

869. L'attente d'augmentation du taux de condamnation, la pression médiatique et l'exigence de l'opinion publique accroissent le risque judiciaire d'impartialité. « On y prône en effet le travail d'équipe, toute la juridiction devenant une entreprise de lutte contre la criminalité⁹⁶⁶ ». La juridiction est au centre de cet engouement citoyen d'attente de résultats statistiques de condamnation. Dans cette pression populaire, le juge reste le dernier rempart de protection du justiciable. La spécialisation matérielle en raison de la gravité risque d'écarter la présomption d'innocence. « Il faut donc que les juges du jugement prennent conscience de l'altération possible de leur jugement due à une spécialisation sur un type de criminalité⁹⁶⁷ ».

⁹⁶⁵ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 204.

⁹⁶⁶ G. Beaussonie, « Les regroupements de contentieux fondés sur la gravité du contentieux (terrorisme et criminalité organisée) », in Ginestet (dir.), *La spécialisation du juge*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 125.

⁹⁶⁷ Oudoul, 2016, *op.cit.*, p. 207.

870. Les dernières garanties se rapportent à la compétence. D'une part, la procédure de recrutement auprès des PAC introduit des garanties de compétence des magistrats à travers la condition d'ancienneté et l'évaluation intellectuelle. Pour les premières formations des PAC, l'ancienneté minimale de recrutement est fixée à cinq ans pour les juges et les substituts du procureur, à huit ans pour les doyens des juges d'instruction, à dix ans pour les chefs des unités de premier degré et les magistrats des unités de second degré, à vingt ans pour les chefs des unités de second degré. L'entretien d'évaluation individuelle est mené par le comité de recrutement. Chaque membre de comité attribue une notation. La liste des trois candidats admissibles, à communiquer au CSM, est arrêtée sur la base de ces notations. L'ancienneté et l'évaluation intellectuelle garantissent l'aptitude des magistrats face à la technicité des affaires dont ils seront en charge. Elles assurent la pertinence de l'action des PAC. La spécialisation « produit une performance intellectuelle des magistrats : du fait d'une restriction des contentieux soumis à leur connaissance, les juges peuvent étudier les dossiers plus en détail en y consacrant plus de temps⁹⁶⁸. » La réduction de la variété du litige à traiter favorise l'expertise.

871. D'autre part, les PAC offrent une garantie de compétence pratique des juridictions, autrement dit, une efficacité. Avant la création des PAC, les infractions de corruption et les infractions de blanchiment ont été traitées par des services spécialisés, le BIANCO et le SAMIFIN puis soumis aux juridictions de droit commun. Le préambule de la loi sur les PAC fait, du faible taux de condamnation, malgré le nombre conséquent des affaires transmises par la police judiciaire. La spécialisation de la juridiction est nécessaire pour assurer la continuité et l'efficacité de l'action de l'État. « Aucune direction crédible n'est envisageable sans une compétence pointue permettant de se faire respecter des enquêteurs et d'être un interlocuteur valable et de bon conseil (...). Ne pas être spécialisé accroît en outre très sensiblement le risque d'être manipulé ou trompé, que ce soit par les intervenants à la procédure ou par les personnes mises en examen⁹⁶⁹ ».

872. Par ailleurs, l'efficacité des juridictions est garantie par la spécialisation absolue de ces magistrats. À la différence de toutes les autres juridictions spécialisées où les magistrats sont également en charge d'autres attributions, notamment en matière civile, les magistrats du PAC ont des attributions exclusives : ils n'exercent aucune autre fonction. Cette exclusivité leur permet « une plus grande capacité à gérer ces dossiers particuliers, grâce à une plus grande

⁹⁶⁸ Audry, 2016, *op.cit.*, p. 318.

⁹⁶⁹ Trévidic, 2010, *op.cit.*, p. 49.

disponibilité. Ces juges vont pouvoir prendre le temps de démonter les rouages complexes des faits qui leur sont soumis, car ils n'ont pas à gérer les affaires courantes⁹⁷⁰».

Paragraphe 2. La rupture d'égalité entre les justiciables

873. « Il est loisible au législateur (...) de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect des droits de la défense⁹⁷¹ ». Toutefois, le phénomène de spécialisation rompt souvent l'égalité qui devrait être à la base de l'intervention judiciaire. Les nouveaux dispositifs assurent pour le justiciable des PAC une justice plus performante que la justice de droit commun. La consécration des garanties supplémentaires d'indépendance, d'impartialité et de compétence bouscule l'égalité des justiciables au détriment des justiciables soumis aux juridictions de droit commun. Les PAC, offrent des garanties plus conséquentes du respect des droits de la défense.

874. Or, la nature de l'affaire ne peut justifier une variation des garanties d'indépendance des magistrats ou des droits de la défense. La qualité du juge et la performance de la justice ne doivent pas être des paramètres ajustables. Si la spécialisation favorise l'adéquation entre la compétence des magistrats et l'affaire traitée, elle ne doit pas entraîner une rupture d'égalité. Le droit à un procès équitable est inhérent à la qualité humaine et non à la nature de l'affaire que le citoyen soumet au tribunal.

875. Par ailleurs, la spécialisation permet de « réagir face à une situation de crise devant laquelle l'appareil judiciaire se révèle insuffisant, par l'aggravation des sanctions surtout pénales et par la création de nouvelles juridictions, plus rigoureuses, plus inquisitoires, plus expéditives⁹⁷² ». Dans ce sens, elle ne peut qu'être temporaire.

⁹⁷⁰ C. Ginestet, « Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière », in Ginestet (dir.), *La spécialisation du juge*, 2010, *op.cit.*, p. 131.

⁹⁷¹ Conseil constitutionnel français, décision N° 86-213 DC, 3 octobre 1986, RJC, p. 275.

⁹⁷² F. Terre, « La justice en temps de crise », *Pouvoirs*, 1979, N°10, p. 35-40, p.37

CONCLUSION DU CHAPITRE

876. La spécialisation, en soi, n'est pas constitutive d'atteinte au droit au procès équitable. Le rapport avec les droits de l'Homme, qu'elle soit favorable ou attentatoire, se révèle dans la substance de la spécialisation. Elle peut servir les droits de l'Homme, notamment quand elle tend à réparer une inégalité de fait, comme le cas des juridictions pour les mineurs. Elle peut, dans d'autres cas, constituer une échappatoire aux engagements en faveur des droits de l'Homme que l'État a contracté. Tel est le cas pour la HCJ et les Pôles Anti-corruption. Dans ces hypothèses, la spécialisation remet aux magistrats un pouvoir que les droits de l'Homme ont transmis aux justiciables. Elle réinstaure une insécurité judiciaire que l'intégration des droits de l'Homme a réduite.

Chapitre 2. L'éclatement de l'emprise du juge : un fait capitalisable pour le droit au procès équitable

« La définition occidentale du droit lie l'existence de celui-ci à celle de l'État qui élabore la majeure partie des règles juridiques et qui surtout y apporte la sanction de la contrainte publique. Mais, dans les civilisations traditionnelles, il existe des sociétés sans État ou échappant encore en fait à l'emprise d'un État en grande partie formel et lointain⁹⁷³ ».

877. La Justice pénale n'a jamais relevé du monopole du juge étatique. Elle a toujours été une arène de lutte de pouvoirs entre l'Exécutif et le Judiciaire : entre le roi et les juges, puis le gouvernement et les juges. Aujourd'hui, avec la reconnaissance des droits de l'Homme, les justiciables s'ajoutent à cet échiquier de jeux de pouvoirs en limitant le pouvoir du juge et surtout de l'Exécutif. Les droits de l'Homme sont désormais des armes que les justiciables utilisent dans cette arène de la Justice pénale.

878. L'objet du dernier chapitre de cette thèse est de démontrer que l'éclatement de l'emprise du juge qui est un fait séculaire peut, sous certaines conditions, contribuer à la réalisation du droit au procès équitable.

879. L'éclatement de l'emprise du juge, d'abord un fait (section 1) se manifeste de deux manières : à travers un transfert légal, donc volontaire, du pouvoir répressif et à travers un transfert involontaire dans l'accaparement de ce pouvoir par les citoyens. Ensuite, cet éclatement de l'emprise du juge peut être une solution pour accélérer la réalisation du droit au procès équitable (section 2). Cette capitalisation s'opère sous plusieurs étapes dont, premièrement, la construction de la légitimité de la justice avec le renforcement de la participation citoyenne et la construction de la validité de la Justice, au-delà de cette légitimité.

⁹⁷³ Granger, 1979, *op. cit.*, p.47.

Section 1. L'éclatement de l'emprise du juge au profit des citoyens : un fait

880. Bien avant que les droits de l'Homme deviennent des limites aux pouvoirs répressifs des autorités étatiques, le citoyen disposait d'une partie de ce pouvoir judiciaire, non seulement d'une faculté de l'encadrer. Ce pouvoir citoyen de juger résulte soit d'un transfert volontaire, avec une législation qui l'institue juge (paragraphe 1), soit d'un transfert involontaire qui prend la forme de *dina* pour Madagascar (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le transfert volontaire : la cession du pouvoir de juger

881. « Trois principes dominant tout le système des jugements criminels : la publicité de la procédure, la participation des citoyens au jugement et le droit d'accusation conféré à chacun des membres de la cité⁹⁷⁴ ». La participation citoyenne dans l'exercice du pouvoir de juger prend, au cours de l'histoire de Madagascar, des formes diverses. Dans l'époque précoloniale, le *Fitsaram-pokonolona*, traite des petits litiges et des toutes les conciliations. Pendant l'époque coloniale, les tribunaux indigènes et les cours criminelles disposent d'assesseurs statuant avec les magistrats, l'administrateur-juge le cas échéant. Les assesseurs des cours criminelles se maintiennent au-delà de la décolonisation. Le tribunal pour enfants se compose également de deux assesseurs et d'un juge des enfants dans sa première composition prévue par l'Ordonnance de 1962. La réforme de 2016 supprime les assesseurs de cette composition. Aujourd'hui, seules les cours criminelles incluent les assesseurs.

882. La cour criminelle ordinaire, chargée de juger les accusés majeurs, est composée de quatre assesseurs et d'un magistrat. Dans une cour criminelle pour les mineurs, le juge des enfants remplace le quatrième assesseur citoyen. La cour criminelle spéciale pour les vols de bœufs, quant à elle, se compose de six assesseurs et d'un magistrat. Les assesseurs sont tirés au sort parmi une liste arrêtée par le Ministre de la Justice en chaque début d'année. La liste de base est proposée par le ministère public dans le ressort duquel les citoyens proposés pour être assesseurs vont statuer.

883. Le jury populaire suscite des débats sur la qualité de la justice, et notamment sur l'impartialité des citoyens jurés. D'un côté, la position dite « corporatiste », soutient que le jury

⁹⁷⁴ F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1845, p. 103.

populaire ne satisfait pas aux exigences d'impartialité. « L'acte de Justice étatique est plus complexe que l'acte de Justice naturel, car les règles processuelles et substantielles contrarient l'élan brut pour donner naissance à une opération coordonnée⁹⁷⁵ ». Cette opération coordonnée ne peut avoir lieu qu'à moins d'une formation pour ce faire. Juger est un acte instinctif, mais bien juger s'apprend. Il nécessite un détachement de soi, un acte réfléchi.

884. « Les jurés [citoyens] se laissent aisément gagner et persuader par la pitié – parfois envers la victime, souvent envers l'accusé – plutôt que par la raison. Partant, toute faculté de discernement est illusoire et les verdicts sont davantage marqués de l'empreinte du côté affectif - si ce n'est sentimental- de l'affaire que de son empreinte juridico-logique⁹⁷⁶. » Or, le propre d'un bon juge, réside dans sa faculté de s'abstenir de ses propres émotions pour légitimer son pouvoir de juger ceux qui ont cédé à leurs émotions. Cette logique de la Justice se construit sous l'encadrement des lois et dans un raisonnement structuré. Ce raisonnement n'est pas acquis par une simple désignation à l'issue d'un tirage au sort. La production de la décision judiciaire est une entreprise intellectuelle ardue qui ne doit être laissée au hasard d'un tirage.

885. Par ailleurs, juger requiert un détachement des autres. « L'impartialité du juré est le gage de la justice⁹⁷⁷ ». Le juge doit se constituer « tiers » par rapport aux parties impliquées afin de statuer de manière à rendre effectivement justice. Ce tiers, « seul garant du rapport aux autres car extérieur au rapport comme aux autres⁹⁷⁸ », est inéluctable. Les conditions de moralité et de réputation requises aux assesseurs corroborent cette exigence d'un juré qui se distingue de celles qu'il apprécie. « Le semblable ne serait légitime dans son rôle de juge qu'à la condition d'être à une place supérieure, différente de son prochain et de renier ainsi sa qualité de semblable. En rappelant au citoyen qu'il ne peut être juge qu'à la condition d'être différent, les parlementaires rappellent que la justice ne peut émaner du semblable qu'à la condition de l'ériger en tiers⁹⁷⁹ ».

886. « Le coupable opérerait peut-être pour n'importe qui, mais l'innocent choisirait inmanquablement le magistrat professionnel⁹⁸⁰ ». Le système de citoyen juré expose le justiciable au risque judiciaire de la partialité, qu'elle consiste dans les propres pulsions du juré,

⁹⁷⁵ Audry, 2016, *op.cit.*, p. 14.

⁹⁷⁶ B. Barraud, « La justice au hasard - De quelques motifs juridiques de supprimer les jurys populaires », *RIDP*, 2012/3, Vol. 83, p. 377-411, p. 397.

⁹⁷⁷ J. Richard, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Thèse en droit, Montpellier, 2017, p.40.

⁹⁷⁸ Pariguet, 2012, *op.cit.*, p. 368.

⁹⁷⁹ Pariguet, 2012, *op. cit.*, p. 366.

⁹⁸⁰ Barraud, 2012, *op.cit.*, p. 377.

ou dans une prise de position en faveur d'une partie. « Le jury est donc une institution contreproductive⁹⁸¹ », il débouche sur la production d'une justice incertaine.

887. Mais de l'autre côté, le jury populaire présente un atout incontestable : la légitimité, « une animation citoyenne de la décision⁹⁸². » L'impartialité, comme expliquée plus haut, consiste non pas à s'éloigner de la société mais à garder une juste distance au milieu des deux parties dans l'affaires, et entre le juge et le justiciable. Le jury populaire entretient ce lien nécessaire entre la Justice et les citoyens. Il constitue la garantie qui assure que la décision judiciaire soit plus compréhensible, donc plus acceptable.

888. C'est dans cette conscience du pouvoir citoyen de légitimer la Justice que la loi N° 2001-004 du 25 octobre 2001 portant réglementation des *dina* en matière de sécurité publique a été adoptée. L'objet de cette loi est l'intégration des *dina* dans les rouages législatifs et judiciaires modernes. Cette intégration des *dina* institue le citoyen comme un acteur décideur dans le processus judiciaire.

889. Cette intégration se fait en deux étapes. Avant leur entrée en vigueur, les *dina* doivent désormais être homologués par voie judiciaire. L'homologation est faite par voie d'ordonnance du président du tribunal de première instance après les conclusions du ministère public et les avis des membres de l'Exécutif local. L'ordonnance d'homologation est susceptible d'appel devant le premier président de la Cour d'appel, lequel rend une décision non susceptible de pourvoi en cassation. « Il est important de noter que, la procédure d'homologation du *dina* pouvant donner lieu à une contestation sérieuse sur les conditions de fond de sa validité, le législateur aurait dû prévoir cette homologation par un jugement du tribunal civil rendu dans le même délai et non par ordonnance de référé⁹⁸³ ».

890. La procédure d'homologation écarte les risques judiciaires générés par le caractère verbal des *dina*. L'écrit oblige les Fokonolona à éclaircir le ressort territorial, les infractions incriminées et les peines prévues. L'homologation veille, de ce fait et entre autres, à la personnalisation et à la proportionnalité des sanctions. Elle ne peut être accordée qu'après l'examen de la conformité du *dina* à la Constitution, aux lois et aux règlements en vigueur. Les *dina* ne doivent instituer que des réparations civiles. Toute atteinte physique et privation de liberté restent exclusivement de la compétence des juridictions étatiques.

⁹⁸¹ Barraud, 2012, *op.cit.*, p. 400.

⁹⁸² Audry, 2016, *op.cit.*, p. 311.

⁹⁸³ Imbiki, 2011, *op.cit.*, p.39.

891. Pour les mécanismes d'application, la loi de 2001 prévoit un comité exécutif dont les membres sont préalablement déterminés. Le comité est chargé de décider, en assemblée générale, s'il y a eu d'appliquer le *dina* dans le cas d'espèce. Il statue également sur la culpabilité. La loi consacre l'impartialité de ce comité en interdisant à leur membre de prendre part aux délibérations des affaires dans laquelle il ou un membre de sa famille a intérêt. Elle accorde aux parties un délai de quinze jours pour la préparation de leurs moyens de défense avant l'instruction de l'affaire devant l'assemblée générale du comité exécutif. Elle insère la décision du comité exécutif appelée « délibération » dans les dispositifs judiciaires en prévoyant qu'elle est susceptible de recours non suspensif devant le tribunal de première instance.

Paragraphe 2. Le transfert involontaire : l'accaparement du pouvoir

892. Le *dina* se définit comme une convention sociale. Le concept correspond au « contrat social » de Rousseau. Il n'est, de ce fait, pas exclusif de Madagascar. Chaque citoyen doit céder un peu de ses libertés, confier ces parts de libertés individuelles à un organe désormais muni du pouvoir de punir. Dans sa conception originelle, le *dina* naît d'une initiative populaire et il est mis en œuvre par la population. La particularité de Madagascar serait peut-être que dans d'autres pays, cet organe gestionnaire des libertés cédées s'est progressivement érigé en gouvernant pour être l'État, avant de s'éclater en trois pouvoirs publics théorisés par Montesquieu, alors qu'à Madagascar, cette mutation linéaire n'a pas eu lieu. Madagascar a gardé le rapport horizontal de pouvoir schématisé dans le contrat social de Rousseau qui est le *dina*, avec le rapport vertical théorisé par Montesquieu. Cette coexistence se cristallise dans la Justice pénale malgache.

893. Le *dina* institue non seulement une justice parallèle mais tout un système pénal parallèle. Ce contrat social, en tant que tel, possède une portée substantielle, définissant des faits répréhensibles et prévoyant des sanctions. Le *dina* institue, en plus, un appareillage judiciaire : un comité exécutif chargé de juger et d'appliquer les sanctions.

894. Le *dina* révèle l'absence de l'État ou la défiance contre ce dernier. « La rubrique relève des faits divers, mais sa réalité juridique et intellectuelle est catastrophique. (...) Ces manifestations populaires servent d'exutoire à une population frustrée et se croyant ignorée

voire méprisée des pouvoirs publics⁹⁸⁴ ». Le citoyen s'érige en juge. Les deux dernières décennies avant la colonisation illustrent le premier cas. Madagascar connaît une « sous-administration du territoire ». Le royaume Merina s'épuise après les innombrables guerres de conquêtes. Il réussit d'ailleurs à vassaliser juridiquement plusieurs royaumes, mais pas administrativement. La situation facilite la conquête coloniale. Pour la justice pénale, la sous-administration s'accompagne de sous-administration judiciaire. Le cercle royal de l'Imerina prétend que ces trois lois principales : le code des 305 articles, le code des 101 articles et le code des *Sakaizam-bohitra* régissent tout Madagascar. Mais à côté, les royaumes mis sous protectorat conservent leurs lois et leurs appareillages judiciaires.

895. Pendant la deuxième moitié des années quarante, l'Administration coloniale de Madagascar vacille. La stabilisation des colonies coûte cher pour la France, déjà affaiblie par la deuxième guerre mondiale. Parallèlement, la nouvelle Constitution de 1946 institue l'Union française, un concept porteur d'une innovation majeure dans l'ordonnement législatif et judiciaire : la disparition des tribunaux indigènes, l'inapplication des lois malagasy qualifiées de coutumières. La disparition des tribunaux indigènes induit une nouvelle sous-administration judiciaire. La population est en colère, l'atmosphère est à l'insurrection, la loi française imposée est incomprise. La population autochtone est livrée à elle-même, elle s'organise à travers les *dina*. Le *dina* pallie l'absence du juge, mais est également une manière de manifester le mécontentement.

896. L'année 2001, avec la loi N° 2001- 004 du 25 octobre 2001 portant règlementation des *dina* en matière de sécurité publique, aurait dû constituer un tournant majeur pour les *dina*. Cette loi tente de supprimer l'écart entre le droit étatique et les pratiques des *dina* par l'intégration de ces dernières dans le droit positif. Dans son préambule, cette loi fait état des inconvénients des *dina*, notamment : « empiètement sur les compétences des autorités judiciaires, excès et abus perpétrés par certains dirigeants de *dina*, enclin à la loi du Talion, mise à mort des individus appréhendés ». Elle en dénonce les illégalités tout en soulignant leur efficacité dans la sécurisation publique.

897. Mais la multiplication des exécutions sommaires prévues par des *dina* illégaux pendant la période transitionnelle de 2009 à 2013 démontre l'échec de la loi de 2001. Le comité des droits de l'Homme rappelle, en 2017, que Madagascar « devrait veiller à ce que les *dina* ne traitent que d'affaires civiles et poursuivre ses efforts afin qu'aucune décision de *dina* contraire

⁹⁸⁴ Ramarolanto Ratiaray, 2021, *op. cit.*, p.60-61.

aux dispositions du Pacte [PIDCP] ne soit mise en œuvre⁹⁸⁵ ». De ce fait, plus d'une quinzaine d'années après l'entrée en vigueur de la loi de 2001, des *dina* à portée pénales existent toujours. En effet, l'essence même des *dina* est pénale. Le succès des *dina* repose sur la sévérité des sanctions qu'ils infligent. L'échec de la loi de 2001 s'explique par cette dénaturation des *dina*, ne permettant que l'homologation des *dina* prévoyant des sanctions civiles.

898. Malgré cette loi, l'État reste impuissant pour réprimer ces infractions commises dans l'exécution des *dina* illégaux. L'appréhension des auteurs de ces infractions conduit à des soulèvements populaires contre les autorités étatiques. Ces soulèvements mettent en péril la vie des personnalités étatiques et celles des membres de leurs familles. L'État étant dans l'incapacité de protéger les vies de ses représentants, ces derniers s'abstiennent d'enclencher les poursuites. Ces auteurs restent dans l'impunité et les *dina* illégaux continuent de proliférer.

899. La multiplication des *dina* a toujours démontré la faiblesse de l'État en ce qu'elle s'analyse comme une résistance plus ou moins subtile au monopole législatif de l'État. Mais l'inapplication de la loi de 2001 prouve, non seulement une résistance subtile à l'autorité de l'État par la concurrence législative, mais une défiance à l'égard de cette autorité par une atteinte au monopole de sanction et à l'impunité de cette atteinte. L'échec de la loi de 2001 démontre l'incapacité de l'État à régir la société, à harmoniser les systèmes de justice en présence, contraints, dès lors, à rester indéfiniment parallèles.

⁹⁸⁵ Comités des droits de l'Homme, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de Madagascar, 2017, §45-46.

Section 2. L'éclatement de l'emprise du juge vers les citoyens : un facilitateur de la réalisation du droit au procès équitable

900. « Il est courant d'affirmer que les droits africains ne présentent aucune originalité car ils ont reçu l'empreinte des très monotones et très papivores systèmes européens. La décolonisation sonnerait le glas des droits traditionnels. Cependant une observation plus attentive de la pratique africaine montrerait que, derrière le rideau des institutions de type moderne, le droit traditionnel est peut-être en train de prendre sa revanche⁹⁸⁶ ». Le regain de terrain du *dina* à Madagascar conforte l'impossibilité de construire un système judiciaire valide en ignorant les pratiques judiciaires traditionnels.

901. La démonstration qui suit suggère une capitalisation de cette impossibilité en construisant une perspective de légitimité à travers la participation citoyenne (paragraphe 1) avant de convertir cette légitimité en validité de la justice (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La participation citoyenne, une solution pour la légitimité

902. « Le jugement est tout autant fondé sur le droit que sur les représentations sociales, son autorité se mesure à sa cohérence avec les valeurs communes de la société. Le jugement est finalement l'articulation d'un pouvoir démocratique et de l'exigence d'un consensus social⁹⁸⁷ ». La légitimité naît de l'expression d'une valeur communément admise. Elle se mesure dans sa capacité à convaincre les récepteurs des décisions. Cette persuasion se fonde sur la conformité à l'idée du juste dans l'entendement général. Ost rattache cet entendement général aux « valeurs ou principes extra-juridiques, de nature éthique⁹⁸⁸ ». Toutefois, il est difficile d'identifier les valeurs qui emporteraient cet entendement général. En effet, partant du constat que les valeurs et les principes extra-juridiques varient d'une société à une autre, d'une

⁹⁸⁶ P.F. Gonidec, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *Annuaire français de droit international*, Volume 11, 1965, p. 866-885, p. 867.

⁹⁸⁷ G. Canivet, « Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la justice », *Après-demain*, 2010/3, N° 15, p. 3-7, p. 7.

⁹⁸⁸ F. Ost, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *RIEJ*, 1984, Vol. 12, p. 163-192, p.165.

religion à une autre, d'un contexte historique à un autre, il serait hasardeux de dégager un entendement général fondé sur des valeurs disparates.

903. D'ailleurs, ce décalage entre les valeurs explique l'échec d'harmonisation des systèmes judiciaires en présence à Madagascar, le *dina* et le système étatique. Les deux systèmes juridiques semblent être condamnés à rester éternellement parallèles et non complémentaires. D'un côté, le *dina* rassemblerait des lois pénales issues de la population. Cette ascendance populaire le doterait naturellement de la légitimité. De l'autre côté, les lois étatiques, souvent héritées de la colonisation donc importées et incomprises, s'imposeraient sans être admises. Dans ce sens, la légalité se différencie de la légitimité puisque « la légalité ne peut être considérée comme un indice de légitimité que si la production législative a sa source dans la volonté générale, condition à laquelle, formellement, devrait satisfaire une théorie de la démocratie⁹⁸⁹ ».

904. Cependant, ces positions caricaturales, opposant un *dina* qui serait et ne serait que légitime et un système étatique qui ne serait que légal, ne résument pas la situation à Madagascar. L'opposition n'est pas systématique. Les frontières sont perméables. Dans ce sens, l'histoire judiciaire malgache est également l'évolution du rapport de ces deux systèmes. Ce rapport se lit tantôt en symbiose, tantôt en conflit. Quoi qu'il en soit, leur cohabitation dans un même milieu a entraîné la perméabilité des frontières structurelles et la multiplication des emprunts de valeurs.

905. La justice étatique, rendue conformément à des lois édictées par les autorités centrales, n'est pas un modèle importé. En tout cas, ce modèle n'est pas introduit à Madagascar par la colonisation. Le système judiciaire immédiatement précolonial incluait déjà une branche étatique, la justice royale, qui complétait et chapeautait la justice populaire rendue dans les tribunaux seigneuriaux, présidés par les propriétaires des domaines (les *tompomenakely*) et ayant compétence dans les petits litiges. La justice royale servait d'instance d'appels de la justice seigneuriale dans certains litiges. De ce fait, il n'y avait pas de structures judiciaires parallèles ni d'opposition systématique entre la légitimité et la légalité n'avait pas lieu. La justice royale, étatique, bénéficiait de la légitimité de l'autorité royale de laquelle elle émanait.

906. Les valeurs qui animent la justice immédiatement précoloniale, un système composé conjointement par la justice étatique et la justice populaire, ne diffèrent pas de celles

⁹⁸⁹ A. Berten, « Légalité et légitimité. A propos de J. Habermas », *RIEJ*, 1980/1, Vol. 4, p.1-29, p.7-8.

revendiquées dans le discours de la justice postcoloniale. Le procès équitable est peut-être une appellation nouvellement adoptée d'un idéal de procès mais les vertus qu'il requiert ne sont pas nouvelles dans le paysage judiciaire malgache. La justice précoloniale incluait déjà les impératifs d'impartialité, d'intégrité, de contradictoire et d'interdiction de la torture. Ces impératifs encadraient également bien la justice royale que la justice populaire. Ces impératifs constituent et restent les sphères communes de la justice populaire, le *dina*, avec la justice étatique dans sa forme actuelle. Dans ce sens, ils peuvent constituer le point de départ d'un partage de légitimité et de légalité entre ces deux systèmes judiciaires.

907. La participation citoyenne pourrait constituer le vecteur de partage de ces valeurs. « Le pouvoir, et le droit qu'il secrète, fonctionne à la croyance. À la base de tout jugement de légitimation se trouve un investissement de confiance, un acte d'adhésion ou de foi, non pas irrationnel, mais certainement irréductible à des logiques formelles ou causales⁹⁹⁰ ». De ce fait, la procédure et l'essence de la décision sont importantes mais sont insuffisantes. La personnalité même de l'auteur de la décision contribue à forger la légitimité. La participation citoyenne est la meilleure garantie de la conformité des décisions judiciaires aux valeurs reconnues par les citoyens. Le citoyen qui participe à l'acte de juger amène le bénéfice de l'entendement général dans le jugement, qu'il soit rendu dans le cadre du *dina* ou bien dans le cadre de la Justice étatique.

908. « Le public, en participant au processus judiciaire, en l'observant et en le critiquant, contribue à lui conférer sa légitimité⁹⁹¹ ». Dans le *dina* comme dans la Justice étatique, cette participation citoyenne est tout d'abord passive, dans l'impératif de publicité des débats contradictoires. La publicité est l'accessibilité des débats judiciaires, matérialisée la plupart des cas par l'accessibilité des salles d'audience. Le huis clos reste une exception. Dans d'autres cas, elle se réalise par la disponibilité du plumitif qui est le registre transcrivant le déroulement des audiences. Toutefois, cette participation citoyenne est également active dans la constitution des citoyens jurés notamment dans les affaires criminelles.

⁹⁹⁰ Ost, 1984, *op.cit.*, p. 182.

⁹⁹¹ F. Gelin, C. Camion, K. Bates, « Forme et légitimité de la justice. Regard sur le rôle de l'architecture et des rituels judiciaires », *RIEJ*, 2014/2, Vol. 73, p. 37- 74, p.48.

Paragraphe 2. La participation citoyenne, de la légitimité vers la validité de la justice

909. « La légitimité est tantôt la fin de l’histoire déjà faite, elle sert à justifier le fait accompli et tantôt le début de l’histoire à faire, elle inspire le fait à accomplir⁹⁹² ». Elle contribue dans la construction de l’adhésion à la vérité judiciaire élaborée à l’issue des débats dans le procès (le fait accompli) mais également à la persuasion de la décision judiciaire qui en résulte (le fait à accomplir). La légitimité rejoint la légalité pour fournir conjointement le référentiel de la procédure qui amène vers la construction de la vérité judiciaire et le référentiel de la substance de la décision.

910. Ost invoque, dans ce sens, la validité de la Justice, « la résultante de l’action, convergente ou divergente selon les cas, des trois pôles différents : la légalité, l’effectivité et la légitimité⁹⁹³ ». La légalité est « la conformité de la norme ou de l’acte juridique au prescrit de la norme supérieure⁹⁹⁴ ». Weber la définit comme « la soumission à des statuts formellement corrects et établis selon la procédure d’usage⁹⁹⁵ ». Il combine, de ce fait, la double référence à la substance et à la forme, au droit de fond et au droit de la procédure. La légitimité est « la conformité de la norme à des normes, valeurs ou principes extra-juridiques, de nature éthique⁹⁹⁶ ». L’effectivité est « la conformité de la norme au comportement de ses destinataires⁹⁹⁷ ».

911. Dans le cadre de la procédure, la construction de la légitimité exige, entre autres, les principes procéduraux d’indépendance, d’impartialité, du contradictoire. Dans le cadre de la motivation de la décision, elle fait intervenir la capacité d’interprétation du juge, l’acte de détermination du sens de la loi, qui relève de l’exercice de sa liberté. « Ce sens est à déterminer d’une certaine manière, et dans un certain cadre délimité par des référentiels. Ce cadre d’interprétation est le Droit, l’État de droit, le *rule of law*. (...) Le respect de la *rule of law* requiert bien plus que la simple conformité du pouvoir aux règles de la loi positive, il implique la réalisation de valeurs fondamentales telles que le développement de la dignité humaine et la promotion d’une société libre⁹⁹⁸ ». Cette référence à la dignité humaine amène les droits de

⁹⁹² N. Bobbio, « Sur le principe de la légitimité », in *L’idée de légitimité, Annales de philosophie politique*, VII, Paris, 1967, p.60.

⁹⁹³ Ost, 1984, *op.cit.*, p.164.

⁹⁹⁵ M. Weber, *Economie et société*, trad. J. Freund et al., tome 1, Paris, 1971, p.36.

⁹⁹⁶ Ost, 1984, *op.cit.*, p.165.

⁹⁹⁷ Ost, 1984, *op.cit.*, p.164-165.

⁹⁹⁸ Ost, 1984, *op.cit.* p.172-173.

l'Homme dans le fondement de la légitimité. Bien que la justice précoloniale n'invoque pas le terme « droits de l'Homme », il inclut des principes qui s'y rattachent, autant que la justice aujourd'hui qualifiée d'étatique.

912. L'ensemble de tous ces référentiels est « le standard universel du procès équitable⁹⁹⁹ ». Ce standard est désormais un droit de l'Homme régissant la matière judiciaire. Dans ce sens, la légalité s'entend désormais dans son sens large de juridicité, une conformité au Droit qui s'enracine dans la dignité humaine. Dans cette juridicité, l'interprétation fait appel à l'équité, un « tempérament apporté à la règle¹⁰⁰⁰ ». Ce tempérament est opéré au détriment de la loi écrite mais au profit du Droit. Le caractère équitable du procès, une condition de la validité de la justice, naît de cette flexibilité, d'une interprétation et puis d'une application qui s'harmonise avec les réalités de la société visée. « Savoir juger c'est connaître le droit mais également comprendre le contexte économique et social dans lequel s'est noué le litige et sera reçu le jugement. Juger, c'est trancher en situation, en même temps qu'agir sur une situation¹⁰⁰¹ ». Cette capacité de la décision judiciaire à s'insérer dans la société pour laquelle elle est destinée est l'effectivité.

913. Afin que les décisions judiciaires présentent toutes ces qualités, le système qui les produit doit réunir certains critères : un accès réel au juge, des juges indépendants et impartiaux, un temps raisonnable de procédure au juge pour permettre un traitement menant à une motivation des décisions, un temps raisonnable pour réaliser les droits des parties... Cependant, la validité de la justice ne se résume pas à la validité de la décision judiciaire qui doit être rendue dans le cadre de certains référentiels. Elle requiert la validité du système judiciaire dans son ensemble.

914. Cette validité du système judiciaire, pour Madagascar, est une qualité à construire par le redressement des problèmes hérités de la colonisation. Ces problèmes sont structurels comme l'insuffisance quantitative des magistrats qui implique un volume excessif des affaires en instance, l'insuffisance de la couverture judiciaire géographique et l'insuffisance des moyens matériels au sein des juridictions. Elles sont également procédurales comme l'utilisation d'une langue judiciaire incomprise par les justiciables, le traitement sommaire de certaines affaires, le défaut d'obligation de motiver les décisions judiciaires et le large pouvoir

⁹⁹⁹ Canivet, 2010, *op.cit.*, p. 6.

¹⁰⁰⁰ P. Ourliac, « L'office du juge dans le droit canonique », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 1981, p. 627-644, p. 635.

¹⁰⁰¹ Canivet, 2010, *op.cit.*, p. 6.

du ministère public. Elle requiert, par ailleurs le redressement des nouvelles données survenues après la colonisation comme le déséquilibre entre les garanties d'indépendance et celles de l'impartialité, la judiciarisation des rapports sociaux qui implique l'augmentation du volume d'affaires, la médiatisation à outrance et l'impact des réseaux sociaux qui perturbent le déroulement des affaires judiciaires.

915. Tout d'abord, un grand nombre de ces problèmes se résout avec le recours à la Justice dite traditionnelle. Le *dina* permet d'alléger la Justice étatique. Justice de proximité, elle résout le problème de l'inaccessibilité géographique et financière. Elle impacte positivement le volume d'affaires confiées à chaque magistrat lui donnant le temps de se consacrer à la motivation des décisions, à la transcription de cette motivation dans une langue ou un dialecte compris par les parties.

916. Toutefois, les *dina* ne peut s'inscrire parmi les solutions de rajustement de la Justice si elle continue d'inclure les abus et les dérives dont ceux dénoncés par le préambule de la loi de 2001. Entre autres, il faut rappeler la disproportionnalité entre les infractions et les sanctions, le détournement politique du pouvoir de juger et les violations des droits de l'Homme. De ce fait, l'efficacité de la mesure nécessite une révision de l'étendue du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire cédés à la population.

917. La loi de 2001 encadre le pouvoir législatif en accordant au *dina* le pouvoir de prévoir les réparations civiles, les sanctions pénales restent du ressort exclusif du juge étatique. Ce partage de compétence est l'une des causes de l'échec de la loi de 2001 puisque l'essence même du *dina* a dans la représentation sociale réside dans la publicité de l'exécution de la peine qu'il prévoit, ne pouvant être exclusivement une réparation civile. Si le châtiment corporel, fréquent dans les *dina*, est interdit par la législation étatique, il en est autrement de la publicité de l'exécution de la peine par la participation citoyenne. La solution pourrait être, en plus du contrôle de l'exercice du pouvoir législatif prévu par la loi de 2001 avec la procédure d'homologation judiciaire des *dina*, un contrôle de l'exercice du pouvoir judiciaire par l'homologation de la sanction. Cette homologation, opérée par le juge étatique, permet également le point de départ du concours de la force publique à l'exécution de la sanction, comme l'acte d'appréhension en vue d'une incarcération. L'efficacité de cette mesure requiert, en outre, le déclenchement des procédures adéquates dans l'hypothèse d'une application d'un *dina* qui n'a pas reçu l'homologation. Le silence des autorités administratives et judiciaires

face aux *dina* illégaux favorise l'existence de justices parallèles et retardent l'intégration des *dina* dans les rouages étatiques.

918. Ensuite, si la baisse du volume offre plus de temps au magistrat pour pouvoir rendre de meilleures décisions, elle ne garantit pas cette amélioration de la qualité. Cette amélioration, sachant le déséquilibre entre les garanties de l'indépendance et celles de l'impartialité, reste tributaire de la volonté de chaque magistrat. En effet, le pouvoir du magistrat s'est agrandi au détriment du pouvoir exécutif qui avait une mainmise sur l'appareil judiciaire pendant la colonisation et les années néocoloniales et socialistes. Ce pouvoir s'est également agrandi au détriment des usagers de la justice, désormais livrés au magistrat parce que le système de limitation de ce pouvoir est boiteux, consacrant des garanties réelles d'indépendance sans consacrer des garanties d'impartialité. La réalisation du droit au procès équitable en devient compliquée. Tout système de justice performant, autrement dit valide, se base sur des garanties systémiques solides et non seulement sur la volonté fluctuante du magistrat. La marge de subjectivité du magistrat doit être réduite à travers la consécration de garanties systémiques, qu'elles soient structurelles ou procédurales. Le rajustement de la justice malgache nécessite, en conséquence, le renforcement des garanties d'impartialité.

919. La rectification de ce déséquilibre entre les garanties d'indépendance et les garanties d'impartialité peut également s'opérer à travers la participation citoyenne plus accrue dans le mécanisme judiciaire. Dans ce sens, le Droit des droits de l'Homme fait que le citoyen devient un acteur disposant d'une partie du pouvoir répressif, ses droits limitant le pouvoir du magistrat. Ce dernier devient débiteur de l'usager de la Justice, ayant l'obligation de diriger le procès d'une certaine manière. Le contrôle citoyen se manifeste à travers la faculté de contester la décision rendue. Ce contrôle n'est effectif que sur trois conditions cumulatives : la production par le magistrat de l'objet à contrôler, soit la disponibilité d'une décision motivée, et le pouvoir de contester la décision par l'accessibilité d'un recours pour ce faire, et enfin la nature réformatrice du recours, permettant un examen nouveau devant un organe n'ayant pas connu l'affaire. La procédure pénale malgache remplit la troisième condition. Les deux premières, expliquées dans les chapitres précédents, doivent être instaurées avec l'obligation de motiver les décisions judiciaires et le renforcement de l'accessibilité des juridictions d'appel.

920. Par ailleurs, le CSM, garantie de l'indépendance de la magistrature, doit également agir comme une garantie de l'impartialité des magistrats. Les mécanismes de contrôle et de sanction des partialités prouvées doivent être intelligibles, et eux-mêmes, impartiaux.

921. Pour établir des mécanismes intelligibles, il faut permettre au citoyen d'accéder au CSM et de comprendre les mécanismes disciplinaires mis en place. La procédure disciplinaire doit être contradictoire, permettant aux parties de confronter leurs moyens. Le respect du contradictoire profite au citoyen mais également au magistrat. En effet, actuellement, les droits du magistrat mis en cause de se défendre ne sont pas encore clairement établis. En l'occurrence, le magistrat ne peut discuter de sa traduction devant le Conseil de discipline.

922. Au-delà de l'intelligibilité, l'impartialité fait défaut dans les décisions du CSM. Les motivations des décisions restent succinctes, empêchant d'analyser la teneur du raisonnement. Comme démontré, les sanctions s'expliquent difficilement de manière logique. D'un dossier disciplinaire à un autre, l'inconstance des décisions fait déduire l'absence de critères objectifs d'appréciation des faits et de détermination des sanctions. Cette situation, consacrant le corporatisme et favorisant l'arbitraire, insécurise le justiciable.

CONCLUSION DU CHAPITRE

923. « La Justice est le substitut réglé de la violence dont la première efficacité est d'œuvrer à la paix ¹⁰⁰² ». Elle doit, à cette fin, avoir la capacité de restaurer un ordre social troublé par la commission d'une infraction, ou le cas échéant, convaincre le citoyen qui l'a saisi, s'estimant victime d'un agissement, de l'absence d'infraction. Acte de persuasion, la décision judiciaire ne peut agir sur la société que si elle est revêtue d'une légitimité acquise par l'autorité de l'organe qui l'émet, par l'acceptation de la procédure à son origine et par la substance de la solution qu'elle apporte. Par ailleurs et au-delà de cette légitimité, la justice doit être dotée de la validité pour restaurer l'ordre social troublé. Les questions de légitimité et de validité justifient l'intervention citoyenne dans le processus judiciaire. Cette implication citoyenne, pour Madagascar est réglementée par la loi, donc une implication voulue, mais elle est également une implication imposée dans le cadre des *dina*, les conventions sociales de portée judiciaire. Sous certaines conditions, ces *dina* peuvent revêtir les perspectives d'amélioration de la Justice à Madagascar. En l'occurrence, les peines des *dina* doivent recevoir un encadrement judiciaire dans leur prononcé et leur exécution. Cet ordonnancement aboutit à l'harmonisation des systèmes de justice aujourd'hui parallèle.

924. Par ailleurs, le contrôle citoyen sur la justice étatique doit être plus effectif. Ce contrôle pallie le déséquilibre des garanties de l'indépendance et d'impartialité, et partant, évite les arbitraires éventuels. Dans ce sens, il convient également de renforcer le rôle du CSM dans le contrôle du principe d'impartialité du magistrat.

¹⁰⁰² L. Cadiet, « La justice face au défi du nombre et de la complexité », *Les cahiers de la Justice*, 2010/1, N° 1, p. 13-33, p. 19.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

925. Le pouvoir répressif est rajusté par son basculement progressif de l'Exécutif vers le magistrat et par la reconnaissance des droits des justiciables qui encadrent les pouvoirs de contrainte. Ce rajustement est, toutefois, précaire. En premier lieu, le pouvoir de se faire rendre justice ne soit pas la tendance globale de raccordement aux exigences du droit au procès équitable. Tout d'abord, l'accessibilité à la Justice est limitée. En second lieu, le pouvoir de rendre justice est éclaté à travers l'éclatement de la compétence du juge et la perte de son emprise. Toutefois, ce vacillement du monopole du juge étatique au profit des citoyens peut, sous certaines conditions d'encadrement et de respect des droits de l'Homme, être constitutif d'un nouvel élan pour un regain de légitimité et de validité de la justice.

CONCLUSION GÉNÉRALE

926. Cette thèse aborde la dynamique des pouvoirs répressifs à Madagascar à partir des années coloniales jusqu'à ce jour. Elle démontre que les pouvoirs répressifs, anciennement subtilisés par les administrateurs coloniaux, sont progressivement transmis aux magistrats et aux justiciables. Toutefois, ce basculement ne se traduit pas entièrement en une sécurisation judiciaire du citoyen. Les réformes intègrent des dispositifs qui entretiennent la précarité des acquis en matière du droit au procès équitable, favorisant la résurgence du système répressif non étatique, le *dina*.

927. Dans un premier temps, la période coloniale est marquée par une subtilisation des pouvoirs répressifs des mains des juges malgaches. Les administrateurs français bâtissent une justice au service de l'exploitation de l'expédition coloniale. L'intérêt général cède place aux intérêts de la France et des ressortissants français. L'ordre public protégé est dicté par ces intérêts. Les magistrats français, venus tardivement dans le territoire occupé, rentrent dans ce dessein d'impuissance imposé par les administrateurs. Les justiciables subissent la Justice. Les principes consacrés dans la Justice malgache précoloniale, qui répondent en partie aux exigences des droits de l'Homme, sont écartés. Ce sont, en l'occurrence, la responsabilité des juges, l'impartialité et la séparation des fonctions du juge et de l'administrateur. Les droits de l'Homme sont, d'ailleurs, dénaturés et détournés. La colonisation, humaniste dans ses discours, pratique l'asservissement des indigènes.

928. Dans ce sens, la structure de la Justice coloniale est discriminatoire. Elle cristallise le racisme d'État avec deux ordres de juridictions : la justice française et la justice indigène. La race est le critère de différenciation. Juridictions spéciales pour les malgaches, les tribunaux indigènes sont présidés par des « administrateurs-juges ». La procédure applicable est expéditive, conformément à l'impératif colonial d'oppression. En plus, un régime spécial de pouvoir répressif exorbitant est établi à travers le Code de l'indigénat. Ce Code prévoit des incriminations applicables aux indigènes à la diligence des administrateurs. Cette Justice indigène est chapeauté par la Justice française en appel et en cassation.

929. Sur le rapport de la Justice coloniale avec l'Administration, la perspective est à l'inverse de la situation en France. Les rapports de pouvoirs entretiennent la vassalisation des magistrats. Le gouverneur général et le procureur général détiennent des pouvoirs judiciaires importants. Ils gèrent les affectations, les avancements et les questions disciplinaires de l'ensemble de la

magistrature sur le territoire occupé, s'assurant son allégeance. La domestication de la Justice est aggravée par le manque de moyens humains et matériels.

930. L'avènement de l'Union française, en 1946, procède à l'unification judiciaire en supprimant la Justice indigène. La réforme prône l'égalité mais elle accentue les problèmes judiciaires des territoires occupés. La couverture judiciaire devient de plus en plus faible. La loi française, exclusivement applicable, est incomprise. La population méconnaît la procédure qu'elle subit en Justice. Ces changements brusques génèrent un système judiciaire bricolé et parodique. Les citoyens se concertent et reviennent à la Justice de proximité séculaire appelée « *dina* ». Ces conventions sociales se multiplient partout dans l'Île.

931. L'indépendance, en 1960, ne bouleverse pas la tendance d'une Justice désemparée qui n'a plus les moyens ni de ses missions ni de ses ambitions. L'héritage colonial est conséquent. Le mimétisme législatif et judiciaire transpose la justice coloniale au-delà de la colonisation. La procédure judiciaire indigènes deviennent l'information sommaire du CPPM. L'officier du ministère public, un administrateur, dispose de pouvoirs d'arrestation et d'incarcération. Parallèlement, la lenteur judiciaire sévit. L'insuffisance numérique des magistrats et la faible couverture judiciaire du territoire persistent. Aucun encadrement du délai de procédure n'est institué dans le CPPM. Au niveau statutaire, la carrière des magistrats est gérée par l'Exécutif. L'indépendance de la Justice demeure une notion purement discursive.

932. Pendant ces années néocoloniales, l'intégration des droits de l'Homme, qui devrait enclencher le changement, fait face à des obstacles majeurs. D'un côté, le détournement de ces droits pendant la colonisation entraîne une méfiance généralisée à leur égard sur l'ensemble du continent africain. De l'autre côté, les premiers dirigeants africains se concentrent plus sur les questions économiques et militaires qu'humanistes. Dans leur essence supranationale, les droits de l'Homme menacent la souveraineté nouvellement acquise. L'Afrique tarde à formaliser un traité protecteur des droits de l'Homme. Quand ce traité voit le jour, il revendique une singularité africaine qui s'est vite avérée indéfendable dans le domaine des droits de l'Homme.

933. Dans un second temps, le sort des droits de l'Homme à Madagascar évolue. Au début des années quatre-vingt-dix, la chute du régime socialiste et la nouvelle Constitution marquent le tournant politique vers la démocratie et les libertés individuelles. Les pouvoirs répressifs basculent davantage vers les magistrats et les justiciables, au détriment de l'Exécutif. Le droit

au procès équitable vient progressivement restreindre l'héritage colonial dans la Justice pénale malgache. Les pouvoirs répressifs sont rajustés.

934. La Constitution institue le pouvoir judiciaire et l'indépendance de la Justice. Définie comme la liberté dans l'exercice de leur office, cette indépendance protège les magistrats des ingérences extérieures dont l'emprise de l'Exécutif. La liberté est exercée à travers l'interprétation de la loi et l'appréciation des faits. Elle intervient à tous les stades de la procédure. L'indépendance est reconnue pour les magistrats du siège. Elle l'est également pour les magistrats du ministère public, à un degré moindre que celui de leurs homologues officiant dans la fonction de siège. Elle est garantie par l'inamovibilité des magistrats du siège et par la création du Conseil Supérieur de la Magistrature. L'inamovibilité protège contre le risque de représailles par la destitution. Le CSM est l'organe de la gestion de carrière des magistrats. Initialement formée majoritairement de membres nommés par voie de décret, sa composition n'a cessé d'évoluer dans le sens d'éviction de l'Exécutif de son sein. Aujourd'hui, le CSM est composé de vingt-et-un membres dont dix-sept élus.

935. Le principe d'impartialité est également consacré par la Constitution. Dans son aspect substantiel, l'impartialité interdit au magistrat d'accorder une faveur à l'une des parties, afin de préserver l'égalité dans le procès. Dans son aspect formel, l'impartialité impose au magistrat un comportement qui écarte les doutes raisonnables sur son impartialité substantielle. Toutefois, à la différence de l'indépendance, l'impartialité du magistrat n'est pas assortie de garanties suffisantes. Le CSM, gardien de l'application du Statut de la magistrature et du Code de déontologie des magistrats, n'exerce pas effectivement le contrôle du respect du devoir d'impartialité. Le magistrat en est devenu puissant et dangereux. Ce déséquilibre des garanties de l'indépendance et de l'impartialité fait que le pouvoir répressif du magistrat malgache est constitutif d'une insécurité judiciaire pour le justiciable.

936. Toutefois, cette insécurité est réduite par la consécration d'un autre groupe de droits composant le droit au procès équitable, les droits procéduraux des justiciables. Les droits de l'Homme amènent également divers droits qui encadrent la liberté des magistrats de contraindre les justiciables. Dans ce sens, la législation malgache a évolué, depuis les années quatre-vingt-dix, en ce qui concerne deux composantes du droit au procès équitable : la limitation du délai de procédure et la limitation des atteintes provisoires à la liberté.

937. Tout d'abord, les droits de l'Homme apportent la notion de délai raisonnable du traitement judiciaire, le laps de temps entre le déclenchement de la procédure et le prononcé

d'une décision définitive. Le caractère raisonnable est à apprécier au cas par cas. Le travail d'appréciation cristallise la complexité d'évaluer la qualité de la Justice qui est une succession d'actes faisant intervenir plusieurs acteurs, dont certains ont des intérêts contradictoires. Alors que la pratique judiciaire coloniale ne posait aucune limite de délai, le CPPM actuel pose des limites du temps de validité de certains actes. Le CSM, à travers les décisions disciplinaires, introduisent également des cadrages du temps de traitement des affaires en sanctionnant les magistrats à l'origine de lenteur non justifiée.

938. Néanmoins, si le délai maximal de traitement fait l'objet de réformes allant vers le respect du droit au procès équitable, il n'en est pas le cas pour le délai minimal de traitement. L'héritage colonial d'une procédure expéditive pour les affaires correctionnelles et les affaires de simple police n'est pas remise en cause. Au contraire, les impératifs d'urgence qui rythment la vie sociale semblent justifier la précipitation. Pourtant, cette précipitation est une des causes de l'incompréhension et du mépris à l'égard de la Justice. Les parties n'ont pas le temps de se défendre et les magistrats n'ont pas le temps d'analyser les affaires. Les objectifs statistiques sacrifient l'essence de la Justice.

939. Ensuite, la limitation des atteintes provisoires à la liberté constitue un deuxième axe de redressement des tares fonctionnelles héritées de l'occupation française. L'exceptionnalité de la détention provisoire est énoncée dans la Constitution. Désormais, la loi détermine les motifs possibles d'une telle décision et la liste est exhaustive. En plus, la détention est régulée par la Chambre de Détention Préventive, la seule formation pénale collégiale au niveau des tribunaux de première instance. La collégialité offre une garantie supplémentaire d'analyse, et partant, de justesse.

940. Toutefois, comme la question de délai de procédure, l'évolution de la limitation des atteintes provisoires à la liberté n'est pas linéaire. La garde à vue n'a fait l'objet d'aucun renforcement de contrôle qui aurait permis d'éviter les arbitraires, de les sanctionner le cas échéant. En outre, le contrôle judiciaire, une contrainte alternative à la détention préventive, reste discutable. Elle opère un revirement contre le principe de cloisonnement des fonctions qui est une condition de l'impartialité. En outre, certaines mesures légalement permises dans le cadre du contrôle judiciaire sont des mesures punitives et non des mesures conservatoires. Pour éviter un enfermement précoce, l'État a légalisé d'autres sanctions précoces.

941. Dans un troisième temps, ces pouvoirs répressifs rajustés restent fragilisés. La précarité résulte de deux causes : le statisme du pouvoir de se faire rendre justice qui atteint le pouvoir

répressif du citoyen, et l'éclatement du pouvoir de rendre justice qui atteint le pouvoir répressif du juge.

942. Premièrement, demander justice est hasardeuse malgré les avancées en matière de droits de l'Homme. L'accessibilité aux tribunaux, en recours initial ou en recours successif, est tributaire de plusieurs facteurs. Le justiciable fait face à des obstacles géographiques, financiers et intellectuels pour pouvoir exercer son droit au juge. Si ces obstacles sont franchis et la procédure est enclenchée, la satisfaction n'est pas garantie. L'égalité des perspectives de réussite et la réalisation de la décision judiciaire issue de la procédure font intervenir des facteurs qui échappent au justiciable. Or, l'apport de la Justice dans l'harmonisation de la société est paramétré par cette réalisation de la décision rendue.

943. Deuxièmement, le pouvoir du magistrat de rendre justice est éclaté. Cet éclatement prend forme de deux manières : l'éclatement de sa compétence et l'éclatement de son emprise. L'éclatement de la compétence du magistrat se manifeste dans la création de plusieurs juridictions spécialisées dans l'organisation judiciaire malgache. Le recours à la spécialisation n'est pas un phénomène nouveau, les juridictions indigènes étant des juridictions spécialisées. Par ailleurs, la spécialisation, en elle-même, n'est pas attentatoire au droit au procès équitable. Toutefois, certaines juridictions spécialisées, notamment la Haute Cour de Justice, ne remplissent pas les exigences d'indépendance et d'impartialité. Par ailleurs, l'institution des Pôles Anti-Corruption, avec les garanties supplémentaires de justesse dont ses justiciables bénéficient, rompt l'égalité de tous les justiciables.

944. Ces précarités des acquis font que le juge étatique n'a pas le monopole des pouvoirs répressifs. La Justice malgache est pointée du doigt, le mépris du citoyen demeure. La solution séculaire à la sous-administration judiciaire qu'est le *dina* ressurgit de manière récurrente. Les tentatives de l'intégrer dans le système de justice étatique restent vaines en raison de la dénaturation de ces conventions sociales dans les lois d'intégration. Pourtant, sous certaines conditions d'encadrement de leur procédure et surtout des sanctions prononcées, ces conventions sociales pourront constituer des alternatives pour améliorer la qualité de la Justice étatique. Cette intégration réduira le poids de l'héritage colonial et rapprochera la Justice malgache de la réalisation des exigences du droit au procès équitable.

945. Par ailleurs, il y a lieu d'admettre et de soulever plusieurs limites de cette étude. Premièrement, les ouvrages et les résultats de travaux lus pendant la recherche portent essentiellement sur des développements généraux. Les ouvrages spécialisés sur Madagascar

n'en constituent qu'une petite proportion. Si la nature internationale du droit au procès équitable justifie la référence à des ouvrages généralistes, la spécificité du champ d'étude requiert des argumentations plus circonstanciées.

946. Deuxièmement, en ce qui concerne les pratiques judiciaires malgaches, l'étude effectuée a recouru à des échantillonnages en raison des obstacles matériels et financiers. Pourtant, Madagascar étant une vaste île, les réalités sociales dans lesquelles sont implantées les tribunaux diffèrent. Il en est également le cas pour les types d'infractions fréquentes dans leurs circonscriptions. Les pratiques procédurales, de ce fait, ne sont pas exemptes d'adaptation d'un tribunal à un autre. Par conséquent, il aurait été plus pertinent d'effectuer des observations dans un plus grand nombre de tribunaux.

947. Telle est la démonstration qui a fait l'objet de cette thèse. Il en ressort que la Justice malgache d'aujourd'hui, malgré les avancées incontestables, demeure insatisfaisante. La préservation des libertés individuelles qui commande, désormais, la structuration et le fonctionnement du procès pénal exigent le rajustement de plusieurs handicaps hérités de la colonisation. En effet, faut-il le rappeler, la Justice pénale sanctionne les comportements déviants en contraignant leur auteur à s'acquitter du coût social du désordre, la peine, et de la réparation à l'endroit de la victime. Ces sanctions, et les tribunaux qui les prononcent, ne remplissent leur rôle de restauration de l'harmonie de la vie collective que lorsque le juge qui officie et la procédure utilisée sont justes et sont perçus comme tels par les citoyens.

948. « Or, ce qui est c'est que les décisions de justice ne sont pas encore toutes facilement accessibles ; ce qui est c'est que le manque de confiance en la justice est réel ; ce qui est c'est que la corruption judiciaire est réelle... autrement les différents Gardes des Sceaux qui se sont succédés ces dernières années ne déclareraient pas tous à chaque passation de service vouloir redorer le blason de la magistrature et lutter contre la corruption judiciaire¹⁰⁰³ ». La Justice pénale malgache, aujourd'hui, demeure perçue, plus à raison qu'à tort, comme une Justice injuste.

¹⁰⁰³ Esoavelomandroso, 2021, *op.cit.*, p. 187.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

A

Archer R., *Madagascar depuis 1972. La marche d'une révolution*, Paris, L'Harmattan, 1976, 212 p.

Augagneur V., *Erreurs et brutalités coloniales*, Paris, Montaigne, 1927, 214 p.

Aznan P., *L'armée indigène nord-africaine*, Paris, C. Lavauzelle et Cie, 1925, 59 p.

B

Bancel N., Blanchard P., et Vergès F., *La République coloniale. Essai sur une utopie*, Paris, Albin Michel, 2003, 172 p.

Bastard B., Mouhanna C., Ackermann W., *Une justice dans l'urgence, Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris, PUF, 2007, 199 p.

Beccaria C., *Des délits et des peines (1764)*, Paris, GF Flammarion, 1991, 192 p.

Bentham J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, 464 p.

Billiard A., *Des rapports politiques entre métropole et colonies*, Bruxelles, Mertens, 1903, 52 p.

Billiard A., « Étude sur la condition politique et juridique à assigner aux indigènes des colonies », in *Congrès international de sociologie coloniale*, 1901, 170 p.

C

Cadiet L., *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

Cadiet L., Normand J. et Mekki S. A., *Théorie générale du procès*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, Thémis, 2013, 950 p.

Carbonnier J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, 278 p.

Cartier H., *Comment la France « civilise » ses colonies*, Paris, Les nuits rouges, 2006, 223 p.

Cavrois M.-L., Dalle H., Jean J.-P. (dir.), *La qualité de la justice*, 2002, Paris, La documentation Française, 2002, 270 p.

Chazelle R., *Pour une réforme des institutions judiciaires*, Paris, LGDJ, 1969, 354 p.

Chevallier J., *Sciences administratives*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2002, 636 p.

Chevallier J., *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques, Picardie, tome 1, 1978, 176 p.

Cholet D., *La célérité en droit processuel*, Paris, LGDJ, N°469, 2006, 458 p.

Clauzel (dir.), *La France d'Outre-mer (1930-1960), Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, Paris, Karthala, 2003, 878 p.

Cohen W. B., *Empereurs sans sceptre. Histoire des administrateurs de la France d'outre-mer et de l'École coloniale*, Paris, Berger-Levrault, 1973, 611 p.

Condaminas G., *Fokonolona et collectivités rurales en Imerina*, Paris, 1960, 236 p.

Cornu G., L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Paris, Archétype 82, *Les cours de droit, 1970-1971*, 475 p.

D

D'Aguesseau F., « L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », in ID., *Œuvres complètes*, Paris, Didot, 1858.

Danet J. (dir.), *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits*, PUR, Rennes, 2013, 522 p.

Daresté P., *Traité de droit colonial*, Paris, 1931, 880 p.

De Gendt P., *L'Union africaine face aux défis du continent*, Bruxelles, SIREAS, 2016.

Deléris F., *Ratsiraka : Socialisme et misère à Madagascar*, Paris, L'Harmattan, 1986, 135 p.

Delmas-Marty M. et Lucas De Leyssac C., « Le paradoxe pénal », Paris, Seuil, *Liberté et droits fondamentaux*, 1996, 473 p.

Delmas-Marty M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1986, Quadrige 1^{ère} éd., 352 p.

Del Vecchio G., *La justice – la vérité. Essai de philosophie et morale*, Paris, Dalloz, 1955, 245 p.

Devèze M., *La France d'outre-mer. De l'empire colonial à l'Union française, 1938-1947*, Paris, Hachette, 1948, 321 p.

Doucet R., *Commentaires sur la colonisation*, Paris, Larose, 1926, 133 p.

Durand B., *Les justices en monde colonial*, Montpellier, Faculté de Droit et Science politique Montpellier, 2016, 776 p.

E

Ellis S., *The Rising of the Red Shawls, a Revolt in Madagascar 1895-1899*, Cambridge, 1985, 214 p.

Esmein A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, 595 p.

F

Favoreu L., *Droit constitutionnel*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 2008, 1055 p.

Fenech G., *Presse Justice : liaisons dangereuses*, Paris, L'Archipel, 2007, 190 p.

Ferry J., *Le Gouvernement de l'Algérie*, Paris, Armand Colin, 1892, 189 p.

Fischer J., *Le Pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Marseille, PUAM, 2004, 442 p.

Fremigacci J., *État, économie et société coloniale à Madagascar (fin XIX^{ème} siècle- 1940)*, Paris, Karthala, 2014, 616 p.

G

Garapon A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, 351 p.

Girault A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Tome II, 2^{ème} éd., Paris, Larose, 1904, 814 p.

Girault A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Tome I, Paris, Larose, 1895, 814 p.

Goasdoue P., *L'impartialité du ministère public*, Paris, L'harmattan, Bibliothèque de droit, 2018, 262 p.

Gonidec P.-F., *Droit d'outre-mer*, Paris, Montchrestien, 1959, 595 p.

Gorphe F., *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, Sirey, 1947, 488p.

Gour C., *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif : problèmes de compétence*, Paris, LGDJ, 1960, 452 p.

Guinchard S. et Buisson J., *Procédure pénale*, Paris, Lexis Nexis, 10^{ème} éd., 2014, 1522 p.

Guinchard S., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, 1526 p.

Guth J. M., « Les juridictions criminelles de Madagascar », in *Études malgaches*, Paris, Cujas, Centre d'études de Droit Privé, 1961, 164 p.

Guyot A.-L., *L'évolution des relations de la justice judiciaire et du politique : l'exemple du Conseil supérieur de la magistrature*, Grenoble, IEP, 1996, 149 p.

H

Harmand J., *Domination et colonisation*, Paris, Flammarion, 1910, 370 p.

Hélie F., *Code d'instruction criminelle*, Bruxelles, Bruylant, réédité Paris, Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 1951, 662 p.

Hélie F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, tome 1, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1866, 776 p.

Hélie F., *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1845, 732 p.

Herpin N., *L'application de la loi (Deux poids, deux mesures)*, Paris, Seuil, 1977, 179 p.

I

Imbiki A., *Le Fokonolona et le Dina : Institutions traditionnelles modernisées au service de la sécurité publique et de la Justice populaire à Madagascar*, Antananarivo, Jurid'ika, 2011, 200 p.

J

Josserand S., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, 1998, 680 p.

Julia-Guillermet C., *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006, 106 p.

K

Krynen J., *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, L'État de justice, 2012, 448 p.

L

Larcher E. et Rectenwald G., *Traité élémentaire de la législation algérienne*, Paris, Rousseau Cie, Tome 2, 1923, 793 p.

Le Cour Grandmaison O., *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique, Le Droit colonial en Algérie et dans l'empire français*, Paris, La découverte, 2010, 204 p.

Le Tourneau Ph., Stoffel-Munck Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, N° 1305, 2854 p.

Lerner M., *Ideas for the Ice Age*, New York, Viking Press, 1941, 432 p.

Levy-Bruhl H., *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Rivière, Petite bibliothèque de sociologie internationale, 1964, 155 p.

Lopez G., Portelli S., Clément S., *Les droits des victimes*, Paris : Dalloz, États de droit, 2007, 2^{ème} éd., 390 p.

Luchaire F., *Manuel de droit d'outre-mer*, Paris, Sirey, 1949, 574 p.

M

Maier H., *Droits de l'homme et dignité humaine à Madagascar. Un pays cherche sa voie*, Missio, 2010, 181p.

Manceron G., *Marianne et ses colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, La Découverte/ Ligue des droits de l'homme, 2003, 322 p.

Maunier R., *Sociologie coloniale*, Paris, Doumat-Montchrestien, 1932, Tome 1, 390 p.

Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° Juge, tome VIII, 1827, 796 p.

Montesquieu, *De l'esprit des lois. Livre XI, chapitre VI, 1758*, Paris, GF Flammarion, édition 1979.

Moreau P., *Les indigènes de l'A.O.F. Leur condition politique et économique*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938, 379 p.

Mourgeon J., *Les droits de l'homme*, Paris : PUF, Que sais-je ?, 2003, 127 p.

O

Ortolan J.-L.-E., *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*, Paris, Plon, N°1853, N°1855, 616 p.

Ortolland A., *Les institutions judiciaires à Madagascar et dépendances de 1946 à 1960*, Tome 2, Paris, L'Harmattan, 1993, 348 p.

Ouguergouz F., *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, PUF, 1993, 294 p.

P

Perelman C., *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990, 825 p.

Pradel J., *L'instruction préparatoire*, Paris, Cujas, 1990, 980 p.

Pradel J., *Procédure pénale*, 9^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997, 736 p.

Pritchett C.H., "The development of judicial research" in *Grossman & Tanenhaus, Frontiers of judicial research*, New York, Wiley, 1969, 595p.

R

Rached A. A., *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Paris, A. Pedone, 1942, 324 p.

Rassat M. L., *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2001, n°9, 852 p.

Ravoahangy Andrianavalona J. R., *La V.V.S., Contribution à l'étude sur l'origine du nationalisme malgache*, Paris, Ronéo, 1978, 451 p.

Renoux T.S., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica - PUAM, Droit public positif, Paris, 1984, 606 p.

Rivero J., Moutouh H., *Les libertés publiques*, 9^{ème} édition, Paris : PUF, N°10.1., 296 p.

Roets D., *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997, 494 p.

Rolland L. et Lampué P., *Précis de législation coloniale*, Paris, Dalloz, 1940, 575 p.

Rousseau J.J., *Du contrat social*, 10/18, Paris, 1762, 1989, 373 p.

Royer J.-P., Jean J.-P., Durand B., Derasse N. et Dubois B., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2010, 1305 p.

S

Sarraut A., *Grandeur et servitude coloniales (1931)*, Paris, L'Harmattan, 2012, 285 p.

Solus H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, 590 p.

Stephani G., Levasseur G., Bouloc B., *Procédure pénale*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, 684 p.

T

Thébault E., *Code des 305 articles promulgué par la Reine Ranavalona II, le 21 mars 1881. Texte malgache officiel avec traduction française et notes bibliographiques*, Tananarive, Imprimerie officielle, 1960, 160 p.

Timsit G., *Les figures du jugement*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1993, 204 p.

Tournier C., *L'intime conviction du juge*, Marseille, PUAM, 2003, 451p.

Tronchon J., *L'insurrection malgache de 1947*, Paris, Karthala et Fianarantsoa, Ambozontany Fianarantsoa, 1986, 397 p.

V

Veron M., « L'interprétation stricte de la loi pénale », in *Préface dans La loi. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, Études Juridiques, 2005.

Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p.

Viollet P., *Les illégalités et les crimes du Congo*, Paris, Cujas, 1905, 70 p.

Vizioz H., *Études de procédure*, Paris, Bière, N°240, 1956, 704 p.

W

Waline M., *Pouvoir exécutif et justice, La justice VII*, Aix-Marseille, PUAM, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, 1961.

Y

You A. et Gayet G., *Madagascar, colonie française 1896-1930*, Paris, Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniales, 1931, 59 p.

Z

Zenati-Castaing F., *La motivation des décisions de justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1553 p.

Thèses en droit

A

Aissaoui K., *La victime d'infraction pénale, de la réparation à la restauration*, Lyon 3, 2013.

André A., *Essai sur l'équité en droit pénal*, Montpellier, 2015.

Audry J., *La professionnalisation du juge*, Toulon, 2016.

B

Berthier L., *La qualité de la justice*, Limoges, 2011.

Blevis L., *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie 1865-1947 : une exception républicaine ?*, Thèse en science politique, IEP d'Aix-en-Provence, 2004.

Bolze P., *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Nancy 2, 2010.

Bossan J., *L'intérêt général dans le procès pénal*, Poitiers, 2007.

Boucobza I., *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, N° 41, 2005.

C

Chaubet S., *La déclaration de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental au stade de l'instruction*, Montpellier, 2012.

Clément S., *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Nantes, 2007.

D

Djie Bouin W., *Le droit à un procès équitable et la justice transitionnelle dans la reconstruction du système juridique et politique ivoirien*, Toulouse Capitole, 2018.

Drago M.-L., *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Montpellier, 2016.

F

Frison-Roche M. A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris II, 1988.

G

Geoffroy F., *L'organisation des colonies françaises*, Paris, 1913.

J

Joseph-Ratineau Y., *La privatisation de la répression pénale*, Paul-Cézanne Aix Marseille, 2013.

L

Lestrade E., *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence constitutionnelle*, Bordeaux IV, 2013.

M

Manson S., *La notion d'indépendance en droit administratif*, Paris, 1995.

Mbodj H. H., *L'organisation de la justice pénale en Afrique occidentale française. Le cas du Sénégal de 1887 à l'aube des indépendances (1887-1960)*, Cote d'Azur, 2017.

Mihman A., *Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : Pour une approche unitaire du temps de la réponse pénale*, Paris Sud 11, 2007.

O

Oudoul, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale françaises à l'aune du droit de la convention EDH* », Auvergne, 2016.

P

Phi T.T.L., *La détention provisoire. Étude de droit comparé. Droit français et droit vietnamien*, Bordeaux IV, 2012.

Piot P., *Du caractère public du procès pénal*, Lorraine, 2012.

Pluen O., *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Paris 2, 2011.

R

Razafindratsima F. A., *Entre droit français et coutumes malgaches : Les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, Montpellier, 2010.

Richard J., *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, Montpellier, 2017.

S

Salomon E., *Le juge pénal et l'émotion*, Paris 2, 2015.

Sanghare E. H. M., *La réception du droit international des droits de l'homme au Sénégal*, Grenoble Alpes, 2014.

Sarr D., *La Cour d'appel de l'A.O.F.*, Vol. 1, Montpellier, 1980.

Sizaire V., *La fragilité de l'ordre pénal républicain. La loi pénale à l'épreuve du bon sens répressif*, Paris Ouest, 2013.

Staeger S., *Délais et mise en état des affaires pénales. De la célérité de procédures*, Lyon III, 2002.

Strickler Y., *La place de la victime dans le procès pénal*, Montpellier, 2009.

T

Tadrous S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Montpellier, 2014,

V

Vernier De Byans J., *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, Paris, E. Leclerc, 1905.

Z

Zoungrana M. A., *La place de la victime dans le procès pénal, étude de droit comparé : droit burkinabé sous l'éclairage du droit international*, Strasbourg, 2012.

Articles, communications et contributions

A

Albert N., « De la responsabilité de l'État à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in M. Deguegue (dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, Paris, PUF, Droit et Justice, 2003, p. 209-244.

Ancel J.- P., « La rédaction de la décision de justice en France », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 841-852.

Alt-Maes F., « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC*, 1994/1, N°1, p. 35-52.

Amrani-Mekki S., « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, N° 125, p. 43-53.

Aubert L., « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012/2, N° 2, p. 454-468.

Aquin F., « La légitimité de l'indépendance judiciaire », in Actes du colloque du Conseil de la magistrature du Québec 2002, *L'indépendance judiciaire...Contrainte ou gage de liberté ?* Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2003, p. 37-46.

B

Bachand R., « Les nouvelles formes de colonialisme dans le monde : que faire du concept d'État fragile en droit international ? », *Civitas Europa*, 2012/1, N°28, p. 121-139.

Badara Fall A., « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, 2009, N°129, p. 77-100.

Badara Fall A., « Les menaces internes à l'indépendance de la justice », in Actes du colloque de l'AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, Dakar, 2007. ahjucaf.org

Badinter R., « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 133-149.

Balleix C., « La politique française de coopération au développement. Cinquante ans d'histoire au miroir de l'Europe », *Afrique contemporaine*, 2010, N°236, p. 95-107.

Bancaud A., « Normalisation d'une innovation : le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV^e République », *Droit et société*, 2006/2, N°63-64, p. 371-391.

Bancaud A., « La réserve privée du juge », *Droit et société*, N°20-21, 1992, Une science sociale pour la pratique juridique ?, p. 229-247.

- Barak A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : Le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, N° 66, p. 227-302.
- Bardonnnet D., « La succession aux traités à Madagascar », *A.F.D.I.*, Vol 12, 1966. p. 593-730
- Bastard B., Delvaux D., Mouhanna C. et Schonaers F., « Introduction », in *Justice ou précipitation*, Presses Universitaires de Rennes, 2016, p. 11-31.
- Bayart J.-F., « Les sociétés africaines face à l'État », *Pouvoirs*, 1983, N°25, p. 23-39.
- Barraud B., « La justice au hasard - de quelques motifs juridiques de supprimer les jury populaires », *RIDC*, 2012/3, Vol. 83, p. 377-411.
- Basso J.-A., « Les accords de coopération entre la France et les États africains francophones : leurs conséquences au regard des indépendances africaines », in Ageron Ch.-R. et Michel M. (dir.), *L'Afrique noire française : l'heure des indépendances*, 1992, Paris, CNRS, p. 255-284.
- Bat J.-P., « Le rôle de la France après les indépendances. Jacques Foccart et la pax gallica », *Afrique contemporaine*, 2010/3, N°235, p. 43-52.
- Bégin L., « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », *Les cahiers du droit*, 1997, Vol. 38/2, N°2, p. 417-436.
- Beaussonie G., Les regroupements de contentieux fondés sur la gravité du contentieux (terrorisme et criminalité organisée), in C. Ginestet (dir.), *La spécialisation du juge*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p.117-128.
- Beauvais P., « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *APC*, 2007/1, N° 29, p. 3-18.
- Bégin L., « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », *Les cahiers du droit*, 1997, Vol. 38/2, N°2, p. 417-436.
- Bellon L., « L'impartialité du juge des enfants ? Juge des enfants, être ou ne pas être impartial ? », *Journal du droit des jeunes*, N° 320, Décembre 2012, p. 26-33.
- Belorgey J.-M., « La situation générale du temps des procédures devant les juridictions », in Coulon J. M. et Frison-Roche M. A. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 5-10.
- Bergel J. L., « Introduction générale », in Actes du Colloque du Sénat, *L'office du juge*, Septembre 2006, p. 12-20
- Bernabé B., « L'office du juge et la liturgie du juste », *Cahiers philosophiques*, 2016/4, N° 147, p. 48-67.
- Berten A., « Légalité et légitimité. A propos de J. Habermas », *RIEJ*, 1980/1, Vol. 4, p. 1-29.

Beyens K., Françoise C., Scheirs V., (2010), « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et Société*, Vol. 34, N° 3, p. 401-424.

Blum F., « Madagascar 1972 : l'autre indépendance. Une révolution contre les accords de coopération », *Le Mouvement Social*, 2011, N° 236, p. 61-87.

Bonduelle M. et Renault T., « De l'impartialité à la neutralité. Critique à deux voix d'un devoir dévoyé », *La découverte*, 2018, N° 5, p. 21-26.

Bonfils P., « Chronique de droit pénal des mineurs », *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 82, 2011/3, p. 637-643.

Bouchet M., « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la cour de cassation en droit pénal », *RSC*, 2017/3, N° 3, p. 495-506.

Bouzat P., « La loyauté dans la recherche des preuves », in Recueil d'études en hommage à M. L. Huguency, *Problèmes contemporains de la procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964, p.155-172

Burgelin J. F., « La situation spécifique de la matière pénale », in Coulon (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 31-40.

C

Cadiet L., « La justice face au défi du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, N° 1, p. 13-33.

Canivet G., « Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la justice », *Après-demain*, 2010/3, N° 15, p. 3-7

Canivet G. et Joly-Hurard J., « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, Vol. 58, N°4, 2006, p. 1049-1093.

Canivet G., « Déontologie ... déontologies ? La persévérance est une forme de courage », *Lettres de l'ENM*, octobre 2005.

Carcassonne G., « Rapport introductif », in Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, *L'indépendance de la justice*, Dakar, 2007, p. 31-42.

Châtaigner J-M, « Madagascar : le développement contrarié », in *Afrique contemporaine*, 2014/3, N°251, p. 107-124.

Chetard G., « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013/1, N° 1, p. 51-71.

Cohendet M.-A., « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, N°68, p. 713-735.

Collet P., « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*, 2016/3, N°3, p.485-504.

Colombet H., Gouttefangeas A., « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, N°83, p. 155-176.

Combrade B.-L., « Vie et survie du juge parlementaire : enquête sur une défiance persistante à l'égard du principe d'indépendance », in Aspiro Sedky J., Delmas G., Robbe S. (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'harmattan, 2011.

Conac G., « Le juge de l'État en Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 1990, N° 156.

Conac G. et Feuer G., « Les Accords franco-malgaches », *AFDI*, 1960/6, p. 859-880.

Conforti B., « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in SFDI, Actes du Colloque de Strasbourg, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 121-126.

Coquery-Vidrovitch C., « Vendre : le mythe colonial 1900-1940 », in *Culture coloniale en France, De la Révolution française à nos jours*, 2008, P. Blanchard, S. Lemaire, et N. Bancel (dir.), Paris, CNRS, p. 219-229.

Coquery-Vidrovitch C., « A propos des racines historiques du pouvoir : chefferie et tribalisme », *Pouvoirs*, 1983, N° 25, p. 51-62.

Cornu G., « Rapport de synthèse », in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, Association Henri Capitant, Economica, 1989.

D

D'Hauteville A., « Rapport introductif. La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *Archives de politique criminelle*, 2002/1, N° 24, p. 7-13.

D'Hervé N., « La magistrature face au management judiciaire », *RSC*, 2015, N° 1, p. 49-66.

Delage P.-J., « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la sanction parquetière », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, N° 28, p. 135-152.

Delas O. et Ntaganda E., « La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mécanisme efficace de protection des droits de l'homme ? », *Revue québécoise de droit international*, 1999, p. 99-124.

Delruelle É., « Quel universalisme des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2004, N° 98, p. 353-362.

Denève C., Askevis-Leherpeux F. et Alain M., « L'impact des preuves factuelles et testimoniales sur les composantes objectives et subjectives de la décision judiciaire », *Revue internationale de psychologie sociale*, 2007/3, t.20, p. 35-58.

Desloges P., « Faut-il opposer le juge de l'assistance éducative au juge répressif ? », *Journal du droit des jeunes*, 2007/6, N° 266, p. 8-9.

De Gaudusson J. B., « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, 2014/2, N°250, p. 13-28.

Dimier V., « La France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs*, 2005, N°113, p. 36-43.

Dubuy M., « États fragiles et droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2012/1, N° 28, p. 35-54

E

Ekanza S.-P., « Le double héritage de l'Afrique », *Études*, 2006, Tome 404, p. 604-616.

El Mechat S., « Introduction », in S. El Mechat (dir.), *Les administrations coloniales XIX^e-XX^e siècles, Esquisse d'une histoire comparée*, 2009, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, p. 13-22.

Esoavelomandroso F., « La Grande Guerre vue d'outre-mer : français et patriotisme malgache », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, t. 73, 1986, N°271, p. 129-141.

Esoavelomandroso F., « Accès au droit et à la justice à Madagascar : entre ce qui est et ce qui doit être », *Annales Droit*, Nouvelle série, N° 10, p. 177-188.

F

Fabre M., « Décolonisations et repli de l'Etat : enjeux et stratégies », in M. Fabre et D. Mouret (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, T. 8, Montpellier, 2013, p. 11-18.

Fabre M., « Les conventions judiciaires de la colonisation à l'interdépendance », in M. Fabre et D. Mouret (dir.), *Le juge et l'Outre-Mer*, 2013, p. 153-178.

Fabre M., « Le magistrat et l'Outre-mer. L'aventure de la justice », in *Le juge et l'Outre-mer : Les roches bleues de l'Empire coloniale*, 2004, B. Durand, E. Gasparini et M. Fabre (dir.), *Le juge et l'Outre-mer*, tome II, Lille, Centre d'histoire judiciaire, p. 71-93.

Favoreu L., « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *RSC*, 1994, N°4, p. 675-680.

Feuer G., « La révision des accords de coopération franco-africains et franco-malgaches », *AFDI*, Vol. 19, 1973, p. 720-739.

Ficet J., « Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française 1945-1986 », *Droit et Société*, 2009/3, N°73, p. 703-723.

Frémeaux J., « L'Union française, le rêve d'une France unie (1946-1960) », in *Culture coloniale en France, De la Révolution française à nos jours*, p. 401-409.

Fremigacci J., « Madagascar ou l'éternel retour de la crise », *Afrique contemporaine*, N°251, 2014/3, p. 125-142.

Fremigacci J., « La vérité sur la grande révolte de Madagascar », *L'histoire*, N°318, 2007.

Fremigacci J., « Les chemins de fer de Madagascar (1901-1936) : une modernisation manquée », *Afrique et Histoire*, 2002, N° 6, p. 161-191.

Fremigacci J., « L'État colonial français, du discours mythique aux réalités (1880-1940), Matériaux pour l'histoire de notre temps », *Colonisations en Afrique*, N°32-33, 1993, p. 27-35.

Frison-Roche M.-A., « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz*, 1999, Chron. 53, spéc. N° 1, p. 53-57.

Frison-Roche M. A., « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in Coulon (dir.), *Le temps dans la procédure*, 1996, p. 11 et s.

Frydman B., « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in Pascal Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007.

G

Galibert D., « La proclamation de la République Malgache : transmission de l'État et malentendus fondateurs », *Outre-mers*, 2008, T. 95, N°359-359, 1958 et l'Outre-mer français, p. 89-105.

Garant P., « L'impartialité quasi-judiciaire », *Les cahiers du droit*, 1977, Vol. 18, N° 2-3, p. 585-594.

Garrido Gómez M.-I., « Évaluation de la fonction judiciaire à partir des paramètres de son activité d'interprétation et d'application du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/2, Vol. 63, p. 133-154.

Gélinas F., Camion C., Bates K., « Forme et légitimité de la justice. Regard sur le rôle de l'architecture et des rituels judiciaires », *RIEJ*, Vol. 73, 2014/2, p. 37-74.

Gérardin-Sellier N., « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6.1° de la convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961-981.

Gillet J.-L., « Notre temps judiciaire : donnée, instrument et valeur », *Les cahiers de la justice*, 2016/4, N°4, p 585-590.

- Ginestet C., « Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière », in Ginestet (dir.), *La spécialisation du juge*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010.
- Girault A., « Conditions des indigènes au point de vue de la législation civile et criminelle et de la distribution de la justice », in *Congrès international de sociologie coloniale*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, Tome 2, p. 65 et s.
- Girard P., « L'évolution du rôle des juges », *Les cahiers du droit*, 2001, Vol. 42, N°3, p. 361-371.
- Giudicelli-Delage G., « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010/1, N° 1, p. 69-80.
- Ghica-Lemarchand C., « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in Actes du colloque du sénat, *L'office du juge*, 2006, Paris, p. 168-203.
- Glélé-Ahanhanzo M., « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Mélanges Colliard*, Paris, Pédone, 1984.
- Gnamou-Petauton D., « Les mécanismes régionaux africains de protection des droits de l'homme », in P. Tavernier (dir.), *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 257-277.
- Gogorza A., « L' autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017/2, N° 2, p. 247-260.
- Gonidec P.-F., « Un espoir pour l'homme et les peuples africains ? La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Le Mois en Afrique*, 1983, Vol.18, N° 209-210, p. 22-40.
- Gonidec P. F., « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *AFDI*, 1965, Vol.11, p. 866-885.
- Granger R., « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *RIDC*, Vol. 31 N°1, Janvier-mars 1979, p. 37-125.
- Gras F., « L'indemnisation des atteintes à la vie privée », *Légicom*, 1999/4, N° 20, p. 20-21.
- Grihom M.-J., Ducouso-Lacaze A. et Massé M., « Intime conviction et subjectivation de l'acte criminel : quelle actualité dans le champ judiciaire », *Cliniques méditerranéennes*, 2011/1 N° 83, p. 25-38.
- Guéry C. et Kostulski K., « Une analyse de l'activité du juge d'instruction », *Les cahiers de la Justice*, 2010/3, N°3, p. 129-143.
- Guèye B., « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009/2, N°129, p. 5-26.

H

Halpérin J.-L., « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RIDC*, 2010/1 N° 1, p. 9-16.

Halpérin J.-L., « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 2009/1, N°84, p. 21-32.

Henrion H., « La présomption d'innocence dans les travaux préparatoires au XXème siècle », *APC*, 2005/1, N°27, p. 37-57.

Hélie F., De l'interprétation de la loi pénale, *Rev. Crit.* 1854, p.97 et s.

Heyvaerts C., « Et pourtant ils jugent ! Ou comment les personnels de justice tentent de maintenir les conditions d'une action pénale en régime d'urgence », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, N°76, 2009/2, p. 43-49.

Hoffmann-Holland K., « Un juge ne pleure pas. Réflexion sur les émotions et l'impartialité dans les procédures judiciaires », *Les cahiers de la justice*, 2014/1, p.15-26.

Houilleux A., « L'administration des magistrats et leur indépendance », *Revue française de science politique*, 1963, 13^{ème} année, N°1, p. 44-65.

Hourquebie F., « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la Justice*, 2012/2, N° 2, p. 41-61.

Huppé L., « Les fondements de la déontologie judiciaire », *Les cahiers de droit*, 2004, Vol. 45, p. 93-131.

Hurel B., « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018/3, N°5, p 12-25.

J

Jakšić M. et Ragaru N., « Le témoignage comme preuve. Itinéraires judiciaires des victimes. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2019/2, N° 102, p. 227-241.

Joly-Hurard J., « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », *RIDC*, 2006, Vol. 58, N°2, p. 439-475.

K

Kangulumba Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers du Droit*, Mars-juin 2005, Volume 46, N°1-2, p. 315-338.

Kellens G., « La détermination de la sentence pénale : de la lunette au microscope », *Déviance et société*, Vol. 2, N°1, 1978, p. 77-95.

L

Lampué P., « L'application des traités dans les territoires et départements d'outre-mer », *A.F.D.I.*, 1960, Vol 6, p. 907-924.

Lefort D., Les droits de la défense, in *Gazette du Palais, La vie des affaires et la responsabilité pénale*, 26 et 27 mars 1999, p. 29-32.

Lemarchand R., « Quelles indépendances ? », *Pouvoirs*, N°25, 1983, p. 131-147.

Le Guyader A., « Regard de sociologue plutôt philosophique », in P. Tavernier (dir.), *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 79-98.

Le Monnier de Gouville P., « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », *Les cahiers de la justice*, 2014/3, N° 3, p. 495-503.

Le Monnier de Gouville P., « Le juge des libertés et de la détention entre le présent et l'avenir », *Les cahiers de justice*, 2011/4, N°4, p. 145-157.

Le Roy E., « Regard de l'anthropologue du droit. Pourquoi les Africains n'adhèrent pas « spontanément » aux droits de l'homme ? », in *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 65-77.

Levasseur G., « Le régime de la preuve en droit répressif français », in Acte du 3ème colloque du département des droits de l'Homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977.

Lombois C., « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, N°55, 1990, p. 81-94.

Ludwiczak F., « Les évolutions de la justice pénale des mineurs. Entre préservation relative d'un régime spécifique et influence grandissante du droit commun », *Les Cahiers Dynamiques*, 2015/2, N° 64, p. 42-54.

M

M'baye, « Les droits de l'homme en Afrique », *RIDC*, 1993, Vol. 45, N°3, p.723-726.

Main D., Regard désabusé sur l'acte de juger, *Pouvoirs*, N°55, 1990, p. 107-121.

Marion G. G., « L'outre-mer français : de la domination à la reconnaissance », *Pouvoirs*, N°113, 2005, p. 23-40

Martinage Renée R., « L'épuration des Magistrats du Nord en 1883 », *Revue du Nord*, tome 68, n°270, Juillet-septembre 1986, p. 663-676.

Marczewski J., « Les conditions d'efficacité des réformes dans les pays socialistes », *Revue d'études comparatives Est-ouest*, 1988, Vol. 19, N°4, p. 5-25.

Martinel A. et Natali F., « Le Conseil Supérieur de la Magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables ? », *Après-demain*, 2014/2, N°30, p. 33-35.

Massa G., « Les politiques coloniales de la France de 1930 à 1960 », in *La France d'outre-mer (1930-1960). Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, 2003, p. 25-36.

Matsopoulou H., « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006., p. 41-442.

Médard J. F., « La spécificité des pouvoirs africains », *Pouvoirs*, 1983, N°25, p. 5-22.

Meimon J., « Les permanences de la transition et les contraintes du repli », in *Le juge et l'outre-mer*, Montpellier, 2013, p. 135-150.

Meimon Nisembaum C., « Le préjudice moral d'une victime, une indemnisation trop rare », *Reliance*, 2008/2, N° 28, p. 120-122.

Mertens P., « Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *Rapport sur la protection internationale des droits de l'homme présenté au Centre de recherches et d'études de droit international de l'Académie de La Haye*, 1967, p. 447-470.

Milburn P., « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ? », *Droit et société* 2010/1, N°74, p. 73-90.

Mouannes H., « Le Conseil d'État et la notion d'impartialité ou la variable équation », in *Actes du sixième congrès des constitutionnalistes*, Montpellier, Juin 2005.

Mounier J.-P., « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », in *Actes de la recherche en sciences sociales, De quel droit ?*, 1986, Vol. 64, p. 20-29.

N

Njara E., « L'attachement à la vérité au XIXème siècle sous la reine Ranavalona II », *Bulletin d'information du Ministère de la Justice*, 2012, N°30, Tananarive, Jurid'ika, p. 97 et s.

Normand J., « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in Cadiet L. et Richet L. (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF., 2003, p. 159-184.

Nzinzi, « La démocratie en Afrique : l'ascendant platonicien », *Politique Africaine*, 2000/1, p. 72-89.

O

Olinga A. D., « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, N°62, p. 499-537.

Olinga A. D., « Les résolutions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Une tentative de systématisation », *Afrique juridique et politique*, 2012, Vol. 1, N°2, p. 126-169.

Ollard R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC*, 2010/3, p. 561-585.

Ortolland A., « La justice. A Madagascar et aux Comores », in J. Clauzel (dir.), *La France d'outre-mer (1930-1960). Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, Karthala, Paris, 2003, p. 673-697.

Ottendorf R., « La responsabilité pénale de mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 75, 2004/1, p. 25-49.

Ost F., « Temps (point de vue du philosophe) », in Cadet L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

Ost F., « Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge », in Bouretz P. (dir.), *La force du droit, Esprit*, 1991, p. 241-272.

Ost F., « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Revue interdisciplinaire des études juridiques*, 1984, Vol. 12, p. 163-192.

Ouimet A., « L'indépendance du juge comme devoir déontologique au Québec », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/2, N° 2, p. 75-92.

Ourliac P., « L'office du juge dans le droit canonique », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 1981, p. 627-644.

P

Pariguet M., « Le juge et moi », *RSC*, 2012/2 N° 2, p. 361-370.

Pin X., « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002. p. 245-261.

Pontier J.-M., « Bien commun et intérêt général », *Les cahiers Portalis*, 2017, N°4, p. 33-52.

Portelli S., « Entre le soupçon et le verdict, quel espace ? », *Revue Projet*, 2006/6, N° 295, p. 19-27.

Pougoué P.-G., « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1996, p.31-45.

Pradel J., « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ? », *RPDP*, 2005, N°3, p. 503-525.

Prates F., « Magistrature pénale et production de la vérité judiciaire au Brésil », *Déviance et Société*, Vol. 42, N°3, 2018, p. 431-463.

Q

Quilleré-Majzoub, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique. Étude comparée autour de la création de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *RTDH*, 2000, p. 729-785.

R

Rabearimanana L., « Politique coloniale et nationalisme à Madagascar au lendemain de l'insurrection de 1947 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1986, t. 73, N°271, p. 167-186.

Rafitoson K., « Les crises malgaches vues par la conférence épiscopale de Madagascar. Étude des communiqués publiés de 1889 à 2014 », *Afrique contemporaine*, 2014, N° 251, p. 69-92.

Rakoto J., « La crise de l'enseignement supérieur à Madagascar », *Le Mois en Afrique. Revue française d'études politiques africaines*, 1971, p. 53-79.

Ramangasoavina A., « Impératifs de la justice dans les pays en voie de développement », in Acte du colloque de Droit malgache, *Les annales malgaches*, Octobre 1964, p.1-30.

Ramarolanto Ratiaray., « L'entreprise socialiste à Madagascar », *RIDC*, 1984, Vol. 36, N°3, p. 541-587.

Ramarolanto Ratiaray, « Distance et droit : Variations autour des sources de droit malgache », *Annales Droit, Nouvelle série*, N° 10, p. 15-61.

Razafindrakoto M., Roubaud F. et Wachsberger J.-M., « Élités, pouvoir et régulation à Madagascar », *Afrique contemporaine*, 2014/3, N° 251, p. 25-50.

Razafindratsima F.A., « Le magistrat français au carrefour de deux systèmes juridiques : un double rôle dans la distribution de la justice à Madagascar », *ClioThémis*, 2011, p. 1-23.

Rebut D., « Justice pénale et justice civile. Évolution, instrumentalisation, effet pervers... », *Pouvoirs*, 2009, N°128, p. 49-59.

Regis N., « Juger au nom des droits de l'homme. L'office du juge, entre moral, droit et politique », *Les cahiers de la justice*, 2015/1, N°1, p. 99-111

Renoux T. S., « La liberté des juges », *Pouvoirs*, 1995, N°74, p. 56-71.

Renucci J. -F., « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, Janvier – Mars 2000.

Renucci J. -F., « La justice pénale des mineurs », In *La Justice pénale*, Justices, Avril-Juin 1998, N°10.

Ribes D., « A la recherche du bien commun », *Les Cahiers Portalis*, 2017, N° 4, p. 5-8.

Rolland F., « L'Indépendance judiciaire et l'accès à la justice », in Actes du Congrès de la magistrature, *Quel juge pour quelle société ?*, 2008.

Rosanvallon P., « La question de la légitimité démocratique : l'exemple de la justice », *Après-demain*, 2014/2 N° 30, p. 5-6.

Rousseau F., « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC*, N° 2, 2015/2, p. 257-271.

Ruellan F., « Le juge et l'urgence », in *Les métiers de l'urgence*, Les cahiers de la sécurité intérieure, 1995, N°22, p. 47.

S

Salmon J., « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Le droit international, unité et diversité : Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 444-478.

Saint-Paul J.-C., « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC* 2015/2, N° 2, p. 273-285.

Salas D., « Le juge aujourd'hui », *Droits*, 2001, N°34, p. 61-72.

Schmelck R., « Où en est la politique criminelle ? », *Pouvoirs*, 1981, N°16, p. 79-88.

Soulez-Larivière D., « Psychologie du magistrat, institution judiciaire et fantasmes collectifs », *Pouvoirs*, N°74, 1995, p. 42-55

T

Terre F., « La justice en temps de crise », *Pouvoirs*, N°10, 1979, p. 35-40.

Thomas D., Bosc V., Galvada-Moulenat C., Ramon P., Vaissiere A., « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *APC*, 2004/1, N°26, p. 113-124.

Touffait A. et Tunc A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celle de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, N°3, p. 487-508.

Trévidic M., « Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires », *Après-demain*, 2010/3, N° 15, p. 48-50.

Troper M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, N°16, p.5-15.

V

Van De Kerchove M., « Accélération de la justice pénale et traitement en temps réel », *Journal des procès*, N°311, 4 octobre 1996, p.11-12.

Van Halewijn J., « Droit de défense en matière répressive et conventions internationales », *Revue de droit pénal et de criminologie*.

Vaucher A., « La justice comme « institution politique » : retour sur un objet (longtemps) perdu de la science politique », *Droit et société*, 2006/2, N° 63-64, p. 491-506.

Véron J.-B., « L'Afrique post-indépendances : 50 ans de crises ? L'exemple de Madagascar », *Afrique contemporaine*, 2010/3, N°235, p. 115-126.

Viennot C., « Célérité et justice pénale : l'exemple de la comparution immédiate », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, N° 29, p. 117-143.

W

Wachsmann, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *SFDI, Actes du Colloque de Strasbourg, La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 158-170.

Wafeu Toko P., « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne », *Les cahiers du droit*, 2013, p. vol. 54, n° 1, p. 145-174.

Y

Youf D., « La justice pénale des mineurs. Entre spécialisation et déspecialisation », *Les Cahiers Dynamiques*, 2015/2, N° 64, p. 33 à 41.

Littérature

Aristote, *Ethique de Nicomaque*.

Bobbio N., « Sur le principe de la légitimité », in *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique, VII, Paris, 1967.

Casamayor L., *La justice, l'homme et la liberté*, Paris, Arthaud, Notre temps, 1964.

Césaire A., *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence africaine, 1955.

Duhamel O. et Vedel G., « Le pénal et le politique », *Le monde*, 3 mars 1999.

Duport A., *Principes fondamentaux de la police et de la Justice*, présentés au nom du Comité de Constitution le 22 décembre 1789, in *Archives parlementaires du 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*. Première série, 1787 à 1799. Tome X, du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789.

Fabien S., *Réflexion sur un mode de régulation sociale original : le dina*, Rapport de stage d'auditeur de justice, Non publié, 2000, disponible auprès du Bibliothèque du Ministère de la justice

Ferry J., *Le devoir de civiliser*, Discours du 28 juillet 1885 à la Chambre des Députés avant le vote des crédits extraordinaires pour financer l'expédition à Madagascar, Paris, Points, Les grands discours, 2010.

Guillaume G., *Droit au slogan ?*, Séance publique du 24 octobre 2011, Académie des sciences morales et politiques.

Kant E., *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, 1985.

Kant E., *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg, Nicolovius, 1796.

Marx K., *Œuvres*, III, Philosophie, Paris, Pléiade, 1982, 2112 p.

Renan E., *La réforme intellectuelle et la morale*, 1871, Paris, Œuvres complètes, Calmann-Lévy, 1947, 332 p.

Ricœur P., *Le juste*, t II, Paris, Esprit, 2001.

Roosevelt E., *Compte-rendu de la 89e séance du troisième comité de l'Assemblée générale des Nations Unies*, Paris, Palais Chaillot, le 30 septembre 1948 à 15 h. O.N.U., Doc. A/C.3/SR.89.

Sauvé J.-M., *Les critères de la qualité de la justice*, Discours prononcé à l'occasion de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), Luxembourg, 25 septembre 2009

Truche P. (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, Paris, Documentation française, 1997.

Décisions judiciaires et parajudiciaires

Haute Cour Constitutionnelle (malgache)

Décision N°22 du 1^{er} avril 2015

Cour d'Appel de Tananarive, Archives judiciaires, Arrêts indigènes

Arrêt du 14 juin 1961, Brouette contre Andalini

Arrêt du 15 mars 1951, 1951-I, N°43.

Arrêt du 8 août 1929, 1929-II, N°116.

Arrêt du 27 décembre 1899, 1899, n° 23.

Conseil d'État de Madagascar

Arrêt N°54 du 17 août 2016

Arrêt N°81 du 18 juin 2009

Conseil Supérieur de la Magistrature (malgache)

Recueil des décisions disciplinaires 2003-2012, Cas N°35.

Recueil des décisions disciplinaires 2003-2012, Cas N°53.

Décision N° 2014/ 017

Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples

Communication N°433/12, Albert Bialufu Ngandu contre République démocratique de Congo

Communication N°416/12, Jean-Marie Atangana Mebara contre République du Cameroun,

Communication N°408/11, José Alidor Kabambi et autres contre République démocratique du Congo

Communication N°389/10, Mbiankeu Geneviève contre Cameroun

Communication N°346/07, Mouvement du 17 mai contre République Démocratique de Congo

Communications N° 325/06, Organisation mondiale contre la torture et Ligue de la zone Afrique pour la défense des droits des enfants et élèves (pour le compte de Céline) contre la RDC

Communication N°287/04, Titanji Duga Ernest (pour le compte de Cheonumu Martin et autres) contre Cameroun

Communication N°275/03, Article 19 contre Érythrée

Communications N° 274/03 et 282/03, Interights, ASADHO et Maître O. Disu contre RDC

Communication N°272/03, Association of victims of post electoral violence et Interights contre Cameroun

Communication N°259/02, Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégique contre RDC

Communication N° 250/02, Zegveld et autre contre Érythrée

Communication N°243/01, Women's legal aid center (pour le compte de Moto) contre Tanzanie

Communication N°241/01, Purohit et Moore contre Gambie

Communication N°855/99, Affaire Chambala contre Zambie

Communication N° 155/96, octobre 2001, Social and economic rights action, Centre for economic and social rights contre Nigeria.

Communications N°137/94, 139/94, 156/97, 161/97, International Pen et autres (pour le compte de Saro-Wiwa) contre Nigeria

Communication N°97/93, Modise contre Botswana

Communication N°39/90, Annette Pagnouille (pour le compte d'Abdoulaye Mazou) contre Cameroun

Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples

Arrêt Abubakari contre Tanzanie, 2016, RJCA, vol 1

Arrêt Zongo et autres contre Burkina Faso, 2014, RJCA, vol 1.

Comité des droits de l'Homme

Avis du 3 avril 1987, Eric Hammel contre Madagascar

Avis du 1^{er} avril 1985, Monja Jaona contre Madagascar

Avis du 24 Mars 1983, Dave Marais Jr contre Madagascar

Cour International de Justice

Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, Recueil du 1969, opinion individuelle du juge Ammoun, p.137

Cour Européenne des droits de l'Homme

Arrêt du 24 mai 2011, Konstas contre Grèce
Arrêt du 11 janvier 2010, Lunari contre Italie
Arrêt du 13 janvier 2009, Taxquet contre Belgique
Arrêt du 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines contre France
Arrêt du 26 septembre 2006, Bernard contre France
Arrêt du 15 déc. 2005, Kyprianou contre Chypre
Arrêt du 15 juin 2004, SC contre Royaume-Uni
Arrêt du 3 juin 2003, Pantea contre Roumanie
Arrêt du 2 octobre 2001, G.B contre France
Arrêt du 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne
Arrêt du 16 septembre 1999, Buscemi contre Italie
Arrêt du 19 Mars 1997, Hornsby contre Grèce
Arrêt du 10 juin 1996, Pullar contre Royaume-Uni
Arrêt du 28 septembre 1995, Procola contre Luxembourg
Arrêt du 22 nov. 1995, S.W. contre Royaume-Uni
Arrêt du 25 février 1995, Findlay contre Royaume Uni
Arrêt du 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V contre Pays Bas
Arrêt du 23 novembre 1992, Hadjianastassiou contre Grèce
Arrêt du 26 juin 1991, Affaire Letellier contre France
Arrêt du 24 mai 1989, Hauschildt contre Danemark
Arrêt du 28 mai 1985, Ashingdane contre Royaume-Uni
Arrêt du 28 juin 1984, Campbell et Fell contre Royaume-Uni
Arrêt du 26 octobre 1984, Cubber contre Belgique
Arrêt du 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink contre Pays-Bas*
Arrêt du 1^{er} oct. 1982, Piersack contre Belgique
Arrêt du 27 février 1980, Deweer contre Belgique
Arrêt du 26 avr. 1979, Sunday Times contre Royaume-Uni
Arrêt du 27 juin 1968, Neumeister contre Autriche

Cour de Justice de l'Union Européenne

Arrêt du 1^{er} juillet 2008, Chronopost SA et La Poste contre UFEX et autres

Cour de Cassation Française

Arrêt de la Chambre criminelle du 8 juin 1971

Arrêt de la Chambre criminelle du 20 octobre 1966

Arrêt de la Chambre criminelle du 13 décembre 1956

Textes de lois

Traités internationaux

Arrangement international sur la répression de la traite des blanches, 18 mai 1904

Convention internationale sur la répression de la traite des blanches, 4 mai 1910

Convention sur la lutte contre l'esclavage, 25 septembre 1926

Convention relative à la répression de la traite des femmes majeures, 11 octobre 1933

Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951

Convention relative aux droits politiques de la femme, 31 mars 1953

Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son protocole facultatif, 16 décembre 1966

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 10 décembre 1967

Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006

Conventions régionales

Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950

Convention américaine des droits de l'homme, 22 novembre 1969

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 8 juin 1981

Textes nationaux

Ordonnances

N°62 041 du 19 septembre 1962

N°76 008 du 20 mars 1976

N° 77 021 du 10 juin 1977 CPP

N° 75 023 du 1^{er} octobre 1975

N°2005 005 du 22 mars 2006 modifiée par la loi organique N°2007 039 du 14 janvier 2008

Code de procédure pénale malgache

Loi N°97 036 du 30 octobre 1997

Loi N°2007 021 du 30 juillet 2007

Loi N°2008 041 du 19 décembre 2008

Loi N°2016 017 du 30 juin 20

Lois

Instructions aux *Sakaizambohitra*, 1878

Code des 305 articles, 1881

Règlements des gouverneurs de l’Imerina, 1889

Loi N°67 022 du 21 novembre 1967 relative à l’utilisation de deux langues officielles dans les procédures judiciaires

Décrets

Décret du 24 novembre 1898 portant organisation de la justice indigène

Décret du 16 février 1901 sur la liberté d’expression

Décret du 22 février 1909 relatif à la répression disciplinaire des infractions commises par les indigènes

Décret du 22 août 1928 portant sur le statut de la magistrature coloniale

Décret du 6 août 1960 sur le dina de Sakaraha

Décret du 23 août 1975 sur le dina de Toliary

Décret du 9 octobre 1947 sur la liberté de presse et la liberté de réunion

INDEX

A

absentéisme, 69, 70
Accords de coopération, 108, 118, 124, 126, 128, 129, 143
amende, 45, 77, 79, 230, 286, 287, 296
amnistie, 86, 260, 261
amovibilité, 65, 68, 83, 181
asservissement, 1, 26, 27, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 44, 50, 51, 52, 53, 57, 58, 59, 61, 78, 84, 87, 107, 339
assimilation judiciaire, 56
assistance judiciaire, 278, 279, 280, 281

C

CADHP, 3, 91, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 152, 204, 207, 253, 257
Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, 3, 14, 21
Charte de la Révolution Socialiste, 112, 137
citation directe, 134, 163, 164, 217, 218, 220, 222
Code de déontologie de la magistrature, 153
Code de l'indigénat, 11, 44, 45, 46, 47, 49, 51, 75, 77, 78, 339
collégialité, 56, 80, 195, 196, 222, 235, 237, 238, 245, 342, 357
colonialisme par association, 39, 40, 54
communautarisme, 94, 114
conseils commis d'office, 223
contrôle de légalité, 190, 270, 271
contrôle de proportionnalité, 190, 270, 271, 357
contrôle judiciaire, 152, 203, 226, 231, 234, 244, 245, 246, 248, 249, 267, 271, 342
CSM, 3, 161, 169, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 199, 200, 201, 214, 220, 221, 317, 318, 319, 336, 337, 341, 342

D

dangerosité, 289, 290, 361
Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 3, 14
décolonisation, 88, 96, 103, 107, 117, 119, 121, 122, 124, 125, 126, 128, 133, 143, 196, 299, 323, 329
dédoublage fonctionnel, 196, 197, 307, 308
délai du procès, 1, 204, 206, 221
délai raisonnable, 14, 17, 139, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 225, 249, 341
démocratie, 12, 98, 113, 114, 116, 149, 292, 330, 340, 356, 361, 364
démocratisme, 114, 115
dénonciation, 15, 26, 46, 107, 108, 109, 204, 258
détention provisoire, 190, 194, 202, 203, 209, 215, 216, 217, 219, 220, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 244, 245, 246, 248, 249, 257, 267, 268, 296, 305, 308, 342, 353
devoir de civiliser, 30, 34, 35, 41, 369

devoir de réserve, 174
dina, 72, 73, 139, 140, 141, 142, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 334, 337, 339, 340, 343, 369
dommages, 292
droit de civiliser, 30, 34, 35
droits de l'Homme, 8, 12, 13, 14, 17, 19, 20, 26, 29, 30, 32, 33, 36, 37, 45, 61, 77, 88, 90, 91, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 112, 113, 114, 115, 138, 144, 148, 158, 225, 226, 232, 248, 249, 263, 264, 286, 299, 304, 307, 311, 315, 321, 322, 323, 327, 328, 333, 334, 335, 338, 339, 340, 341, 343, 346, 363, 371, 372, 373, 384
droits de la défense, 11, 14, 15, 16, 77, 138, 139, 140, 211, 223, 233, 241, 242, 268, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 285, 309, 320, 352, 363
DUDH, 3, 93, 98, 112, 113, 136, 152, 305

E

égalité des armes, 15, 16, 211, 277, 281, 352
État de droit, 113, 114, 115, 116, 147, 158, 159, 313, 332
examen médical, 239, 242, 243, 244
exécution provisoire, 295

G

gouverneur général, 36, 42, 47, 55, 58, 64, 65, 66, 67, 69, 76, 77, 339

H

Haute Cour de Justice, 302, 312, 343
hiérarchie des races, 30, 31, 33, 35, 38, 55
huis clos, 304, 305, 306, 311, 331

I

impartialité, 16, 20, 81, 84, 86, 133, 140, 148, 150, 151, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 178, 179, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 235, 249, 258, 259, 290, 291, 300, 303, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 317, 318, 320, 323, 324, 325, 326, 331, 332, 334, 335, 336, 337, 339, 341, 342, 343, 347, 348, 353, 356, 357, 358, 360, 362, 364
inamovibilité, 56, 62, 68, 87, 137, 161, 179, 180, 181, 182, 183, 186, 193, 201, 317, 341, 353
indépendance, 16, 20, 26, 38, 39, 51, 57, 60, 62, 83, 87, 88, 91, 97, 99, 108, 109, 110, 114, 117, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 136, 137, 139, 140, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 168, 173, 175, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 200, 201, 219, 249, 252, 258, 259, 270, 290, 291, 300, 312, 313, 314, 316, 317, 320, 332, 334, 335, 336, 337, 340, 341, 343, 353, 355, 357, 358, 362, 365
indices, 208, 218, 231, 232, 234, 236, 240, 258, 259

indigènes, 11, 30, 31, 32, 33, 34, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 119, 132, 133, 134, 205, 219, 323, 327, 339, 340, 343, 345, 349, 350, 354, 361, 371
information sommaire, 134, 219
instruction préparatoire, 134, 163, 164, 217, 219, 228, 229, 232, 236, 263, 267, 309, 349
insurrection malgache, 41, 57, 95, 350
intégrité, 8, 80, 97, 159, 165, 166, 169, 271, 291, 316, 331
intime conviction, 80, 137, 156, 160, 189, 274, 276, 283, 284, 285, 298, 324, 349, 350, 353

J

juge des enfants, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 323, 356
juridiction pour les mineurs, 302, 306, 311, 314
Justice expéditive, 222

L

la chambre de détention préventive, 196, 222, 228, 235, 262
légalité de la poursuite, 229
liberté de preuve, 275
loi d'annexion, 10, 27, 38, 39, 48, 56, 71, 93, 125, 128, 132

M

magistrats du ministère public, 19, 162, 193, 223, 318, 341
magistrature coloniale, 65, 68, 69, 70, 83, 180, 196
médias, 5, 7, 210
métrique des sanctions, 286
mimétisme, 11, 88, 122, 132, 136, 340
mission civilisatrice, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 43, 59, 60, 84

N

néocoloniale, 11, 26, 144, 384

O

opportunité de la poursuite, 163, 169, 257, 258, 259
ordre, 1, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 22, 30, 36, 39, 40, 43, 44, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 68, 70, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 95, 119, 128, 138, 170, 191, 193, 194, 206, 215, 231, 234, 237, 240, 259, 261, 268, 269, 273, 289, 291, 292, 294, 295, 300, 302, 310, 337, 339, 354, 365
OUA, 3, 91, 98, 99, 104, 105

P

Pacte International des Droits Civils et Politiques, 14
pénalisation, 13
plainte, 15, 169, 204, 253, 256, 258, 259, 260, 263, 264, 292
plainte avec une constitution de partie civile, 259

pôles anti-corruption, 315
prescription, 46, 260, 261, 262, 296, 298
présomption d'innocence, 14, 16, 17, 77, 78, 80, 157, 171, 203, 207, 227, 231, 232, 237, 241, 246, 248, 275, 278, 279, 280, 282, 318, 355, 362, 363
preuve légale, 283
preuve ordalique, 274
principe du contradictoire, 15, 16, 77, 81, 204, 211, 212, 223, 229, 276, 277, 280, 281, 285, 306, 311, 352
procès des parlementaires, 85
procureur général, 65, 66, 67, 69, 186, 187, 199, 312, 339
publicité, 263, 277, 305, 306, 323, 331, 334

Q

quantum, 286, 287, 303

R

ratification, 13, 20, 36, 90, 107
recours initial, 255, 256, 262, 266, 267, 272, 343
recours successif, 255, 265, 266, 267, 272, 343
redevabilité, 6, 114, 121, 198, 220, 274
régime des décrets, 42, 44
religiosité, 5, 6
réparation civile, 157, 286, 291, 334
responsabilité, 6, 57, 82, 149, 156, 169, 175, 195, 198, 199, 212, 216, 244, 278, 284, 292, 302, 311, 339, 348, 355, 357, 362, 363, 365
rétention policière, 214, 241
rituels, 5, 15, 331, 360

S

ségrégation, 30
SMOTIG, 3, 49, 50
socialisme, 11, 12, 88, 116, 118, 119
souveraineté, 11, 14, 91, 97, 98, 103, 105, 114, 116, 121, 130, 136, 157, 159, 284, 340
spécialité conventionnelle, 36
spécialité législative, 36, 42, 46, 55, 84
spécificité africaine, 101, 106
Statut de la magistrature, 155, 181, 317, 341
subordination hiérarchique, 160, 161, 162, 172, 186, 193, 317
suprématie du parquet, 67
sûreté, 8, 12, 13, 15, 137, 280, 286
syllogisme, 154, 155, 198, 270

T

temps judiciaire, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 221, 360
torture, 58, 59, 80, 111, 141, 209, 331, 371
traité de protectorat, 10, 27, 38
travaux forcés, 29, 40, 48, 49, 51, 55, 79, 85, 135, 163, 219, 288
tuteur, 256, 304, 309

U

UA, 3, 105, 121

Union française, 38, 45, 52, 54, 55, 57, 59, 70, 115, 117,
125, 133, 183, 327, 340, 346, 360
utilité du recours, 1, 273

V

vérité judiciaire, 9, 15, 168, 206, 273, 274, 275, 276, 277,
282, 284, 285, 294, 332, 366

Section 1. La transmission conventionnelle.....	124
Paragraphe 1. Les relais de transmission : des hommes et des accords.....	124
Paragraphe 2. Les matières transmises en matière judiciaire : l'organisation et la procédure	131
Section 2. La transmission héréditaire	136
Paragraphe 1. Une justice insatisfaisante.....	136
Paragraphe 2. Une justice concurrencée par les dina.....	139
PARTIE II – LES POUVOIRS RÉPRESSIFS RAJUSTÉS.....	146
TITRE 1. LA RECONQUÊTE DU POUVOIR PAR LE MAGISTRAT	149
Chapitre 1. La consécration des valeurs éthiques exigibles au magistrat	150
Section 1. Le magistrat face au tiers : l'indépendance.....	152
Paragraphe 1. La consécration statutaire de l'indépendance	152
Paragraphe 2. La stratification de l'indépendance	159
Section 2. Le magistrat comme un tiers : l'impartialité.....	165
Paragraphe 1. L'impartialité substantielle	167
Paragraphe 2. L'impartialité formelle.....	171
Chapitre 2. Le déséquilibre des garanties des valeurs éthiques	179
Section 1. La nette progression des garanties d'indépendance.....	180
Paragraphe 1. L'inamovibilité	180
Paragraphe 2. Le Conseil Supérieur de la Magistrature	183
Section 2. L'insuffisance des garanties d'impartialité.....	188
Paragraphe 1. L'insuffisance des garanties d'impartialité offertes par le magistrat 188	
Paragraphe 2. L'insuffisance des garanties offertes par le système.....	191
TITRE 2. LA CONSÉCRATION DU POUVOIR DU JUSTICIABLE	202
Chapitre 1. La volonté d'encadrer le délai du procès.....	204
Section 1. Les composantes de la notion de délai raisonnable	206
Paragraphe 1. Le délai maximal du procès	206
Paragraphe 2. Le délai minimal du procès.....	210
Section 2. La transposition de la notion de délai raisonnable à Madagascar.....	214
Paragraphe 1. La limitation de délais partiels.....	214
Paragraphe 2. La limitation du délai global.....	220
Chapitre 2. La volonté de limiter les atteintes provisoires à la liberté	226
Section 1. La limitation stricte de la détention provisoire	227
Paragraphe 1. La légalité de la détention provisoire.....	227
Paragraphe 2. L'opportunité de la détention provisoire.....	230
Section 2. La limitation poreuse des autres atteintes à la liberté	239

Paragraphe 1. La contrainte policière : la garde à vue	239
Paragraphe 2. La mesure alternative : la liberté sous contrôle judiciaire	244
PARTIE III – LES POUVOIRS RÉPRESSIFS FRAGILISÉS	251
TITRE 1. LE STATISME DU POUVOIR DE SE FAIRE RENDRE JUSTICE.....	253
Chapitre 1. La persistance des limites à l'accès au juge	255
Section 1. La réalisation conditionnelle du droit au recours initial	256
Paragraphe 1. Le régime normatif du droit au recours initial	256
Paragraphe 2. L'accessibilité limitée au tribunal.....	262
Section 2. La réalisation conditionnelle du recours successif.....	265
Paragraphe 1. Le régime normatif du droit au recours successif.....	265
Paragraphe 2. L'accessibilité limitée au recours successif.....	267
Chapitre 2. La persistance des limites de l'utilité du recours.....	273
Section 1. La nécessité d'instaurer l'égalité des perspectives de réussite	274
Paragraphe 1. La confrontation des armes des parties	276
Paragraphe 2. L'appréciation des moyens par le juge	282
Section 2. La nécessité d'assurer la satisfaction des justiciables.....	286
Paragraphe 1. La métrique des sanctions.....	286
Paragraphe 2. L'exécution des sanctions.....	294
TITRE 2. L'ÉCLATEMENT DU POUVOIR DE RENDRE JUSTICE	299
Chapitre 1. L'éclatement de la compétence du juge : une menace contre le droit au procès équitable	300
Section 1. L'éclatement de la compétence personnelle	302
Paragraphe 1. Le risque de partialité dans la juridiction pour les mineurs	302
Paragraphe 2. Le défaut d'indépendance de la Haute Cour de Justice	312
Section 2. L'éclatement de la compétence matérielle : les pôles anti-corruption...315	
Paragraphe 1. Les garanties supplémentaires de la qualité de la justice rendue.316	
Paragraphe 2. La rupture d'égalité entre les justiciables	320
Chapitre 2. L'éclatement de l'emprise du juge : un fait capitalisable pour le droit au procès équitable	322
Section 1. L'éclatement de l'emprise du juge au profit des citoyens : un fait.....323	
Paragraphe 1. Le transfert volontaire : la cession du pouvoir de juger.....323	
Paragraphe 2. Le transfert involontaire : l'accaparement du pouvoir.....326	
Section 2. L'éclatement de l'emprise du juge vers les citoyens : un facilitateur de la réalisation du droit au procès équitable	329
Paragraphe 1. La participation citoyenne, une solution pour la légitimité	329
Paragraphe 2. La participation citoyenne, de la légitimité vers la validité de la justice	332
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	339

BIBLIOGRAPHIE.....	345
Ouvrages 345	
Thèses en droit	352
Articles, communications et contributions	355
Littérature 369	
Décisions judiciaires et parajudiciaires.....	371
Textes de lois	374
INDEX	376
TABLES DES MATIERES.....	379

Résumé

La justice pénale malgache : entre l'héritage colonial et le droit au procès équitable

La Justice pénale est un champ de confrontation de plusieurs acteurs qui se concurrencent pour s'accaparer les pouvoirs répressifs. Pendant la colonisation à Madagascar, les administrateurs français ont subtilisé ces pouvoirs des mains des juges malgaches et asservit la Justice. Le détournement des droits de l'Homme, dont le droit au procès équitable, est à la base de la politique d'exploitation. La période néocoloniale et les années socialistes maintiennent un héritage colonial pesant. Le rajustement ne s'opère que dans les années quatre-vingt-dix où les pouvoirs répressifs basculent vers les magistrats et les citoyens au détriment de l'Exécutif. Le droit au procès équitable évince progressivement cet héritage. Toutefois, les acquis restent précaires. Les pouvoirs répressifs sont rajustés mais ils restent fragilisés par le statisme du pouvoir du citoyen de se faire rendre justice et par l'éclatement du pouvoir du magistrat de rendre cette justice. La Justice malgache d'aujourd'hui demeure une justice à améliorer, elle est encore perçue comme une Justice injuste.

Mots-clés : justice pénale – droit au procès équitable – colonisation – Madagascar – droit pénal – pouvoirs répressifs – juge

Abstract

Malagasy criminal justice: between the colonial heritage and the human right to a fair trial

Criminal justice is a field of confrontation between several actors who compete to monopolize repressive powers. During colonization in Madagascar, French administrators took these powers from the hands of Malagasy judges and enslaved the judiciary. The misuse of human rights, including the right to a fair trial, is at the root of the exploitation policy. The neo-colonial period and the socialist years maintain a heavy colonial legacy. The adjustment did not take place until the 1990s, when the repressive powers were shifted to the magistrates and citizens to the detriment of the Executive. The right to a fair trial is gradually replacing this legacy. However, the gains remain precarious. The repressive powers are adjusted but they are still weakened by the stagnation of the citizen's power to obtain justice and by the breakdown of the magistrate's power to render justice. Malagasy justice today remains a justice which needs to be improved, it is still perceived as an unjust Justice.

Key words : criminal justice – right to a fair trial – colonization – Madagascar – criminal law – repressive powers – judge