

***Réflexions sur la notion de droit constitutionnel transitionnel
à la lumière de la jurisprudence des cours constitutionnelles des Comores et de Madagascar***

Laurent Sermet

Comment le juge constitutionnel fait-il face aux dérives du pouvoir politique, aux entreprises toujours plus imaginatives, à défaut d'être géniales, de contournement de la norme supposément la plus haute et de nature constitutionnelle, pour réécrire à la baisse, voire plus, la garantie de l'ordre politique démocratique ?

La question mérite la réflexion tant les situations de crise, dans lesquelles le juge semble demeurer l'un des derniers remparts, sont nombreuses. Quitte pour le juge à affirmer, à défaut d'une constitutionnalité irréprochable, une constitutionnalité pragmatique prise entre deux tenants extrêmes : celle d'un « tout-au-constitutionnel » qui suppose une légalité parfaite, certes, mais abstraite car non susceptible d'application ; celle d'une foulée aux pieds de la Constitution par un pouvoir exécutif trop faible ou inversement hypertrophique et, dans les deux cas, antidémocratique.

Une notion intermédiaire, passablement indéfinie, s'évince des expériences des Cours constitutionnelles comorienne et malgache. De quoi parle-t-on ? Droit transitoire, droit expérimental, droit transitionnel, droit circonstanciel ou de circonstances exceptionnelles, droit intérimaire, droit de nécessité ? Les expressions sont légion. Celle de droit transitionnel, retenue par l'actuel gouvernement malgache et à sa suite la haute cour constitutionnelle, semble relativement appropriée pour décrire cette situation. Du point de vue de sa définition positive, le droit transitionnel semble rencontrer les affirmations suivantes :

Première proposition : il forme un ordre juridique et comme tel il prétend être doté de la contrainte juridique.

Deuxième proposition : il se rapproche du droit applicable en temps de guerre, de circonstances exceptionnelles, mais il se distingue des clauses constitutionnelles habituelles, comme l'est par le fameux article 16 de la Constitution française, car il n'en respecte ni le formalisme, ni la substance.

Troisième proposition : il est sinon *contra constitutionem*, du moins *para constitutionem*, en raison de l'accompagnement même du juge constitutionnel qui fait ainsi preuve d'une adaptation pragmatique, peut-être y joue-t-il sa survie, et qui témoigne ainsi de son acquiescement au moins partiel au non-respect de la Constitution.

Du point de vue doctrinal, le droit transitionnel peut enthousiasmer car il montre la plasticité du juge face aux situations de crise mais il peut aussi susciter les plus expresses réserves tant il s'éloigne du pacte constitutionnel. Il situe nécessairement l'analyse sur le terrain de la transgression du droit ¹. La notion de transgression, qui appartient moins au vocabulaire juridique classique qu'à celui

¹ Sur le thème de la transgression : Sylvie Torcol, « Transgresser pour le peuple, par le peuple. La volonté contre la norme ? », *in* actes du colloque, *LA TRANSGRESSION*, TOULON, 24, 25 novembre 2011, Dir. J-J SUEUR, P. RICHARD, Bruxelles, BRUYLANT, 2013, pp. 225-259. L'auteur évoque, en se fondant sur l'expérience constitutionnelle française, une distinction entre les transgressions raisonnables et les transgressions inacceptables.

des sciences sociales, est une forme de violation dans un contexte où la décision juridictionnelle se heurte à sa propre incapacité de mettre, par elle-même, un terme à la crise. Ainsi la transgression s'apparente à une violation grave de la lettre, de l'esprit et des principes constitutionnels, qui est, faute d'un redressement juridique adéquat pour contrer le désordre politique, accepté et accommodé grâce à l'action du juge. La démocratie, plus encore que la Constitution, est en danger. Le paradoxe est grand. En période normale, toute violation constitutionnelle est expulsée de l'ordre juridique. En période de crise, la transgression est reçue, analysée et souvent acceptée. Le recul de la garantie juridique, le recul de l'état de droit sont manifestes. Le recul de la légalité est doublé d'une légitimité donnée au pouvoir transitionnel.

Ainsi peut-on compléter les trois propositions de définition du droit transitionnel : celui-ci est un ordre juridique parallèle au droit commun, qui l'écarte et qui est fondé sur une hiérarchie transitionnelle des normes, dont la vocation est d'encadrer, même de façon minimaliste, les dérèglements politiques, d'une façon tendancieuse posant que le désordre soit ordre.

Deux situations s'évincent des contentieux constitutionnels comorien et malgache. Aux Comores, l'action du juge est ambiguë car, dans un contentieux relatif à un report indu de date des élections présidentielles, l'accompagnement du report ainsi que ses conditions ont été clairement posés. A Madagascar, on peut dire que l'ambiguïté est levée, car le juge a redéfini entièrement le système des normes, ce qui a eu pour effet de donner une légitimité au régime de transition.

On peut, même si le propos est grandement schématique, considérer une transgression raisonnée aux Comores contre une transgression non maîtrisée à Madagascar.

Une transgression raisonnée aux Comores

L'arrêt de la Cour constitutionnelle comorienne du 8 mai 2010 fondera l'explicitation de cette transgression raisonnée. Le juge était confronté à une tentative de prorogation de 18 mois du terme des mandats exécutifs par la loi, qui soulignait que le Président et les vice-présidents de l'Union des Comores, ainsi que les gouverneurs des îles, restaient en fonction durant cette prorogation. Le juge était mis devant le fait accompli, outre la loi suspectée d'inconstitutionnalité du 1^{er} mars 2010 ², dès lors que l'impréparation des élections empêchait de toute façon qu'elles puissent, de toute façon, se tenir au terme du mandat présidentiel : le 26 mai 2010.

Les arguments constitutionnels ne manquaient pas pour défendre la loi. D'une part, la Constitution amendée en 2009 ³, en prévoyant que le prochain mandat passerait de 4 à 5 ans ⁴, serait applicable au mandat en cours : la prorogation ne serait que de 6 mois, non de 18 mois. Cette lecture

² Article 1er: Les élections générales du Président de l'Union et des Gouverneurs des îles sont fixées au 27 novembre 2011.

Article 2: Le Président de l'Union, les Vice-présidents, ainsi que les Gouverneurs des îles continuent à exercer leurs fonctions respectives jusqu'à la tenue des élections susvisées.

³ Il s'agit de la loi référendaire du 17 mai 2009 portant révision de certaines dispositions de la Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001.

⁴ ARTICLE 8 : Le nombre « quatre (4) » mentionné à la deuxième phrase de l'article 13 de la Constitution qui stipule, « Le Président et les Vice-Présidents sont élus ensemble au suffrage universel direct majoritaire à un tour pour un mandat de quatre (4) ans renouvelable dans le respect de la tournante entre les îles », est remplacé par le nombre « cinq (5) ». Le terme « renouvelable » est supprimé. (article 8 de la loi référendaire portant révision de la Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001).

était facilitée par l'article 17 de la loi nouvelle loi constitutionnelle ⁵. D'autre part, la loi contestée serait insusceptible d'être contestée au motif que, prise sur le fondement de la Constitution adoptée par référendum, elle serait aussi nature référendaire.

La Cour n'a accepté aucun de ces arguments. Elle a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de l'article 2 de la loi, selon lesquelles : « *Le Président de l'Union, les Vice-présidents, ainsi que les Gouverneurs des îles continuent à exercer leurs fonctions respectives jusqu'à la tenue des élections susvisées* », mais elle n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité du report des élections : celles-ci furent donc reportées sans que cela ne constitue une violation de la Constitution. Il peut paraître, dans une première approche, étonnant de ne pas considérer l'entièreté de la loi comme non conforme à la Constitution. C'est donc bien correctement qu'il faut évoquer une transgression.

Mais la décision constitutionnelle retient surtout l'attention par les articles 4 et 5 du dispositif. En effet, après le terme du mandat présidentiel, censé s'achever le 26 mai 2010, à 00 heures, la Cour a estimé qu'une « *période intérimaire s'ouvre* », dans laquelle l'exercice du pouvoir s'exerce « *dans une démarche consensuelle* », prenant fin avec l'investiture du nouveau Président. L'obligation de faire œuvre de consensus en matière politique, ce n'est pas une politique ; cette période intérimaire, qui n'était juridiquement pas une période de circonstances exceptionnelles, au sens constitutionnel du terme, est bien exceptionnelle. Surtout la Cour a complété la contrainte du consensus en posant une triple interdiction : interdiction de dissoudre l'Assemblée, interdiction de changer de gouvernement, interdiction de modifier la composition de la Cour constitutionnelle, doublée d'une prohibition sous réserve : « *pas de recours aux mesures exceptionnelles sauf le cas d'interruption du fonctionnement régulier des institutions constitutionnelles* ».

La décision est « fameuse », selon les commentaires citoyens sur le web. Elle explicite bien le rapport entre un ordre juridique légal et un ordre de normes, construit ex nihilo, qui n'a qu'un lointain rapport avec la règle de droit constitutionnel de droit commun, mais qui conduit à avoir une appréciation relativement positive de la décision rendue. Il reste que la période intérimaire a été de courte durée. Les élections se sont tenues six mois après le terme envisagé, soit le 7 novembre et le 26 décembre 2010. Le président sortant, Ahmed Abdallah Mohamed Sambi, ne pouvant plus se représenter, Ikililou Dhoinine a été élu président de l'Union des Comores à l'issue du second tour avec 60,91 % des voix.

La situation est autrement plus complexe à Madagascar. C'est pourquoi la transgression y est jugée non maîtrisée car la Cour participe à une aventure dangereuse.

Une transgression acceptée mais dangereuse à Madagascar

La période transitionnelle à Madagascar s'est ouverte avec la fuite à l'étranger du Président Ravalomanana, le 17 mars 2009, plongeant à nouveau le pays dans une crise dont il n'est toujours pas sorti. L'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 a transféré les pouvoirs à un comité militaire, qui

⁵ La présente loi s'applique au Président de l'Union actuellement en fonction. L'élection du nouveau Président de l'Union se déroulera en même temps que celle des Gouverneurs. Une proposition de calendrier sera soumise au vote de l'Assemblée de l'Union.

lui-même – soucieux de ne pas exercer cette responsabilité politique ultime – a transféré ces fonctions à Andry Rajoelina (ordonnance n°2009-002 du 17 mars 2009).

La HCC, saisie de la conformité des deux ordonnances à la Constitution, a rendu sa décision le 23 avril 2009, qui innove car elle retient une notion inconnue : l'ordonnance transitionnelle⁶.

Après avoir rappelé, d'abord, la définition matérielle des ordonnances⁷, la HCC démontre que l'ordonnance incriminée ne rentre dans aucune des six hypothèses constitutionnelles préétablies, et notamment celle de l'article 60 qui les autorise en cas de situation d'exception proclamée, après avis des trois Présidents de l'Assemblée Nationale, du Sénat et de la Haute Cour Constitutionnelle. Dans ces conditions, « *l'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 ne répond pas aux conditions et forme fixées par la Constitution ; que d'autre part, son objet ne relève pas du domaine de la loi mais de celui de la Constitution ; qu'enfin, elle n'a pas été soumise au contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation* ». En clair, cet acte anti-constitutionnel est : « *une manifestation unilatérale de volonté du Président de la République qui ne saurait être conforme aux dispositions constitutionnelles* ».

La prémisse du raisonnement est excellente. La conséquence est plus discutable. En effet, malgré le non-respect de la Constitution : « *il échet de prendre acte du motif de la décision prise dans cette ordonnance comme étant le constat de circonstances qui prévalaient et la nécessité de sauvegarder le principe de la continuité de l'Etat* ». Jusqu'à quel point la règle constitutionnelle peut-elle être écartée au motif du « constat des circonstances », mêmes validées par le principe de continuité de l'Etat ? Le droit public n'offre-t-il pas ici des réponses très aléatoires, bien peu convaincantes, voire franchement illusoire ? Ces deux ordonnances ont été approuvées par la Cour par une simple lettre du 18 mars 2009⁸, laquelle n'a pas à être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁹. Ainsi « *la légitimité de la transition est fondée sur les nécessités objectives de l'ordre social* »¹⁰. Le fait triomphe ici du droit, avec l'aval de la Cour. Celle-ci dit le droit, ainsi que son impuissance.

Avec la décision du 23 avril 2009¹¹, la HCC a utilisé l'intéressante qualification de « déconstitutionnalisation » du pouvoir exécutif, qui fait maintenant partie de la jurisprudence constitutionnelle. La notion de « déconstitutionnalisation » fait allusion à la théorie qu'avaient présentée Marcel Prélot et Jean Boulouis, en décrivant la survivance des dispositions de l'ordre constitutionnel antérieur en cas d'insurrection, de révolution, dès lors qu'elles apparaissent compatibles avec le nouveau régime et qu'elles ne sont pas directement liées à la forme de gouvernement¹². Cette « déconstitutionnalisation » prenait la forme de la réduction en norme légale des normes anciennement constitutionnelles. A Madagascar, c'est un dé-tricotage dont il s'agit, une réduction de la norme constitutionnelle passant par sa négation même, ainsi que par une légalité constitutionnelle reconstruite.

⁶ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 *concernant des requêtes relatives à la situation de transition*.

⁷ « Une ordonnance, étant prise par le Président de la République, constitue un acte organiquement exécutif mais censé avoir pour objet une matière relevant du domaine de la loi ; qu'ainsi, elle est un acte matériellement législatif ».

⁸ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 *concernant des requêtes relatives à la situation de transition*. Voir aussi : Décision n° 04-HCC/D2 *relative à une requête en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2009-003 du 18 mars 2009 portant suspension du Parlement*.

⁹ Décision n° 04-HCC/D2 *relative à une requête en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2009-003 du 18 mars 2009 portant suspension du Parlement*.

¹⁰ Avis n°02-HCC/AV du 31 juillet 2009 *sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution*.

¹¹ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 *concernant des requêtes relatives à la situation de transition*.

¹² Marcel Prélot et Jean Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 1980.201

Pour ne pas abandonner l'ordre constitutionnel à l'assaut de la déconstruction et de l'oubli, la Cour affirme la permanence de l'ordre constitutionnel. Au prix d'une soustraction et d'un renoncement constitutionnels toutefois. **Ainsi le mouvement de « déconstitutionnalisation » est-il compensé, mais partiellement, par un mouvement inverse de re-constitutionnalisation.** En effet, malgré la transition et le changement organique et formel de l'organisation de l'Etat qu'elle suscite : *« demeurent intangibles les principes fondamentaux de la République tel que celui de la séparation des pouvoirs ainsi que l'intégrité du territoire national, la forme républicaine de l'Etat et les valeurs culturelles propres à la nation »* (décision du 23 avril 2009).

C'est bien de légalité d'exception dont il s'agit ici, pour faire face au vide qui résulte de la négation de la Constitution, cette entreprise de rétrécissement de sa substance. Evidemment, se réfugier dans l'implicite – ici les principes fondamentaux de la République - et dans l'interprétation est toujours un recul par rapport à l'explicite constitutionnel et sera toujours un moyen de protection imparfait. Du reste, à de nombreuses reprises, la HCC a montré que la hauteur de la protection juridique transitionnelle était (en réalité se devait d'être) moindre qu'en période normale. Ainsi dans l'affaire de l'immunité parlementaire des parlementaires de la transition, la HCC a rendu une importante décision concernant leurs droits et privilèges¹³. Après avoir explicité les deux composantes de celles-ci, comme exception à l'égalité devant la loi et exception momentanée à la séparation des pouvoirs (irresponsabilité et inviolabilité), elle s'est refusée à étendre les dispositions du droit commun contenues à l'article 73 de la Constitution. Elle s'est contentée d'estimer que l'ordonnance portant règlement intérieur de la transition (ordonnance du 8 octobre 2010, validée par la HCC le 7 octobre 2010) ne visait que le seul régime de l'irresponsabilité parlementaire. C'est donc une immunité partielle qui est reconnue en période transitionnelle, exception étant faite de l'inviolabilité parlementaire.

La Cour a été à la fois plus précise et plus large sur cette légalité de substitution, dans son avis du 31 juillet 2009. *« Durant la transition, bien que la Constitution ne puisse être appliquée en toutes ses dispositions, demeurent applicables les principes généraux de droit, les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle, les engagements internationaux régulièrement acceptés, les valeurs spirituelles et culturelles propres à la nation, les ordonnances et textes réglementaires après leur publication et promulgation »*¹⁴.

Ainsi, de l'aveu même de la HCC, la Constitution ne peut pas être appliquée dans sa totalité, notamment parce que la Feuille de route, signée par les acteurs politiques malgaches, le 17 septembre 2011, a sinon remplacé, du moins complété la Constitution. La HCC a pris acte de ce que la Feuille de route avait été insérée sous la forme d'une loi (la loi n°2011-014 du 28 décembre 2011)¹⁵, dans l'ordre juridique transitionnel. Mais elle s'est refusée à opérer, à la lumière ce qui pourrait être la doctrine de l'acte de gouvernement (au sens des conclusions David sur Conseil d'Etat français, 19 février 1878, Prince Napoléon), un contrôle de conformité à la Constitution de la feuille de route légalisée : *« elle*

¹³ Avis n°01-HCC/AV du 15 juillet 2009 portant interprétation des dispositions de l'article 73 de la Constitution relatives à l'immunité parlementaire.

¹⁴ Avis n°02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.

¹⁵ Décision n° 15-HCC/D3 du 26 décembre 2011, concernant la loi n°2011-014 portant insertion dans l'ordonnement juridique interne de la feuille de Route signée par les acteurs politiques malgaches le 17 septembre 2011 : « La présente loi figure parmi les sources du droit transitoire devant servir à la mise en œuvre des engagements des acteurs politiques malgaches en vue de la mise en place d'un Parlement de transition et d'un Gouvernement d'union nationale, de l'organisation d'élections crédibles, justes et transparentes en coopération avec la communauté internationale, de l'adoption de mesures de confiance et des efforts pour la réconciliation nationale, de la rentrée à Madagascar sans conditions de tous les citoyens malgaches en exil pour des raisons politiques dans le respect de l'intégrité nationale, la souveraineté nationale et l'indépendance des systèmes judiciaires du pays, tel qu'énoncé à l'exposé des motifs de la loi ».

n'est pas habilitée à devenir le juge de l'opportunité des mesures et engagements politiques destinés au retour à la normalité constitutionnelle ». Toutefois, face à cette concession, elle affirme sa compétence dès lors que les mesures de mise en œuvre de la « feuille de route-législation » doivent respecter les dispositions constitutionnelles en vigueur.

On peut estimer que la feuille de route a une nature constitutionnelle, sans en respecter les formes et procédures. Un droit constitutionnel hors les normes.

A ce stade du raisonnement, le droit transitionnel semble comprendre trois grandes composantes : la Constitution dans ses parties encore en vigueur doublée de normes intangibles ; la légalité transitionnelle et la feuille de route du 17 septembre 2011. Cette légalité transitionnelle ne peut pas être assimilée à un ensemble de normes de même force, à un « bloc de constitutionnalité », normativement homogène, « à la française ». Elle renferme des normes diverses : légales, constitutionnelles, doctrinales (principes généraux) et même des valeurs d'origine malgache. Elle mêle normes intangibles et normes à vocation temporaire, qui apparaissent, après une première apparence, comme deux grandes composantes de la légalité.

Quelle est donc la matière de cette légalité intangible ?

Selon la décision du 23 avril 2009, elle comprend quatre principes républicains fondamentaux (séparation des pouvoirs / l'intégrité du territoire national / forme républicaine de l'Etat / valeurs culturelles propres à la nation). Mais la formule de la HCC peut laisser penser que cette liste n'est pas exhaustive. Faute de précision toutefois, seuls les quatre principes doivent être considérés comme certains. **Ici ce qui fonde l'intangibilité c'est la République, non pas la Constitution.**

La distinction entre pacte constitutionnel et pacte républicain est accusée par l'article 163 de la Constitution de la IV^e République. Selon cette disposition, portant sur les matières insusceptibles de révision constitutionnelles, soit une forme d'intangibilité, sont hors d'atteinte d'une possible refonte du pacte constitutionnel : « *la forme républicaine de l'Etat, le principe de l'intégrité du territoire national, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe d'autonomie des collectivités territoriales décentralisées, la durée et le nombre des mandats du Président de la République* ». Seules les deux dernières composantes ne se rattachent pas à la proposition « républicaniste » du 23 avril 2009. Sont-elles proprement républicaines ? Les valeurs culturelles et spirituelles ne sont pas non plus mentionnées par l'article 163.

Mais dans l'avis du 31 juillet 2009, la matière intangible semble s'élargir à cinq catégories (les principes généraux de droit / les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle / les engagements internationaux régulièrement acceptés / les valeurs spirituelles et culturelles / les ordonnances et textes réglementaires après leur publication et promulgation). L'hétérogénéité de l'intangibilité est évidente. Comment comparer les ordonnances et textes réglementaires, dont la vocation est précisément d'être tangible, et les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle ? Faut-il même parler d'intangibilité ? On observe que, dans l'avis du 31 juillet 2009, les principes républicains fondamentaux ne sont plus nommés, à l'exception des valeurs spirituelles et culturelles, dont l'intangibilité dérive du pacte social national. Faut-il admettre l'intangibilité des principes généraux de droit à valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit, des obligations internationales, tant coutumières que conventionnelles ? Une réponse affirmative serait tentante. Mais

elle ne résiste pas à une analyse rigoureuse s'agissant des engagements conventionnels internationaux et des principes généraux du droit.

Les engagements régulièrement acceptés n'ont pas d'intangibilité intrinsèque puisqu'ils peuvent être dénoncés par l'Etat, ce qui est plus délicat pour la coutume, source générale du droit international public. Quant aux principes généraux du droit, ils peuvent être écartés par l'effet d'une loi même transitionnelle, mais le temps de la transition seulement. C'est dire que leur intangibilité n'est pas.

Les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle ne paraissent pas analogues, au moins formellement, aux quatre principes fondamentaux de la République¹⁶. On peut, mais sans réelle certitude, admettre leur intangibilité. Sans doute le doit-on. Mais la question se pose du comblement du vide laissé par la disparition de l'ordre constitutionnel positif. Est-elle remplacée par les principes constitutionnels généraux ? Et si ceux-ci disparaissent, les principes fondamentaux de la République demeurent-ils si l'ordre constitutionnel s'écroule ?

De surcroît, la proposition de l'avis du 31 juillet 2009 révèle une nature hiérarchique formellement diversifiée. En son sommet se trouvent la Constitution, dans sa partie substantiellement maintenue, les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle ainsi que les principes républicains fondamentaux. Puis à un échelon inférieur se trouvent les engagements internationaux régulièrement acceptés. Puis, en dessous de la loi transitionnelle, se trouvent les principes généraux du droit qui s'imposent aux ordonnances et textes réglementaires. Il convient aussi de considérer l'insertion sous forme légale de la feuille de route, telle que « constatée » par la HCC le 26 décembre 2011. Cette loi transitionnelle, au statut juridique exceptionnel, échappe à tout contrôle de constitutionnalité, par l'effet d'une retenue acceptée par la HCC elle-même.

Les considérations suivantes peuvent être dressées.

1° L'intangibilité normative prend ses sources dans le pacte républicain et pas, ou peu, dans le pacte constitutionnel. Une incertitude demeure sur la nature intangible des principes généraux de droit à valeur constitutionnelle.

2° Le droit constitutionnel transitionnel est temporaire et il est propre à la transition. Il ne faut pas le confondre avec l'ordre juridique en période de transition, qui est plus large.

3° L'ordre juridique transitionnel est ordonnancé selon le modèle de la hiérarchie des normes qui demeure applicable même si l'idéal-type de la Constitution formelle est mis de côté. En cette période transitionnelle demeure un « *ordonnancement juridique interne, qui s'entend de l'établissement et de l'existence d'une hiérarchie entre une pluralité de normes* »¹⁷.

4° La loi insérant la feuille de route fait exception à cette pyramide transitionnelle des normes. Cette loi ne peut pas être directement contestée, alors que ses mesures d'application peuvent l'être. Indirectement, sauf si l'on considère que les dispositions de la « loi-feuille de route » sont d'applicabilité directe, il y a un contrôle possible de la feuille de route. Les mesures d'application de la

¹⁶ Une ou deux catégories ? Principes fondamentaux de la République vs. Principes généraux du droit à valeur constitutionnelle ? Le principe de la séparation des pouvoirs n'est-il pas tant un principe républicain qu'un principe constitutionnel ? Les principes spirituels et culturels malgaches ne sont-ils pas d'abord l'expression du pacte social, imprimés dans le pacte républicain et, parce qu'ils sont « préambulisés » sous la III^e République et la IV^e République, de ce fait constitutionnalisés ? La forme républicaine de l'Etat est-elle un principe sinon supra, du moins para constitutionnel, dans le sens où l'abrogation de la Constitution ne pourrait pas le mettre en cause ? Quant à l'intégrité territoriale, la Constitution peut envisager les modalités de sa modification (cf. article 53 de la Constitution française du 4 octobre 1958). On saisit ici sa dimension républicaine, à défaut d'être constitutionnelle puisque la Constitution peut elle-même construire les moyens de sa mise en cause.

¹⁷ Avis n°01-HCC/AV du 7 mars 2012 portant interprétation des dispositions des articles 79 et 117, in fine, de la Constitution.

feuille de route devant être conformes tant à celle-ci qu'aux normes supérieures de valeur constitutionnelle, priorité devrait être donnée à la Constitution.

5° Le droit constitutionnel transitionnel poursuit une vocation fonctionnelle : « *mettre en place dans les meilleurs délais et par les moyens les plus appropriés les institutions et organes constitutionnels* »

¹⁸

De cet ensemble de considérations, il peut être dit qu'en période de transition, il y a une légalité matériellement constitutionnelle, formellement organisée.

*

Pour conclure, la notion de droit transitionnel interroge et n'apporte aucune réponse évidente et heureuse. Il ne s'agit pas, confortablement assis à une table de travail, de dénoncer sans autre forme de procès, l'action du juge constitutionnel. C'est du droit et de son impuissance à contrer le désordre politique dont il s'agit. Le droit et ses limites. Sur le plan de la représentation symbolique, trois situations sont observables débouchant sur un dégradé de plus en plus terne : le droit constitutionnel commun, le droit constitutionnel des circonstances exceptionnelles, et hors du droit et de la légalité, le droit constitutionnel transitionnel. Un fait qui s'arroge le droit de parler au nom du droit. Une mystification en clair obscur où l'obscur flirte avec la clarté, certes, mais où la pénombre et le flou dominant.

Peut-être faut-il nuancer le pessimisme attaché à cette conclusion. Par une décision de la Commission électorale spéciale, le 17 août 2013, les trois « éléphants » de l'élection présidentielle, l'actuel Président Andry Rajoelina, l'ancien Président Didier Ratsiraka et la femme de l'ancien Président Mars Ravalomanana, ont été disqualifiés sur la base des règles juridiques transitionnelles : absence de dépôt en personne de la candidature, absence de preuve d'une résidence depuis plus de 6 mois sur le territoire malgache. La décision est un coup de tonnerre ! Saisie d'une demande en révision, la Commission électorale spéciale a déclaré la requête irrecevable, le 21 août 2013. Les élections générales devraient se tenir fin octobre et permettre au pays, peut-être, de sortir de la crise.

¹⁸ Discours du Président de la Haute Cour Constitutionnelle, à l'occasion de la proclamation des résultats officiels du Référendum constitutionnel du 17 novembre 2010.

Bibliographie

Recueil des textes juridiques à Madagascar, Août 2012, Créons Maison d'édition, Antananarivo

Elisé Asinome

« Electeur-entrepreneur : la stratégie d'une voix et la voie d'un stratège », *Annales des lettres et sciences humaines*, n° 14, avril 2011, Organization for social science research in eastern and southern Africa, Université d'Antananarivo.

Didier Galibert,

Les gens du pouvoir à Madagascar. Etat postcolonial, légitimités et territoire (1956-2002), Karthala, 2009, 576 p.

Anaclet Imbiki

« Feuille de Route du 08 mars 2011 et constitution du 11 décembre 2010 : en l'état, obstacles majeurs à la sortie de crise », in <http://mydago.com/2011/05/feuille-de-route-du-08-mars-2011-et-constitution-du-11-decembre-2010-en-l-etat-obstacles-majeurs-a-la-sortie-de-crise/> (consulté le 17/10/2012).

Solofo Randriana (sous la direction)

Madagascar le coup d'Etat de mars 2009, Karthala, 2009, 366 p.

Naivo Rajaonaa

- « Le juge, les urnes et la rue : figures judiciaires et variations juridiques autour de la crise politique malgache (janvier-juin 2002) », *Revue juridique et politique des Etats Francophones*, vol. 57, n° 4, pp. 391 – 444 ;

- « Un événement constitutionnel inédit à Madagascar : la destitution du Chef de l'Etat d'un régime parlementaire par l'évocation de la responsabilité politique », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1998, n°34, pp. 365 – 376 ;

- « La juridiction constitutionnelle à Madagascar », *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, vol. VIII, 1992, pp. 116 – 157.

Soavalohaja Rajaonson,

Sakoroka et barrages. Etude de la dynamique territoriale des émeutes urbaines à Antananarivo, Dossier de Master I dirigé par Elisé Asinome, Institut d'études politiques de Madagascar, universitaire 2011-12.

Nadine Rakotovao,

La place du 13 mai, lieu de remise en cause des régimes successifs à Madagascar, Dossier de Master I dirigé par Elisé Asinome, Institut d'études politiques de Madagascar, universitaire 2011-12.

Toavina Ralambomahay

Madagascar dans une crise interminable, L'Harmattan, 2010, 138 p.

Anthony Ramarolahiangonirainy

« Une nouvelle Constitution pour changer quoi ? », *La Tribune de Madagascar*, 1^{er}, 2 et 3 juin 2010

Laurent Sermet

- *Une anthropologie juridique des droits de l'homme. Les chemins de l'Océan indien*, Paris, Agence universitaire de la francophonie éd., Edition des archives contemporaines, nov. 2009, 266 pages.

Préface d'Abdou Diouf et postface de David Annoussamy

- « Le droit de la famille à Madagascar dans la décennie 1960 », *Bulletin de l'académie nationale des arts, lettres et sciences*, 82/1-2, 2003(2004), pp. 243-249.

- « Essai sur la suppression de l'engagisme à l'île Sainte-Marie de Madagascar », *Cahiers aixois d'Histoire des Droits de l'Outre-mer Français*, 2004, n° 2, pp. 121-137.

- « La crise malgache et le droit », en collaboration avec Patrice Goussot (maître de conférences, Fianarantsoa), *Revue juridique de l'océan indien*, 2002, pp.33-42.

Sylvain Urfer

Madagascar, une culture en péril ?, Paris, Ed. no Comment, 2012, 144 p.

Biography

Laurent Sermet is a professor of public law based in La Réunion Island University. He is specialized in Human rights, Public international law, Legal Anthropology.

He has participated to the Panafrican Moot Court competition many times and as has extensively written on indian ocean legal systems. His last book was named : *Legal Anthropology on Human Rights in Indian Ocean*.

One of its last article to be published is about The constitutionalism process in the Bantoustans and the Human rights. He is conducting a research on one of the last case of decolonization in Pacific Ocean and its links with Indigenous people rights (New-Caledonia).