

Les juristes, le juge, le droit?

Une des caractéristiques de la crise que traverse Madagascar depuis des mois déjà est la vivacité des débats et controverses juridiques qui l'entourent. Un certain nombre des faits d'actualité illustrent parfaitement ce constat: l'épisode de la révocation des ambassadeurs (cf par exemples <http://www.lexpressmada.com/display.php?p=display&id=26759> et <http://www.lexpressmada.com/display.php?p=display&id=26928>), la récente condamnation du Président de la République (cf <http://www.lexpressmada.com/index.php?p=display&id=26925>) ou encore la requête contre la lettre n°79-HCC/G du 18 mars 2009 de la Haute Cour Constitutionnelle - HCC (cf par exemple http://www.midi-madagasikara.mg/midi/index.php?option=com_content&task=view&id=14646). Mais la floraison des commentaires et points de vue n'est pas toujours proportionnelle avec la pertinence des analyses et la qualité des débats juridiques. Cette situation trahit mal la méconnaissance du droit (en tant que science) et l'ignorance du droit positif (le droit applicable). Ainsi, certaines opinions sont totalement à côté de la plaque à l'image de celles autour de la requête contre la lettre de la HCC et qui ont déjà été traitées dans <http://www.shadow-madagascar.net/?p=847&cpage=1#comment-298>. Quand un juriste est aveuglé par les formules du genre: *la Constitution est d'interprétation stricte, le droit s'applique à la lettre* ou encore *aucune interprétation textuelle n'est possible* (cf à titre d'illustrations: http://gasytiatanindrazana.free.fr/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=2&Itemid=3 et <http://www.madanight.com/articles/politique/1263-vony-rambolamanana-interview.html>), finalement, il ne faut pas s'étonner des erreurs d'appréciation dans les analyses. Car ces formules prêchées par naïveté ne sont même plus des chimères, elles dépassent l'absurdité.

Non, le droit ne s'applique pas qu'à la lettre.

Que ce soit du point de vue doctrinal (c'est-à-dire à travers les opinions des juristes universitaires, ...) ou du point de vue jurisprudentiel (à travers les œuvres des praticiens du droit que sont les juges), le droit ne peut tout simplement pas s'enfermer dans une lecture littérale stricte. Considérer que l'application du droit doit se faire à la lettre suppose que les textes de droit sont omniscients et omnipotents et aptes à générer des solutions évidentes à toutes les configurations des litiges sociétaux. Pourtant, dès leur conception même, les textes de droit s'apparentent à des instruments intrinsèquement lacunaires en ce sens qu'ils ne peuvent pas offrir une représentation fidèle de la réalité. Les mots utilisés dans le droit peuvent eux-mêmes être polysémiques comme le montrent les travaux de l'herméneutique¹. Aucun système juridique au monde ne peut assurer une prévisibilité normative parfaite. "*La quête d'une prévisibilité totale des normes juridiques est à l'instar d'un mirage, idéaliste*" écrivait à juste titre Petr MUZNY², professeur et membre de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme de Montpellier I. Il ne faudrait pas s'étonner, dans ces conditions, de voir des juges (et pas n'importe lesquels) être méfiants à l'égard de la rigidité du formalisme en droit. C'est le cas de la Cour Européenne des Droits de l'Homme que l'on choisit ici de façon nullement anodine³ qui soutient que les textes de droit "*n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit s'adapter aux changements de situation. Aussi 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 pratique*"⁴.

Cette incertitude qui accompagne les textes de droit est d'autant plus valable lorsqu'il s'agit du droit constitutionnel. Le droit constitutionnel, en effet, est une branche de droit par essence constituée de normes dites "ouvertes" et se caractérise aussi par un degré important d'abstraction et d'indétermination. D'où l'utilisation par certains auteurs de termes comme *l'obscurité structurelle* du droit constitutionnel⁵. Ce passage d'un article récent de Francis DELPEREE, professeur à l'Université Catholique de Louvain, est frappant quant à la nécessité d'une ouverture d'approche et d'esprit dans l'interprétation des textes constitutionnels. "*Le citoyen a l'habitude de prendre la Constitution à l'état brut. Le texte, rien que le texte ... Le plus souvent, le citoyen ignore les décisions du juge ou les commentaires de la doctrine. (...) L'interprétation doit être correcte. Elle doit être respectueuse des dispositions inscrites dans la norme fondatrice. Elle doit être attentive à leur formulation exacte. Il n'y a pas lieu pour autant de sacrifier au fétichisme du texte. La constitution n'est ni le code de la route ni une circulaire de droit fiscal. Tout positiviste qu'il soit, l'interprète doit lire entre les lignes. Pour découvrir les intentions. Pour révéler les virtualités. Pour décrypter les préoccupations politiques et sociales. Bref, pour procurer une interprétation intelligente à la Constitution*"⁶. Ce n'est pas pour rien non plus s'il y a pratiquement unanimité dans la doctrine (i.e. dans les productions des spécialistes du droit) pour avancer que la jurisprudence d'une juridiction constitutionnelle ne s'enferme pas à la seule énoncée littérale des articles d'une Constitution⁷.

Justement à propos de ces pratiques des juridictions, croire que le droit s'applique à la lettre écarte toute idée d'interprétation et de création du juge (constitutionnel) lorsque celui-ci statue sur un point de droit. Autrement dit, c'est rapprocher le droit à un raisonnement mathématique où une seule solution se dégagerait. Ce qui est totalement illusoire. Déjà, il faut se rendre compte que la confluence de plusieurs facteurs pour arriver à une prise de décision, analysée en psychologie⁸ reste valable lorsque l'on se déplace sur le terrain du droit. Voilà pourquoi Michel TROPER, professeur émérite à l'Université Paris II, soutient à propos des motivations d'une décision d'un juge constitutionnel que: "*ce qui est exposé dans la motivation, ce n'est pas réellement le processus intellectuel qui a conduit à la décision. La question de savoir comment celle-ci a été réellement obtenue ne relève d'ailleurs pas de la théorie du droit, mais des sciences du comportement*"⁹. Dans ses pratiques, le juge effectue des choix, ce qui est donc contraire à l'idée de la solution unique qui se dégagerait d'une lecture strictement littérale du droit. Ainsi, au niveau de certaines juridictions comme la *Supreme Court* des USA, les *dissenting or concurring opinions*, c'est-à-dire des décisions alternatives (par rapport à la solution et/au fondement) de celle adoptée par la majorité des membres de la cour font partie des pratiques courantes et contredisent par-là le dogme de la solution unique imposée par la lecture textuelle. Autre élément d'argumentation quant à cette possibilité de multiples choix pour le juge, on peut prendre simplement l'article 43 de l'ordonnance n°2001-003 du 18 novembre 2001 relative à la Haute Cour Constitutionnelle: "*La Haute Cour Constitutionnelle siège à six membres au moins (...). Lors des délibérations, le haut conseiller le plus jeune opine le premier après le rapporteur, le président opine le dernier. En cas de partage de voix, celle du président est prépondérante*". Si effectivement la lecture du droit ne pouvait aboutir qu'à un seul sens possible, pourquoi a-t-on prévu dans la pratique procédurière de la cour des délibérations qui peuvent impliquer des voies discordantes entre ses membres?

Dans cette réalité où le juge effectue des choix et ne s'enferme pas dans l'énoncé littérale des textes, il ne faut tout de même pas croire que le choix se fait de manière arbitraire. Car les constitutionnalistes ont élaboré différentes techniques d'interprétation pour servir d'instruments aux théoriciens comme aux praticiens du droit. L'interprétation grammaticale par un procédé littéral ne constitue qu'une partie de ces instruments et est largement la moins efficiente. Parmi les autres techniques d'interprétation, on peut évoquer l'interprétation systémique qui consiste à considérer l'unité de la Constitution et donc à interpréter une disposition particulière eu égard de l'ensemble du texte. Cette technique a été utilisée par la HCC par exemple dans l'avis n°01-

HCC/AV du 6 avril 2005 relatif au droit de grève lorsqu'elle argumente sur les limites du droit de grève en faisant référence aux limites des autres droits fondamentaux. D'autres techniques cherchent à faire ressortir la valeur normative que les auteurs du texte constitutionnel ont voulu donner à un énoncé en particulier. Bien que cette méthode de recours à l'intention des auteurs ne fasse pas l'unanimité au sein des constitutionnalistes, il arrive que la HCC l'utilise comme avec l'avis n°01-HCC/AV du 16 mai 2007 sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles où le terme "*esprit du constituant*" est évoqué. Il y a également la méthode historique qui se base sur des éléments venant du contexte historique et de la tradition constitutionnelle. Celle-ci est présente dans l'argumentation de la HCC dans sa décision n°03-HCC/D2 du 12 avril 2000 sur la langue de promulgation des lois où elle rappelle les pratiques constitutionnelles depuis la Première République. Bref, ce ne sont pas les jurisprudences qui manquent pour démontrer que depuis toujours, le juge constitutionnel malgache, comme les autres juges dans le monde, fait appel largement à des techniques différentes d'une simple lecture textuelle. Des techniques censées être connues par les juristes. La non-évocation de ces concepts et instruments par ceux qui ne pensent que le droit s'applique uniquement à la lettre n'est-elle pas un aveu de leur non-maîtrise du droit constitutionnel?

Non, le droit ne s'enferme pas dans la lettre de la loi.

Quand on prétend que le droit s'applique à la lettre, l'évocation de principes ou notion comme la HCC l'a fait avec *l'intérêt supérieur de la Nation* dans sa décision n°03-HCC/D2 du 23 avril 2009 pourrait alors dérouter les intégristes du positivisme et fausser totalement les analyses des faits. Si précédemment on a parlé du caractère ouvert des textes constitutionnels, en fait il faut aller plus loin jusqu'à prendre en compte des arguments en dehors des textes de loi, voire en dehors du droit écrit (car le droit écrit n'est pas seulement constitué des textes de loi). De nombreux travaux ont d'ailleurs depuis des années traité cette question à l'instar de ceux de Marie-Claire PONTTHOREAU, professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, sur "*la reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises*"¹⁰. Si l'on s'intéresse un tant soit peu au droit constitutionnel, comment ignorer l'ouvrage de Pierre Avril, professeur à l'Université Paris II, sur "*les conventions de la Constitution*"¹¹: ces normes non-écrites qui sont fondamentales pour la vie constitutionnelle et politique; l'ouvrage étant considéré comme l'un des plus remarquables et des plus importants pour cette discipline ces dernières années. Cet auteur a clairement exposé qu': "*il ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la Constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le gouvernement du pays, the living Constitution comme le désignent les américains. (...) la norme constitutionnelle se révèle a posteriori à travers l'application qu'elle a imposée au texte, mais elle n'y est pas toujours énoncée.*"¹².

Parmi les éléments non-écrits figurent les principes généraux de droit¹³. Il revient souvent aux œuvres jurisprudentielles (notamment constitutionnelles) de jouer un rôle important pour la réception de ces principes généraux de droit dans le droit positif. Le juge constitutionnel à Madagascar ne fait donc pas dans l'exceptionnel lorsqu'il invoque ces principes généraux pour asseoir ses jurisprudences. Et même que cette pratique remonte très loin dans le temps (au moins depuis un quart de siècle) et a toujours été constante quelque soit le régime politique. C'est ainsi que la décision n°83-157 HCC/D du 26 juillet 1983 a été fondamentale en ancrant le système constitutionnel malgache dans le constitutionnalisme classique pour paraphraser Andrianaivo Ravelona RAJAONA¹⁴, en consacrant *le principe républicain de séparation des pouvoirs*. Depuis, d'autres principes de droit ont acquis une valeur constitutionnelle même s'ils ne sont pas expressément contenus dans les textes constitutionnels. C'est le cas du *principe de la primauté de la loi internationale sur la loi interne* reconnu dans la décision n°85-102 HCC/D du 22 juillet 1985. C'est également le cas du *principe de la continuité des services publics* consacrée par le

juge constitutionnel depuis la décision n°06-HCC/D3 du 19 février 1993. Ce dernier cas est d'ailleurs intéressant pour apprécier le rôle de la juridiction constitutionnelle car il a servi de références à maintes reprises, notamment dans la décision n°01-HCC/D3 du 07 janvier 1993, dans l'avis n°04-HCC/AV du 20 octobre 2002, dans l'avis n°01-HCC/AV du 6 avril 2005. Et pourtant, il n'a été clairement inscrit dans la Constitution que depuis la récente loi constitutionnelle n°2007-001 du 27 avril 2007.

Mais revenons aux principes qui ont fait des vagues ces derniers temps et qui ont posé tant de problème aux intégristes du positivisme: celui de *la continuité de l'État* et de *l'intérêt supérieur de la Nation*. Ces deux principes n'ont reçu aucune définition dans un texte de loi. Mais en bien analysant, ces principes font déjà partie du droit écrit positif (le droit applicable) si l'on considère que le droit positif intègre aussi bien les textes en vigueur que la jurisprudence (constante). Les ignorer et se scandaliser devant ces principes sous prétexte qu'il faudrait appliquer la loi à la lettre n'est alors ni plus ni moins que de la méconnaissance du droit. Le juge constitutionnel à Madagascar a à deux reprises au moins, évoqué *le principe de la continuité de l'État*. Une fois dans la célèbre décision n°17-HCC/D3 du 4 septembre 1996 relative à l'empêchement du Président ZAFY. Une autre fois dans l'avis n°02-HCC/AV du 18 octobre 2002. Pour la HCC, c'est un principe primordial qu'il faudrait sauvegarder, notamment en cas de crise institutionnelle. Il ne fallait donc pas être surpris s'il est évoqué suite à la crise institutionnelle générée par le Président RAVALOMANANA à travers l'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009. L'évocation de *l'intérêt supérieur de la Nation* ne s'est pas faite de manière subite. En fait, on retrouve la référence à l'intérêt supérieur de la Nation dans l'arrêt n°05-HCC/AR du 29 avril 2002 quand elle a argumenté sur ses compétences dans la proclamation des résultats contestés des élections présidentielles de 2001. Dans l'avis n°05-HCC/AV du 24 août 2005, la HCC a utilisé un terme assez proche à savoir *l'intérêt national*. C'est dans l'avis n°02-HCC/AV du 19 juillet 2007 qu'elle s'est sans ambiguïté de nouveau référé à *l'intérêt supérieur de la Nation*. Et pareillement que pour *le principe de la continuité de l'État*, les circonstances qui ont amené la HCC à se baser sur *l'intérêt supérieur de la Nation* sont relatives à des crises institutionnelles ou au moins sont susceptibles d'en provoquer (crise politique grave pour l'arrêt de 2002, création de commission d'enquête parlementaire sur le bureau de l'Assemblée Nationale pour l'avis de 2005 et dissolution de l'Assemblée Nationale pour l'avis de 2007). Ainsi donc, dans la pratique de la juridiction constitutionnelle à Madagascar, parmi les principes auxquels il faudrait se référer, *la continuité de l'État* et *l'intérêt supérieur de la Nation* sont en première ligne en cas de crise institutionnelle.

Un autre fait d'actualité, à savoir la condamnation du Président RAVALOMANANA par un tribunal de droit commun de première instance trouve également une explication dans la référence du juge constitutionnel aux principes non-écrits. Dans cette affaire, certains éléments de raisonnement de ceux qui se proclament juristes sont totalement ridicules à l'instar de l'analogie au contexte juridico-politique français. Cette approche ignore les précautions fondamentales en droit comparé à savoir entre autres la distinction des spécificités juridiques et extra-juridiques de chaque système; "*rules can not be understood isolated from their legal and non-legal context (...)*" disait à juste titre Mark VAN HOECKE, professeur aux Facultés Universitaires Saint-Louis de Bruxelles¹⁵. Mais au-delà de l'absurdité de cette approche métacomparatiste, la défaillance de ces juristes dans l'analyse de cette histoire incombe une fois de plus à la méconnaissance des jurisprudences existantes. "*Considérant qu'en tout état de cause, l'inexistence actuelle de la Haute Cour de Justice ne saurait, en aucun cas, faire obstacle à l'engagement, en tant que de besoin, de la responsabilité pénale individuelle d'un Chef ou d'un membre d'institution, en vertu du principe de l'État de droit selon lequel « Les gouvernants et les gouvernés sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante », et en vertu du principe d'égalité édicté par l'article 7 de la Constitution aux termes duquel « La loi est l'expression de la volonté générale. Elle est la même pour tous,*

qu'elle protège, qu'elle oblige ou qu'elle punisse. ». Considérant que la non – organisation de la Haute Cour de Justice a pour conséquence de rendre inopérant le privilège de juridiction”. Cet extrait de la décision n°02-HCC/D2 du 04 juillet 2003 est on ne peut plus parlant. La HCC a établi une grille de hiérarchisation des principes de droits auxquels elle se réfère: le principe d'égalité devant la loi passe devant le privilège de juridiction. Si la question de la compétence d'une juridiction de droit commun ne devrait plus se poser, en fait, là où les débats seraient très intéressants, c'est dans la qualification des infractions et des sanctions.

Bref

Ce n'est pas parce qu'on se proclame juriste que l'on ne peut pas s'empêcher de dire des absurdités en matière de droit. Mais dans certains cas, ces absurdités sont flagrantes quand on soutient par exemples qu'une *Constitution est d'application stricte* ou encore que *le droit s'applique à la lettre*. On ne pourra pas connaître le droit si l'on part sur ces bases. Voici d'ailleurs une définition du droit par Olivier W. HOLMES, juge à la Supreme Court des USA, qui incite à réfléchir: “*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the law*”¹⁶.

PS

En ces temps troubles, toute expression d'idée semble s'apparenter à une prise de position. Mais s'il faudrait le clamer haut et fort, tel n'est pas l'objet de ce post. Celui-ci n'a pas non plus vocation à faire des attaques personnelles. Ce post est juste une modeste réflexion sur les mots de juristes si compétents, paraît-il. D'une certaine manière, c'est aussi une tentative de réponse aux interpellations de lecteurs de ce blog ([La Constitution en Afrique : http://www.shadow-madagascar.net/?p=547&cpage=1#comment-210](http://www.shadow-madagascar.net/?p=547&cpage=1#comment-210) , [Dinika : http://www.shadow-madagascar.net/?p=847&cpage=1#comment-284](http://www.shadow-madagascar.net/?p=847&cpage=1#comment-284)).

Notes

1. Ricoeur, Paul. 1969. *Le Conflit des Interprétations*. Paris: Ed. du Seuil.
2. Muzny, Petr. 2006. La prévisibilité normative: une notion absolument relative. *Revue de la Recherche Juridique XXXI*, no. 1: 31-40.
3. Cela permettrait aux juristes qualifié(es) comme spécialistes en droits de l'homme, de mesurer l'ampleur de l'absurdité de leurs approches.
4. *Arrêt Burghartz c/ Suisse*, 22 février 1994, série A n°280-B, § 28.
5. Aguila, Yann. 1995. Cinq Questions sur l'Interprétation Constitutionnelle. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 21: 9-13.
6. Delpérée, Francis. 2008. Le Renouveau du Droit Constitutionnel. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 74: 232.
7. Garlicki, Lech. 2007. Constitutional Courts versus Supreme Courts. *International Journal of Constitutional Law* 5, no. 1 (January 1): 44-68.
8. Jean-Jacques Legrand in Legrand, J-J. 1983. *La Décision: Psychologie et Méthodologie*, 319-321. Paris: ESF.

La plupart des méthodes de résolution de problèmes et de prises de décisions reposent sur la connaissance des faits et c'est une option de bon sens. Hélas! Ces faits ne s'imposent jamais à nous dans leur vérité brute mais à travers nos mécanismes de perception d'abord, et nos mécanismes d'interprétation ensuite. Ces mécanismes sont tributaires de notre expérience passée, de nos connaissances générales, de nos tendances psychologiques et de bien d'autres facteurs.

9. Troper, Michel. Les Motivations des Décisions Constitutionnelles. In Perelman, Chaim, et Paul Foriers. 1973. *Les Motivations des Décisions de Justice*, 294. Bruxelles: Bruylant.
10. Ponthoreau, Marie-Claire 1994. *La Reconnaissance des Droits Non-écrits par les Cours Constitutionnelles Italiennes et Françaises, Essai sur le Pouvoir Créateur du Juge Constitutionnel*. Paris: Economica.
11. Avril, Pierre. 1997. *Les Conventions de la Constitution, Normes Non-écrites du Droit Politique*. Paris: PUF.
12. Avril, Pierre. 1997. *op cit*: 11; 26
13. Quand les principes généraux, les concepts et les théories sont inscrits expressément dans les textes, le problème ne devrait pas se poser. Par exemple, le principe du respect des droits de la défense (procès équitable, droit à un avocat, ...) reconnu dans les chartes internationale et africaine des droits de l'homme (chartes elles-mêmes reconnues par la Constitution malgache) est clairement inscrit dans le bloc de constitutionnalité malgache. Son application ne devrait alors souffrir d'aucun doute dans le système juridique malgache. Ce qui est intéressant de voir concerne donc les principes non-écrits.
14. Rajaona, Andrianaivo Ravelona. 1992. La Juridiction Constitutionnelle à Madagascar. *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle VIII*: 111-157.
15. Van Hoecke, Mark. 2002. Deep Level Comparative Law. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Brussels, October 24th-26th.

En fait, un juriste qui se respecte doit être scrupuleusement méthodique notamment en s'aventurant sur le terrain du droit comparé. Mark VAN HOECKE rajoute que:

(...) lawyers educated in legal system have largely acquired this knowledge of the legal context through their legal education and their familiarity with the national, regional and local cultures, through their general education and their socialisation in the relevant communities”.

Ce n'est pas anodin si la règle consiste d'avant à mettre en avant la présomption de différence chère à Konrad ZWEIGERT, le défunt professeur de la Max Planck Institutes de Hamburg mais encore reconnu comme érudit du droit comparé. cf Zweigert, Konrad, & Hein Kötz. 1996. *Einführung in die Rechtsvergleichung. Vol. 3. Auflage* Tübingen: JCP Mohr.

16. Holmes, Olivier Wendell. 1920. *The Path of the Law*. New York: Hartcourt, Brace and Howe.