

UNIVERSITE DE LIMOGES
Ecole Doctorale Sciences de l'Homme et de la Société

Faculté de Droit et des Sciences Economiques
Centre de Recherches sur l'Entreprise les Organisations et le Patrimoine
(CREOP JE 2445)

THESE

Pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES
Discipline : **droit privé et sciences criminelles**

Présentée et soutenue publiquement le 05 avril 2008, par

RAFOLISY Patrick Yves Noël



**PROTECTION JURIDIQUE DE L'INTEGRITE
MORALE ET DEVELOPPEMENT DURABLE :**
LE CAS DE MADAGASCAR

Directeur de Recherche : Marcel BAYLE, Professeur
à l'Université de Limoges, directeur du CREOP, JE 2445

Jury

Monsieur Jean Mouly, Professeur à l'Université de Limoges

Monsieur Michel Danti-Juan, Professeur à l'Université de Poitiers,
directeur de l'Institut de sciences criminelles

Monsieur le Doyen Jacques Leroy, Professeur à l'Université d'Orléans

Monsieur Florin Streteanu, Professeur à l'Université Babeş-Bolyai de
Cluj, Roumanie

A mes filles Doria et Haregna,

*Puissent-elles hériter d'un Madagascar libre de la
corruption et durablement prospère.*

Remerciements

Cette thèse a été rendue possible grâce à la direction de Monsieur Marcel Bayle qui a su me laisser une liberté dans la conduite de mes travaux, notamment de m'avoir orienté vers un thème étroitement lié avec mes attributions actuelles. Merci infiniment pour vos conseils et corrections précis et pertinents.

Mes remerciements vont également à tous mes compagnons de lutte contre la corruption et dans la promotion de l'intégrité à Madagascar, spécialement à ceux de l'ancien Conseil Supérieur de Lutte Contre la Corruption et de l'actuel Comité pour la Sauvegarde de l'Intégrité. Vos contributions ont considérablement enrichi mes réflexions. Une mention particulière est adressée à Madame Bakolalao Ramanandraibe, notre Présidente et actuellement Ministre de la Justice, pour ses encouragements et son soutien.

Je tiens à remercier également les membres du jury et tous ceux qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, à la réalisation de ce projet pour leurs apports respectifs.

Table des matières

INTRODUCTION	10
CHAPITRE PRELIMINAIRE- : L'INTEGRITE, VALEUR ESSENTIELLE AU DEVELOPPEMENT DURABLE	29
SECTION 1- LES INSTITUTIONS ENTRE DEVELOPPEMENT DURABLE ET INTEGRITE	30
A. LE DEVELOPPEMENT DURABLE PAR LES INSTITUTIONS	30
I. SUR LA QUALITE DE L'ENVIRONNEMENT	31
1- Influences des intérêts contraires	31
2- Incidence de la corruption sur l'environnement	32
3- Apport des institutions	34
II. SUR LA CROISSANCE ECONOMIQUE	35
1- Rôle de premier plan des institutions	35
2- La faiblesse des institutions comme cause du sous développement	37
III. SUR L'EQUITE SOCIALE	38
1- Rôle de compensation	39
2- Rôle de légitimation	40
B. INSTITUTIONS ET INTEGRITE	41
I. CORRUPTION, PERIL DES INSTITUTIONS	42
1- Une corruption omniprésente	42
2- Les points d'attaque de la corruption	44
II. INTEGRITE DES INSTITUTIONS, CONDITION DE LEUR EFFICIENCE	45
1- Les voies de changement des institutions	45
2- Intégrité, condition de renforcement des institutions	46
SECTION 2- L'INTEGRITE, UNE VALEUR UNIVERSELLE DIGNE DE PROTECTION PENALE	48
A. NOTIONS SUR LES VALEURS SOCIALES PROTEGEES	48
I. VALEURS SOCIALES	49
1- Valeurs universelles	49
2- Valeurs nationales	50
II. PROTECTIONS	51
1- Atteintes variées	51
2- Nature de la protection	52
3- Délimitation précise du domaine pénal	54
B. L'INTEGRITE DANS L'ECHELLE DES VALEURS PROTEGEES	58
I. HIERARCHISATION DES VALEURS PROTEGEES	59
1- Hiérarchisation légale	59
2- Hiérarchisation réelle	65
II. INTEGRITE : UNE VALEUR A PROTEGER	68
1- Applicabilité du droit pénal	69
2- Pertinence de la protection	69
PREMIERE PARTIE : AVANT 2004, L'INTEGRITE SACRIFIEE	73
TITRE I- GENESE DE LA PROTECTION	73
CHAPITRE I-DE LA PROTECTION DE L'EQUITE A LA PROTECTION DE LA FONCTION PUBLIQUE ROYALE ..	74
SECTION 1- CORRUPTION DES VALEURS SOCIALES	77
A. DEVELOPPEMENT DES PHENOMENES	77
I. DECLIN DE L'ADMINISTRATION ROYALE	77
1- Bonne réputation sous Andrianampoinimerina	78
2- Perception de corruption généralisée en fin de royaume	79
II. AUTRE REALITE SOCIALE	80
B. RESISTANCE DU FIHAVANANA	81
I- FIHAVANANA : VALEUR SOURCE ANTI-CORRUPTION	81
II- FIHAVANANA : VALEUR PERVERTIE	83
SECTION 2- REACTIONS DU LEGISLATEUR ROYAL	84
A. LES COMPORTEMENTS INCRIMINES	84
I- INCRIMINATION PAR PROTECTION DIRECTE DE L'EQUITE	85
1- Dilapidation des revenus du Royaume	85
2- Acceptation de dons pour agir contre l'équité	85
II- INCRIMINATION DES COMPORTEMENTS PROHIBES	86
1- Le pot de vin	87
2- La perception indues	89
3- Les cadeaux prohibés	91
B. CERCLE RESTREINT D'INCRIMINABLES	92
I- LES PERSONNES VISEES	92
1- Les agents investis de l'autorité royale	92
2- Les Chef de <i>menakely</i>	93
3- Le donneur de présents	94
II- LES PERSONNES OMISES	94
1- Les juges	94
2- Les autres dignitaires du royaume	95
C. SANCTIONS REVELATRICES	95
I- DE LA PLUS HAUTE EXPRESSION	95
II- A LA MOINS RIGOREUSE	96

TITRE I-CHAPITRE II- DROIT PENAL COLONIAL: RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE LA FONCTION		
	PUBLIQUE.....	98
SECTION 1-	CONTEXTE PROPICE A LA CORRUPTION.....	98
A.	DIFFICULTES DE TRANSPPOSITION.....	98
I.	MODERNISATION DE LA JUSTICE.....	99
1-	Au niveau des principes procéduraux.....	99
2-	Au niveau de l'organisation et du fonctionnement.....	100
II.	MEFIANCE DES MALGACHES A L'EGARD DE LA JUSTICE COLONIALE.....	102
1-	Accès très limitée à la justice.....	102
2-	Esquive à l'exécution des décisions judiciaires.....	104
B.	APPARITION DE NOUVEAUX DETERMINANTS DE LA CORRUPTION.....	105
I.	NOUVEAUX DETENTEURS DE POUVOIRS.....	105
1-	Administration indirecte.....	105
2-	Organisation administrative et judiciaire coloniale.....	107
II.	CONDITIONS D'EXERCICE DE POUVOIRS SOURCES D'ABUS A DES FINS PRIVEES.....	108
1-	Cumul de pouvoirs.....	108
2-	Insuffisance de contrôle.....	110
C.	DUALITE DE SYSTEME DE VALEURS.....	111
I.	CONFLIT DE VALEURS.....	111
1-	Nouvelles valeurs introduites.....	111
2-	Réception des valeurs imposées.....	113
II.	ETAT DE L'INTEGRITE.....	115
1-	Silence de la littérature coloniale.....	115
2-	Témoins judiciaires inexistant.....	116
SECTION 2-	ELARGISSEMENT DE L'ENCADREMENT.....	117
A.	LES COMPORTEMENTS COMMUNEMENT INCRIMINES.....	117
I.	LA CONCUSSION.....	117
1-	Le comportement prohibé.....	118
2-	Les personnes incriminables.....	119
3-	La peine.....	120
II.	LA CORRUPTION PASSIVE.....	120
1-	Le comportement prohibé.....	121
2-	Les personnes incriminables.....	122
3-	La peine.....	123
B.	LES INFRACTIONS INCONNUES DU DROIT PENAL INDIGENE.....	123
I.	INCRIMINATIONS CONTRE LES MALVERSATIONS DES AGENTS COLONIAUX.....	124
1-	La forfaiture.....	124
2-	Le détournement de deniers, biens ou actes et titres publics.....	125
3-	La confusion indésirable d'intérêts.....	127
II.	INCRIMINATIONS CONTRE LES USAGERS CORRUPTEURS.....	129
1-	Trafic d'influence passive.....	129
2-	Corruption et trafic d'influence actifs.....	131
CONCLUSION DU TITRE I.....		132
TITRE II-LA PROTECTION INAPPROPRIEE DE L'INTEGRITE, UNE DES CAUSES DE L'APPAUVRISSMENT		134
CHAPITRE I- STAGNATION DU DROIT PENAL ANTI-CORRUPTION.....		134
SECTION 1- UNE CORRUPTION DEVENUE SYSTEMATIQUE.....		134
A.	ENVIRONNEMENT PROPICE.....	134
I.	LES MOUVEMENTS DE DECENTRALISATION.....	135
1-	Une décentralisation mal engagée.....	136
2-	Risques et opportunités de corruption.....	139
II.	LE CHOIX POLITICO-ECONOMIQUE.....	142
1-	L'investissement à outrance et la gestion publique de l'économie.....	143
2-	L'ajustement structurel.....	145
3-	La pauvreté généralisée comme conséquence.....	147
III.	LA POLITISATION DE L'ADMINISTRATION.....	148
1-	Instrumentalisation partisane.....	148
2-	La politique partisane au détriment de l'intégrité publique.....	149
B.	NORMALISATION DE LA CORRUPTION.....	151
I-	INDIFFERENCE SOCIALE.....	151
1-	Nomenclature abondante des pratiques corruptives.....	151
2-	Indifférence de toutes les catégories sociales.....	152
3-	Dévaluation de la valeur intégrité.....	153
II.	UNE CORRUPTION SYSTEMIQUE ET OMNIPRESENTE.....	155
1-	Une corruption, élément du système.....	155
2-	Une corruption généralisée.....	160
SECTION 2- REPONSE PENALE INAPPROPRIEE.....		169
A.	ENCADREMENT PENAL STAGNANT.....	169
I.	LES COMPORTEMENTS NON ENCADRES.....	169
1-	Incriminations anachroniques.....	169
2-	Typologie des nouveaux agissements contraires à l'intégrité.....	171
II.	LES TIMIDES AVANCEES.....	174
1-	Encadrement du système électoral.....	174
2-	Encadrement du système douanier.....	180
B.	PROTECTIONS ADMINISTRATIVES RENFORCEES.....	183

I.	LE CADRE NORMATIF.....	183
1-	Les mesures légales.....	184
2-	Les mesures réglementaires.....	187
II-	L'EMPRUNT DE DEFINITIONS.....	189
1.	Les incriminations reprises.....	189
2.	Les incriminations propres au droit administratif.....	191
	CONCLUSION DU TITRE II.....	192
	CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	193

DEUXIEME PARTIE: DE LA LUTTE RENFORCEE CONTRE LA CORRUPTION VERS UNE MEILLEURE PRISE EN CHARGE DE L'INTEGRITE.....

	TITRE I- LUTTE RENFORCEE CONTRE LA CORRUPTION.....	195
	CHAPITRE I- FAIRE PARTIE DU MOUVEMENT GLOBAL.....	197
	SECTION 1- LES NORMES INTERNATIONALES.....	197
A.	LA CONVENTION DES NATIONS UNIES.....	197
I.	LES DISPOSITIONS CONTRAIGNANTES.....	199
1-	Caractère universel.....	199
2-	Uniformisation de quelques principes du droit pénal général.....	201
II.	PREDOMINANCE DES DISPOSITIONS FACULTATIVES.....	202
1-	Prudence due aux divergences d'intérêts.....	202
2-	Scepticisme quant à l'efficacité.....	203
B.	LA CONVENTION DE L'UNION AFRICAINE.....	204
I.	UNE PROTECTION ASSEZ COMPLETE.....	204
1-	Fermeté de langage.....	205
2-	Existence de certaines originalités.....	205
II.	DES MESURES CONTROVERSEES.....	206
1-	L'enrichissement illicite.....	206
2-	Financement illicite des partis politiques.....	207
	SECTION 2- FACTEURS DE CHANGEMENT.....	207
A.	LA PRESSION INTERNATIONALE.....	208
I.	LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	208
1-	Les partenaires multilatéraux.....	209
2-	Les partenaires bilatéraux.....	214
II.	LES ACTEURS NON ETATIQUES.....	216
1-	Organisations anti-corruption.....	216
2-	Organisations participant au mouvement.....	217
B.	LA DYNAMIQUE INTERNE.....	218
I.	LES CRISES CYCLIQUES.....	219
1-	Les crises des années 70.....	219
2-	La crise des années 90.....	220
3-	La crise post-électorale de 2002.....	220
II.	LA VOLONTE POLITIQUE.....	221
1-	Contenu et titulaires.....	221
2-	Effectivité.....	222
	CHAPITRE II- LES INNOVATIONS EN MATIERE PENALE.....	225
	SECTION 1- AU NIVEAU DES INCRIMINATIONS.....	225
A.	RENFORCEMENT DES INFRACTIONS EXISTANTES.....	226
I.	LES PERSONNES VISEES.....	226
1-	Définitions simplifiées.....	226
2-	Introduction de nouvelles catégories d'assujettis.....	228
II.	LES COMPORTEMENTS PROHIBES.....	232
1-	Sur la concussion.....	232
2-	Sur les incompatibilités.....	233
3-	Sur la corruption proprement dite.....	234
4-	Sur le trafic d'influence.....	236
III.	ADEQUATION DES SANCTIONS.....	237
1-	Meilleure personnalisation.....	237
2-	Les principales modifications.....	238
B.	LES NOUVELLES INFRACTIONS.....	240
I.	LES INCRIMINATIONS A VOCATION PREVENTIVE.....	240
1-	Le défaut de déclaration de conflit d'intérêts.....	240
2-	Des cadeaux.....	247
3-	Du défaut de déclaration de patrimoine.....	255
II.	LES INCRIMINATIONS PARTICIPANT A LA PROTECTION IMMEDIATE.....	263
1-	Le favoritisme.....	263
2-	De l'enrichissement injustifié.....	270
3-	l'abus de fonctions.....	293
	SECTION 2- MESURES D'ACCOMPAGNEMENT RENFORCEES.....	300
A.	INCRIMINATIONS DE SOUTIEN.....	301
I.	DE LA DENONCIATION ABUSIVE.....	301
1-	Généralités.....	301
2-	Différences avec la dénonciation calomnieuse.....	306
II.	REVELATION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE.....	310
1-	L'encadrement du personnel de BIANCO.....	310
2-	L'interdiction générale.....	314

3-	Peines différentes	316
B.	LES AUTRES MESURES DU DROIT PENAL GENERAL	317
I.	LES INFRACTIONS RENFORCEES	317
1-	Les peines accessoires	317
2-	Les peines complémentaires	318
II.	LES MESURES <i>AD PERSONAM</i>	320
1-	Instruments d'incitation	320
2-	Instruments de dissuasion	325
	TITRE II- PROTECTION DE L'INTEGRITE DES INSTITUTIONS, BASE DE LA DURABILITE	330
	CHAPITRE I- PROTECTION RATIONALISEE	330
	SECTION 1- DEVOIR D'INTEGRITE GENERALISE	330
A.	SIMPLIFICATION DES INCRIMINATIONS	331
I.	LES SEQUELLES DU DOUBLE STANDARD	331
1-	Incertitude sur la valeur à protéger	331
2-	Protection inadéquate	333
II.	NECESSITE D'UNE REFORME COURAGEUSE	333
1-	Section autonome sur l'intégrité	334
2-	Reformulation des incriminations	335
B.	FAVORISER L'INTERVENTION DES INSTITUTIONS	338
I.	PARTICIPER A LA REPOSE PENALE	338
1-	Etoffer l'incrimination des atteintes directes	338
2-	Faciliter les actions inter-institutionnelles	342
II.	DANS L'ENCADREMENT DISCIPLINAIRE	346
1-	Traitement disciplinaire des conflits d'intérêts	347
	SECTION 2- RESPONSABILITES ETENDUES	352
A.	VERS UNE EGALITE DE TOUS FACE A L'INTEGRITE	353
I.	QUELQUES MANIFESTATIONS	353
1-	Les immunités et privilèges pénaux	354
2-	L'irresponsabilité de fait en matière disciplinaire	360
II.	OPPORTUNITE DES MESURES	361
1-	Fondements érodés	361
2-	Pistes de réformes	364
B.	RESPONSABILITE DES INSTITUTIONS	365
I.	ETAT DE LA QUESTION	365
1-	En droit comparé	366
2-	En droit interne	367
II.	RESPONSABILITE PENALE NECESSAIRE	369
1-	Une responsabilité par ricochet	369
2-	Nécessité de retenir la responsabilité pénale directe	369
	CHAPITRE II- EFFECTIVITE DES SANCTIONS	370
	SECTION 1- EN MATIERE PENALE	371
A.	LES MESURES GENERALES	371
I.	DETERMINATION DES PEINES	371
1-	Disparité des peines prononcées	371
2-	Guide de détermination des peines	373
II.	DIVERSIFICATION DES PEINES	375
1-	Repenser la fonction des peines	375
2-	Les critères des nouvelles sanctions	377
B.	LES MESURES SPECIFIQUES A LA CORRUPTION	378
I.	REPARATION DE L'INTEGRITE	378
1-	Etat non dangereux	378
2-	Culture de l'intégrité	379
II.	LES MESURES SUGGEREES	379
1-	Les mesures positives	380
2-	Mesures négatives	381
	SECTION 2- EN MATIERE DISCIPLINAIRE	381
A.	SANCTIONS TRADUISANT LA TOLERANCE ZERO	381
I.	EPARGNER LES INSTITUTIONS DES ACTEURS NON INTEGRES	382
1-	Le disciplinaire pour écarter	382
2-	Etre en appui au pénal	383
II.	LE DISCIPLINAIRE POUR CORRIGER	384
1-	Appuyer les mesures de prévention	384
2-	Rendre l'acteur plus diligent	384
B.	PRECISER LES SANCTIONS APPLICABLES	385
I.	RECONSIDERATIONS GENERALES	385
1-	Large éventail	385
2-	Utilité d'un guide de détermination des sanctions	386
II.	SANCTIONS IDOINES	387
1-	Sanctions de première catégorie	387
2-	Sanctions de seconde catégorie	388
	CONCLUSION DU TITRE II	388
	CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	389
	CONCLUSION GENERALE	390
	BIBLIOGRAPHIE	391
	ANNEXES	407

SIGLES ET ABREVIATIONS

ACP	Afrique Caraïbes Pacifique
BAD/ADB	Banque Africaine de Développement
BIANCO	Bureau Indépendant Anti-Corruption
C.305	Code des 305 articles
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CIC	Code d'Instruction Criminelle
CITES	Convention sur le commerce international des espèces de faune et de faune menacées d'extinction
CJSN	Code de Justice du Service National
CMED	Commission Mondiale pour l'Environnement et le Développement
CNE	Conseil National Electoral
CNUC	Convention des Nations Unies contre la Corruption
COAP	Code des Aires Protégées
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
CP	Code Pénal
CPAC	Chaîne Pénale Anti-Corruption
CPP	Code de Procédure Pénale
CSI	Comité pour la Sauvegarde de l'Intégrité
CSLCC	Conseil Supérieur de Lutte Contre la Corruption
CUAPLC	Convention de l'Union Africaine de Prévention et de Lutte contre la Corruption
DSRP/PSRP	Document Stratégique pour la Réduction de la Pauvreté
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FED	Fond Européen de Développement
FES	Friedrich Ebert Stiftung
FFKM	Fédération des Eglises Chrétiennes à Madagascar, Fiombonan'ny Fiangonana Kristiana eto Madagasikara
FMI/IMF	Fond Monétaire International
GRECO	Groupe d'Etats contre la Corruption
GTZ	Coopération Technique Allemande
HCC	Haute Cour Constitutionnelle
HCJ	Haute Cour de Justice
ICAC	Independent Commission Against Corruption
IDH	Indice de Développement Humain
INSTAT	Institut National de la Statistique
IPC	Indice de Perception de la Corruption
IPPTE	Initiative Pays Pauvres Très Endettés
JICA	Japan International Cooperation Agency
JO	Journal Officiel
JOMD	Journal Officiel de Madagascar et Dépendances
MCA	Millennium Challenge Account
MCC	Millennium Challenge Corporation
NCP	Nouveau Code Pénal
NEPAD	Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique
NORAD	Agence norvégienne de développement et de coopération
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
OEA/OAS	Organisation des Etats d'Amérique
OMD	Objectifs du Millénaire pour le Développement

ONE	Office National de l'Environnement
ONESF	Observatoire National de l'Environnement et du Secteur Forestier
ONG	Organisation Non Gouvernemental
ONI	Observatoire National de l'Intégrité
ONU	Organisation des Nations Unies
OPJ	Officier de Police Judiciaire
OSC	Organisation de la Société Civile
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PAIGEP	Projet d'Appui Institutionnel à la Gestion Publique
PAS	Programme d'Ajustement Structurel
PIB	Produit Intérieur Brut
PNUD/UNDP	Programme des Nations Unies pour le Développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
PRIBG	Programme de Renforcement Institutionnel pour la Bonne Gouvernance
RIDSP	Regional Indicative Strategic Development Plan
SADC	Southern African Development Community
SCPC	Service Central de Prévention de la Corruption
SME	Salaire Minimum d'Embauche
SMM	Syndicat de la Magistrature de Madagascar
SMOTIG	Service de la Main-d'Oeuvre pour les Travaux d'Intérêt Général
StAR	Stolen Asset Recovery
TI	Transparency International
TPI	Tribunal de Première Instance d'Antananarivo
UA	Union Africaine
UE	Union Européenne
UNICRI	United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
USA	United States of America
USAID	United States Agency for International Development

« Si l'on veut renouveler à fond les institutions, il convient d'agir préalablement sur la hiérarchie des sentiments. Le monde des valeurs est comme l'invisible chantier où se préparent les changements de décor du monde visible¹. »

Célestin Bouglé

INTRODUCTION

Le développement durable est depuis près de deux décennies un des grands défis qui s'installe progressivement dans l'agenda universel. Riches ou pauvres, tous les pays se soucient plus ou moins de trouver les équilibres nécessaires pour s'y acheminer. Il constitue ainsi un thème fédérateur qui sous tend des objectifs communs, des problématiques communes, et ainsi la recherche de solutions communes malgré les divergences d'intérêts nationaux, régionaux ou autres. Pour l'ensemble des pays réunis au sein des Nations Unies, réduire de moitié la pauvreté en 2015 constitue une priorité pour assurer la durabilité². En effet, partout installée en dépit des différences de niveau de développement, la pauvreté est quasi généralisée dans les pays dit « du Sud » et se manifeste en poches de résistance dans les pays dit « du Nord ».

Ce concept relativement nouveau est basé sur des éléments critiques. Quiconque s'intéressant quelque peu au devenir de notre planète et au sort de la race humaine, bref au développement durable, se familiarise rapidement avec son élégant symbole des trois ellipses concentriques dont la jonction dégage un espace à la durabilité. Ils en résument les éléments critiques tendant ainsi à devenir les objectifs clés du nouveau paradigme. Le consensus dimensionnel n'est cependant qu'apparent. Dans la pratique, une profonde différence de vision semble persister. Malgré les nombreuses définitions données au concept de développement durable³, on a pu dire qu'en pratique la notion se réfère à un équilibre entre les objectifs économiques, environnementaux et sociaux à la fois pour la génération présente et pour les générations futures⁴.

Depuis les impacts de la révolution industrielle en Europe ayant favorisé l'accumulation de richesses, le mot développement a été compris comme synonyme de croissance économique d'un pays et revenu élevé de ses citoyens⁵. C'est ainsi que le niveau de développement a été mesuré par des indicateurs macroéconomiques comme le taux de croissance, le taux d'épargne et le PIB. Il faut dire cependant que vu sous cet angle, un groupe restreint de pays peut recevoir la qualification de « développé », le reste du monde est à la recherche des voies menant

¹ Bouglé C., *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, 1922, p.15

² Le terme « durabilité » sera par la suite souvent utilisé en diminutif de la notion de développement durable pour le reste du document, en étant l'équivalent par traduction libre de l'anglais « sustainability ». Pour détails sur les huit Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD), voir <http://www.un.org/french/millenniumgoals/index.shtml>

³ Pearce A. R., *Defining sustainability: a content analysis comparison of definitions from the literature*, Sustainable Facilities & Infrastructure Program, Georgia Tech Research Institute, <http://maven.gtri.gatech.edu/sfi/resources/pdf/TR/ContentAnalysis.pdf>

⁴ OCDE, *op. cit.*, p.21

⁵ Pour d'autres acceptions, voir notamment Rist G., *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Sciences po, coll. Références inédites, 1996, passim.

vers ce type de développement, dont la plupart luttent encore contre la pauvreté généralisée de leur population.

Pour l'ensemble, le volet social en premier lieu et le volet environnemental tardivement sont des interventions correctives aux effets collatéraux de la conquête du bien-être économique. En effet, le développement économique basé sur l'accumulation du capital a été d'abord prédit comme non viable à cause des criantes inégalités qu'il comporte nécessairement⁶. L'amélioration des conditions de vie et de travail des salariés et des autres franges de la population, ne bénéficiant pas du système, consiste à pérenniser ce modèle de développement économique, en essayant de satisfaire les revendications en ce sens et pour une meilleure équité dans la redistribution des richesses. Avec l'avancée de la science et le constat des détériorations de plus en plus visibles de l'environnement, l'usage sans retenue des ressources naturelles et la pollution grandissante des activités humaines ont fait éclore une nouvelle considération et prise en compte de l'environnement.

Face à la pression des syndicats et des associations humanitaires, une prise de conscience s'est formée au niveau global, laquelle s'est concrétisée par une nouvelle définition du développement humain. Pour le mesurer, il ne s'agit plus uniquement d'indicateurs macroéconomiques mais également d'indicateurs de bien-être social comme la santé et l'éducation. Avec l'entrée en jeu des écologistes, le volet environnement a été depuis 1992 progressivement intégré dans les activités de production, sans pour autant être pris en compte dans l'évaluation du niveau de développement. Tout cela augure donc que désormais les efforts seront en grande partie focalisés sur le volet environnemental même s'il reste beaucoup à faire sur les volets économique et social. En effet, une grande majorité de l'humanité vit encore en dessous du seuil de pauvreté, n'ayant accès ni à la santé ni à l'éducation de base. Quoi qu'il en soit, on assiste à une prise en compte grandissante des volets social et environnement pour être en équilibre avec le volet économique. La recherche de cet équilibre devrait également s'inscrire dans le temps.

Pour être durable, au modèle tridimensionnel de développement devrait également s'adjoindre une autre dimension, cette fois temporelle, ce que l'on dénomme « Equité intergénérationnelle⁷ ». La durabilité impose à la génération présente de rendre disponible à celle future un capital qui lui permettra d'avoir un standard de vie au moins équivalent et de pouvoir le transmettre à la génération qui la suit. En ce sens, cinq types de capital ont été répertoriés : naturel, humain, social, artificiel et aussi économique, et l'on a pu distinguer quatre piliers garantissant la valeur de ce capital pour la postérité. Parmi ceux-ci, la notion d'équité qui suppose le respect par les individus, les institutions et l'Etat du principe de traitement juste et équitable de tous incluant les générations à venir⁸. La durabilité signifierait ainsi la continuité à travers le temps et ce dans un contexte associant les enjeux économiques, écologiques et sociaux. Effectivement, le développement durable n'est pas une fin en soi mais un processus dynamique qui sera fonction des attentes

⁶ Marx K., *Travail salarié et capital* (1849). Traduction française, 1891, p. 20

⁷ L'expression est utilisée par Jan Babington in Babington J., Sustainable development: a review of the international development, business and , Accounting literature, *Aberdeen papers in accountancy, finance & management, Working paper*, 00-17, 2000, p.17

⁸ Mabogunje A. L., Framing the Fundamental Issues of Sustainable Development in Sub-Saharan Africa, *CID Working Paper*, No. 104, March 2004, pp.14-15

humaines sur les opportunités futures.⁹ Il aura particulièrement comme objectif la préservation de la planète avec ses systèmes de support de la vie pour les générations à venir¹⁰.

Assurer la qualité de vie des générations futures se révèle toutefois comme un défi lointain pour l'humanité, si l'on constate que les contradictions en matière de développement semblent persister et figurent comme un problème insolvable pour la génération présente. Les grandes résolutions des instances internationales, par exemple par la Déclaration du Millénaire, révèlent la difficulté à s'occuper concomitamment de la pauvreté encore largement installée et de la transition vers la durabilité. On peut cependant considérer que la lutte contre la pauvreté, tout en étant un impératif moral¹¹, constitue une condition *sine qua non* de la réussite de la transition vers la durabilité puisqu'il est clairement démontré que la pauvreté ne rime pas avec protection de l'environnement¹². Une équité entre les peuples de la présente génération garantit mieux la qualité de vie de la génération future et ainsi de suite¹³.

En effet, le succès de cette transition ne sera envisageable que si tout au moins l'on ne puisse mettre en place un modèle de développement international prenant en compte de nouvelles valeurs universelles autres que la paix et la liberté. Il s'agit d'impulser davantage de solidarité, de tolérance et de responsabilité partagée dans les relations économiques internationales en plus du respect de la nature.¹⁴ C'est tout simplement admettre que si l'on n'arrive pas à bout de la pauvreté, en particulier dans les pays en développement, les chances existantes de ne pas compromettre le développement des générations futures resteront sérieusement handicapées. Des difficultés au niveau du changement de comportement sont ainsi constatées¹⁵, notamment en ce qui concerne les mesures efficaces de lutte contre la pauvreté, la modification des modes de consommation et l'adoption de mesures visant à assurer la compatibilité entre la dynamique démographique et la durabilité.¹⁶

L'intégration de toutes ces dimensions du développement durable reste un défi considérable pour toute la communauté internationale. Les difficultés semblent prévaloir à cause des divergences d'intérêts à court et moyen termes accentuées par une différence de vision en la matière. Outre les problèmes relatifs au leadership dans le mouvement de mondialisation¹⁷, les difficultés d'adoption de mesures

⁹ Cornelissen A.M.G., van den Berg J., Koops W.J., Grossman M. and Udo H.M.J., Assessment of sustainable development: a novel approach using fuzzy set theory, *Erasmus research institute of management report series research in management*, pp.1-2

¹⁰ Leiserowitz A. A., Kates R. W., and Parris T. M., Sustainability Values, Attitudes, and Behaviors: A Review of Multi-national and Global Trends, *CID Working Paper* No. 113, December 2004, p.6

¹¹ Babington J., Sustainable development: a review of the international development, business and , Accounting literature, Aberdeen papers in accountancy, *finance & management*, Working paper, 00-17, 2000, p.14

¹² TI, *Combattre la corruption : enjeux et perspectives*, Editions Karthala , 2002, pp.19-20

¹³ *Ibid.*, p.54

¹⁴ Pour des détails sur les valeurs pro-durabilité, voir Leiserowitz A. A., Kates R. W., and Parris T. M., *op. cit.*

¹⁵ Batterham R. J., Ten years of sustainability: where do we go from here, *Chemical Engineering Science*, 58, 2003, www.elsevier.com/locate/ces, pp.2168 et s.

¹⁶ Ces domaines d'action traités dans les chapitres 2 à 5 d'Action 21 sont repris par le Rapport du Secrétaire général de l'ONU dans, *Etude des résultats de l'examen, a la réunion de haut niveau tenue lors de la première session, des questions inscrites a l'ordre du jour de la commission et des questions nouvelles présentant un caractère d'importance et d'urgence*, Commission du développement durable, Première session, 14-25 juin 1993, Point 10 de l'ordre du jour provisoire

¹⁷ Tubiana L., *Le développement durable*, Conférence UTLS, http://www.canalu.com/canalu/chainev2/utls/theme/11_ecologie_environnement/

concernant la durabilité des modes de production et de consommation ainsi que sur la lutte commune contre la pauvreté sont sans doute les corollaires de visions différentes à propos de la notion du développement qui dure. Il s'agit en réalité de différences d'approche dans la limitation de l'utilisation du capital naturel et la considération de la place de l'humain dans le modèle de développement voulu.¹⁸ La résultante de divergences peut être lourde de conséquences sur l'avenir commun.

Bien que ce genre de débat alimente encore une partie de la littérature, il est évident actuellement que la position de ce que l'on qualifie de « *technical optimists* », tenant de la *weak sustainability*, est intenable et n'assurera pas la transition vers la durabilité. En effet, la logique et les informations scientifiques disponibles ont mis en évidence que certains sinon de tous les éléments du capital naturel ne sont pas substituables. Cette caractéristique met en doute la pertinence des arguments prônant l'obligation morale pour chaque génération de garder pour le moins constant un total de stock de capital. Ce dernier comprend l'ensemble de stocks en capital naturel et en capital produit¹⁹. Il n'est plus légitime d'affirmer qu'il n'est pas nécessaire de transmettre les ressources naturelles à la génération suivante, ressources qui peuvent être inutiles pour elle de fait de la découverte de nouvelle technologie et de produits de substitution²⁰.

Les partisans de la conception forte, dite de *strong sustainability*, ne minimisent pas l'importance des produits de substitution. Cependant, ils optent plutôt sur leur complémentarité avec le capital naturel. Ils soutiennent que certains éléments du capital naturel sont critiques pour assurer la durabilité, notamment ceux qui déterminent la vie sur terre, comme l'atmosphère, le climat, la couche d'ozone, la biodiversité et autres. La question qui reste à éclairer pour influencer les politiques est la détermination de ce qui est critique, soit en qualité soit en quantité. Toutefois, l'insuffisance d'information et la non certitude ne devraient pas inhiber les actions en vertu du principe de précaution, maintenant universellement admis.

Ce débat trouve un écho lorsqu'il s'agit de reconsidérer la place de l'humain dans la planète. De connotation plus philosophique mais non sans impact sur les choix politiques, la controverse met cette fois d'un côté, les adeptes de la vision écocentriste et de l'autre côté les adhérents de la vision anthropocentriste. Si d'une manière générale les derniers s'attachent au développement plutôt qu'à la durabilité, en mettant la planète et son contenu au service des besoins de l'humain, les premiers voient en l'humain un élément de l'écologie terrestre qui partage l'espace avec les autres formes de vie, dont il faut également assurer les besoins²¹.

Dans tous ces débats, les dangers peuvent provenir des extrémistes étant donné que chaque vision a une certaine part de pertinence sur un espace et une période donnée mais certainement pas en globalité²². Pour caricaturer, la considération de l'homme comme maître de l'environnement conduirait à la prise de

¹⁸ Dietz S. and Neumayer E., Weak and strong sustainability in the SEEA: Concepts and measurement, *Ecological Economics*, 2006, doi:10.1016/j.ecolecon.2006.09.007, p.1

¹⁹ Krysiak F. C., Entropy, limits to growth, and the prospects for weak sustainability, *Ecological Economics*, 58, 2006, p.189

²⁰ Hymel M. L., Globalization, Environmental Justice, and Sustainable Development: The Case of Oil, *Arizona Legal Studies, Discussion Paper No. 06-38*, October 2006, p.9

²¹ McCloskey M., The Emperor Has No Clothes: The Conundrum Of Sustainable Development, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Vol. 9:153, <<http://www.law.duke.edu/journals/9DELPFMccloskey>>, pp.154-155

²² Holling C. S., Theories for sustainable futures. *Conservation Ecology* 4(2), 2000,7, <http://www.consecol.org/vol4/iss2/art7>

décisions incongrues. Par exemple, on peut être amené à penser que pour se protéger des effets néfastes des rayons ultraviolets dus à la détérioration de la couche d'ozone, il suffirait de mettre des lunettes adéquates et des crèmes protectrices sans le souci ni des autres citoyens du monde n'ayant pas la possibilité de se prémunir ni des autres cellules vivantes non tolérantes. Par contre, l'attitude ultra conservatrice risquerait tout autant d'inhiber le génie d'entreprise et d'organisation de l'humain en favorisant l'inaction au détriment de la complémentarité.

Il faut se rendre à l'évidence que la notion de substitution implique la création de marché spécifique favorisant davantage la croissance économique au détriment de la dimension équité intra et intergénérationnel, dans le cas où les ressources substituées ne seraient plus disponibles. La division économique du monde risquerait encore d'être aggravée dans la mesure où les riches consommateurs (pays ou individu) continueraient d'exiger l'exploitation des ressources naturelles en faisant prévaloir que des inventions viendront toujours façonner et suppléer les besoins futurs. Cette attitude consiste à évaluer ce qui ne peut l'être en s'arrogeant le droit de faire subir aux générations futures les impacts des besoins non vitaux du présent. Elle amène à l'adoption de politiques myopes qui favoriseraient des projets bénéfiques dans l'immédiat mais avec des coûts différés²³.

Dans tous les cas, il s'agit en fin de compte de choix politiques rationnels qui consistent à être moralement tenus responsables de la préservation des écosystèmes et considérer le droit à la vie décente de l'humain qu'il soit de la génération actuelle ou suivante. Avec le rapprochement des positions diverses, il s'agit de reconnaître certains droits des générations futures et agir en conséquence²⁴, ces droits comprenant celui de vivre en harmonie avec la nature. Des mesures à court terme, à moyen terme et à long terme sont envisagées pour éliminer la pauvreté tout en préservant l'intégrité de l'environnement, compte tenu du principe que la persistance de la pauvreté des masses résulte des structures politiques et socio-économiques²⁵. Quoi qu'il en soit, sans mettre en pratique des solutions appropriées, la durabilité du développement ne serait qu'un slogan de plus²⁶.

Parallèlement, la corruption est considérée comme obstacle sérieux au développement tel que l'a qualifiée en 1997, la huitième Conférence internationale contre la corruption tenue à Lima, Pérou.²⁷ En effet, après quelques dissonances²⁸, toute la littérature actuellement s'accorde en ce que maîtriser la corruption constitue un véritable défi de gouvernance. Elle a été désignée comme le cancer²⁹ qui ronge

²³ Padilla E., Intergenerational equity and sustainability, *Ecological Economics* 41, 2002, p.69

²⁴ *Ibid.*, p.73

²⁵ Conformément aux directives générales du chapitre 3 d'Action 21, cité dans le Rapport du Secrétaire général, *Élimination de la pauvreté et développement durable*, Commission du Développement Durable, Troisième session, 11-28 avril 1995, E/CN.17/1995/14, p.4

²⁶ Elle le serait déjà pour les défenseurs de la décroissance. Cette notion regroupe ceux qui sont contre le productivisme. Voir Harribey J-M., Les théories de la décroissance : enjeux et limites, *Cahiers français*, « Développement et environnement », n° 337, mars- avril 2007, p. 20-26

²⁷ "Corruption erodes the moral fabric of every society; violates the social and economic rights of the poor and vulnerable; undermines democracy; subverts the rule of law which is the basis of every civilised society; retards development; and denies societies, and particularly the poor, the benefits of free and open competition." Eighth International Conference Against Corruption, Lima, Peru, September 1997.

²⁸ Ulrich Von Alemann, The unknown depths of political theory: The case for a multidimensional concept of corruption, *Crime, Law & Social Change* 42: 25-34, 2004, Kluwer Academic Publishers, pp. 25 et s.

²⁹ James D. Wolfensohn, alors président de la Banque Mondiale, a réservé une grande partie de son discours de l'Assemblée annuelle 1996 sur le cancer de corruption. Il a ainsi changé la politique de cette institution à l'égard

les fondements de la société puisqu'elle mine la confiance dans les institutions et à terme, la stabilité sociale. Si tant il est vrai qu'elle reste très préoccupante dans les pays en développement, aucun pays développé ne peut se prévaloir d'être totalement libéré de ce fléau, même ceux qui figurent en tête des classements mondiaux en matière d'intégrité.³⁰

La corruption semble être un phénomène qui a une existence aussi longue que celle de la société humaine³¹ et elle a fait depuis des siècles l'objet d'études et recherches multidisciplinaires qui ont foisonné ces dernières décennies³². Etymologiquement, ses racines montrent déjà la complexité du sujet qui recouvre des notions assez contrastées mais universelles. Le concept tire son origine des mots latins « *corruptio* » et « *cum-rumpere* », qui ont un sens nettement négatif impliquant une déliquescence physique ou morale. Si le premier a plutôt trait à un changement progressif par altération, séduction ou tentative de débauche, le second dénote une certaine radicalité, une violence se traduisant par le fait de rompre un ensemble, de détruire, d'anéantir ou de gâter. Les dictionnaires et lexiques en tirent cependant une même conclusion en donnant une signification de pourrissement, décomposition, putréfaction. Pour eux, corrompre, c'est vouer à la destruction.

Comme toute notion relative à l'homme et la société, la corruption reçoit beaucoup de définitions qui varient selon les disciplines, les cultures et les intérêts. Toutefois, l'on dénote une certaine évolution du concept qui devient de plus en plus large pour englober plusieurs pratiques frauduleuses et concerner presque tous les milieux. Auparavant, la conception était étroitement comprise comme l'action de donner quelque chose à une personne détentrice d'un pouvoir public, afin qu'elle en abuse et agisse en faveur du donateur³³, bref le classique *pot de vin* qui met nécessairement en présence au moins deux acteurs. Actuellement, on tend vers l'admission d'une définition très large et selon laquelle la corruption est l'abus des devoirs officiels à des fins personnelles. Si la première est caractérisée par sa restriction au niveau du secteur public, laissant ainsi les phénomènes de corruption dans les autres secteurs hors de portée, la seconde, trop vague, risque au contraire d'inclure des situations communément non comprises comme de la corruption. En effet, par cette dernière, une complicité de meurtre par un commanditaire qui incite par des moyens financiers le meurtrier peut être qualifiée de corruption au même titre que le simple pot de vin d'un agent public, c'est-à-dire payer celui-ci pour l'influencer dans l'exercice de ses devoirs officiels. Il est vrai que toute personne a le devoir officiel de ne pas attenter à la vie d'autrui³⁴.

de la corruption. Voir Marquette H., Corruption, democracy and the World Bank, *Crime, Law & Social Change* 36: 395-407, 2001, Kluwer Academic Publishers, pp.400-402

³⁰ Shleifer A. and Vishny R. W., Corruption, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, N° 3, 1993, 599-617, p.599

³¹ L'Histoire biblique retient par exemple la plus ancienne mention de la corruption, dans *l'Ancien Testament*, précisément dans le livre de l'Exode « Tu ne recevras point de présent, car les présents aveuglent ceux qui ont les yeux ouverts et corrompent les paroles des justes/Tu n'accepteras pas de cadeau, car le cadeau aveugle les clairvoyants et compromet la cause des justes » (Ex. 23,8 L.). Voir pour des détails Stückelberger C., *Lutte contre la corruption, Une tâche urgente pour les œuvres d'entraides, les missions et les Eglises*, Pain Pour le Prochain, Repères, www.ppp.ch., pp.13 et s.

³² Pour un panorama sur les recherches, v. Andvig J. C. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., Corruption A Review of Contemporary Research, Chr. Michelsen Institute *Development Studies and Human Rights*, 2001: 7

³³ Gray C. W. et Kaufmann D., Corruption et développement, *Finances & Développement*, Mars 1998, p.7

³⁴ Underkuffler L. S., Captured by Evil: The Idea of Corruption in Law, Duke Law School Legal Studies, *Research Paper Series*, Research Paper No. 83 October 2005, pp. 8 et s.

La définition proposée par Transparency International³⁵, et largement reprise par d'autres forums, semble mieux décrire le phénomène par la précision donnée à l'acte pouvant faire l'objet d'un abus. Elle considère la corruption comme « l'abus de pouvoir reçu en délégation à des fins privées. »³⁶ Cette définition a l'avantage d'intégrer l'abus de toutes les fonctions de confiance pour le profit personnel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, ou encore dans la société civile et les organisations internationales³⁷ tout en précisant la nature du pouvoir susceptible d'être perverti. Il s'agit, en effet, de tout pouvoir reçu en délégation qui en définit clairement l'utilisation. Ce qui permet d'écarter le cas du complice ci-dessus, le quelconque meurtrier n'a reçu en délégation aucun pouvoir sur la vie de sa victime. Néanmoins, la situation peut changer si la victime est un patient qui s'est confié ou a été confié à un médecin qui a porté atteinte à sa vie contre paiement, même si en droit pénal le concours réel d'infractions reste évident. Cette définition permet également de prendre en compte l'usage abusif de pouvoirs qui, bien que non illégal, est destiné à servir des intérêts privés, tel la *capture de l'Etat*³⁸. Sur le plan pénal, rares sont les textes qui définissent la corruption, mais l'analyse de l'évolution des incriminations confirme aussi cette tendance à l'élargissement. Il reste à voir la conformité de la tendance avec les grands principes du droit pénal.

La définition large comprend toujours les actes de corruption qui traditionnellement mettent en présence deux acteurs réunis autour d'un pacte, réalisé ou tenté, telles la corruption passive ou active et le trafic d'influence. En outre, elle englobe les actes qui n'engagent a priori que le détenteur du pouvoir, comme les diverses variantes de conflits d'intérêts effectifs et le détournement des biens publics. A ce titre, sont également qualifiables de corruption le népotisme qui consiste par exemple à recruter les proches parents, le favoritisme qui consiste à donner des contrats à des connaissances intimes ou partisans et le délit d'initié qui consiste en l'utilisation abusive des informations privilégiées en matière de bourse. L'élargissement prend toute son ampleur lorsque ces actes traditionnellement incriminés dans le secteur public le deviennent également dans d'autres domaines. Outre le détournement de fonds privés, les conflits d'intérêts ainsi que les divers abus de fonction ou de biens sociaux sont également compris comme des actes de corruption dans le secteur privé et la société civile. Pourtant, même s'il est vrai que la vision peut varier selon les systèmes juridiques, la tendance globalisante est aussi incontestable³⁹.

Du point de vue sociopolitique, la corruption est comprise de plusieurs manières et son dimensionnement devient aussi de plus en plus considérable. Considérée sur cinq dimensions, la corruption y est considérée comme déclin social, comportement déviant, logique d'échange, système de perceptions mesurables ou politiques de

³⁵ Transparency International (TI) est une organisation de la société civile qui se consacre à la lutte contre la corruption. TI sensibilise l'opinion publique aux effets dévastateurs de la corruption et travaille de concert avec les gouvernements, le secteur privé et la société civile afin de développer et mettre en œuvre des mesures visant à l'enrayer. Créée en 1993, TI, qui comprend environ 80 sections nationales dans le monde, a son secrétariat international basé à Berlin en Allemagne. <http://www.transparence-france.org>

³⁶ TI, *op. cit.*, p. 40

³⁷ Ogunjobi B., les défis de la bonne gouvernance, *Walfadjri l'aurore*, www.walf.sn, jeudi 07 Avril, 2005

³⁸ Aussi appelée captation de l'Etat, voir pour les contours, Hellman J. et Kaufmann D., La captation de l'État dans les économies en transition : un défi à relever, *Finances & Développement*, Septembre 2001, p. 31

³⁹ Center for International Private Enterprise, Combating Corruption: Private Sector Perspectives and Solutions, *Economic Reform Issue Paper*, No. 0409, September 22, 2004, p.2

l'ombre⁴⁰. Une vision criminologique de la notion analyse la corruption comme une autre méthode d'entrer en contrôle de propriété ou de personne par l'usage du pouvoir institutionnel ou social, à côté de trois autres procédés que sont le vol, la violence et la fraude.⁴¹ En matière de corruption, le délinquant détient un pouvoir limité quant à ses destinations mais l'utilise dans des voies prohibées. Par ailleurs, il semble que tous les analystes s'accordent sur le fait que la corruption implique une déviation par rapport à certains standards d'intégrité, lesquels demeurent source de divergences d'approches. Selon une approche plus juridique, la corruption est définie en fonction de critères légaux et jurisprudentiels. Ainsi, un acte serait qualifié de corruption s'il est interdit par la loi. En l'absence de cette interdiction, le même acte ne constituerait pas une corruption même s'il est contre l'éthique ou abusif. L'autre approche dite de l'intérêt public privilégie plutôt les effets de l'acte que son statut juridique. L'acte serait ainsi qualifié de corruption s'il porte atteinte à l'intérêt public même s'il est accompli en toute légalité et inversement, n'en constitue pas une s'il est effectué au profit du public même en violation de la loi. La dernière approche, basée sur le critère d'opinion publique, avance que l'acte est considéré comme de la corruption si une certaine opinion le définit en tant que tel. C'est ainsi qu'est préconisée une vision achromatique de la corruption en fonction de l'opinion dominante. Elle est qualifiée de noire lorsque l'opinion majoritaire des élites et de la masse condamne l'acte et réclame sa punition. Elle est grise si la majorité est ambivalente à son égard et blanche lorsque l'acte est toléré par elle.⁴²

Nonobstant leurs forces et faiblesses respectives, ces différentes visions permettent de mieux appréhender le phénomène. Pouvoir définir la corruption permet certainement de mieux la combattre, même si d'aucuns ne jugent pas indispensable d'atteindre un consensus là-dessus. C'est à partir d'une meilleure connaissance de ses manifestations, ses causes et ses conséquences ainsi que de sa dynamique que l'on peut être en mesure de la maîtriser durablement. En toute logique, la lutte contre la corruption a suivi le phénomène dans son évolution. Depuis plus d'une décennie⁴³, elle est ainsi devenue une des préoccupations de la communauté internationale. Cette prise générale de conscience a été déclenchée non seulement par les effets néfastes du fléau sur les efforts de développement mondial rendus visibles par l'activisme de certaines organisations non gouvernementales. Ces dernières exercent une pression permanente pour une moralité plus poussée dans les relations économiques internationales. A cette échelle, la préoccupation s'est traduite par la prise de nombreuses mesures de prévention et de répression. En ce sens, des instruments à vocation universelle ont été adoptés, témoignant ainsi la volonté des Etats de progresser dans cette œuvre pouvant être qualifiée d'assainissement des transactions transfrontières. Dernière en date, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption a été adoptée le 04 octobre 2003⁴⁴. Par ailleurs, le droit international pénal, qui ne s'est principalement préoccupé jusqu'ici que des infractions portant atteinte à la paix et la sécurité de l'Humanité, commence

⁴⁰ Von Alemann U., The unknown depths of political theory: The case for a multidimensional concept of corruption, *Crime, Law & Social Change* 42: 25–34, Kluwer Academic Publishers, 2004, p.26

⁴¹ Zimring E. and Johnson Franklin D.T., On The Comparative Study Of Corruption, *British Journal of Criminology Advance Access*, May 26, 2005, p.3

⁴² Zimring E. and Johnson Franklin D.T., *op. cit.*, pp.3 et 5

⁴³ L'adoption des quelques instruments internationaux en matière de corruption marque cette prise de conscience, notamment dans le cadre de l'OEA en 1996 et de l'OCDE en 1997. On pourrait situer cette tournure par le développement rapide d'ONGs internationales comme TI.

⁴⁴ Voir infra, pp. 195 et ss.

sérieusement à s'intéresser aussi à la protection pénale de la moralité des échanges internationaux, soit en relation à ces valeurs soit en elle-même. On assiste ainsi à la criminalisation croissante des comportements anti-éthiques.

Au niveau régional, se conformant à la tendance universelle, l'Union Africaine⁴⁵ s'est également engagée à lutter contre la corruption. Ce fléau est considéré comme endémique, institutionnalisé et principale cause de la pauvreté dans le continent. Concrètement, une Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption a été adoptée en juillet 2003 à Maputo. Il n'est pas superflu de signaler que la réduction de la corruption présente un enjeu capital pour l'avenir économique de l'Afrique étant donné que le flux des investissements directs sains et massifs, et les partenariats multilatéraux sont largement conditionnés par l'engagement et la bonne gestion de la lutte. Les autres continents ne sont pas en reste et font même figure de pionniers dans cette lutte commune. Par exemple, au niveau européen, sans omettre les efforts nationaux, les contributions du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne dans la réduction de la corruption sont remarquables⁴⁶.

A tous ces niveaux, les différentes démarches pour tenter d'éradiquer le mal diffèrent selon le degré d'endémicité des phénomènes et de la capacité des anti-corps de la société à les neutraliser. Généralement, la répression pénale a été longtemps considérée comme l'instrument privilégié pour résoudre les problèmes de corruption, avant que l'on ne se rende compte que le mal peut aussi toucher profondément les institutions chargées de l'application de la loi, les réduisant en tigre sans dent et le droit pénal avec. On peut justifier cette affirmation par la présence séculaire de plusieurs incriminations dans l'arsenal juridique de presque tous les pays. L'approche traduit cependant la conception générale qui consiste à considérer la corruption comme une vulgaire infraction telle que le vol simple, et à laquelle il suffirait de remédier par l'effectivité de la prise en charge pénale.

La corruption figure ainsi parmi les interdits fondamentaux que pose le droit pénal.⁴⁷ Loin d'être tout simplement un ensemble de règles ou normes juridiques qui organiserait la répression étatique des infractions, le droit pénal est surtout le domaine de régulation sociale où les normes de comportement sont les plus fortement suggérées, notamment à ceux qui ne s'y conforment pas. La conception « expressiviste » préconise que le législateur, par l'intermédiaire de ces normes pénales, entend d'abord exprimer des valeurs sociales ou culturelles qui orienteront les comportements⁴⁸. Il s'agit en outre de protéger ces valeurs en tant qu'intérêts ou

⁴⁵ Réécemment transformée en Union Africaine après le 37^{ème} et dernier sommet de l'OUA, à Lusaka, en juillet 2001

⁴⁶ Au niveau du Conseil de l'Europe, l'approche est multidisciplinaire et comprend trois volets étroitement liés : l'élaboration de normes et standards européens, l'instauration d'un suivi pour veiller au respect de ces normes et une aide ciblée apportée aux pays et aux régions dans le cadre de programmes de coopération technique. Six principaux instruments juridiques ont été adoptés afin d'améliorer la capacité des Etats membres à lutter contre la corruption aux niveaux tant national qu'international. Le suivi du respect de ces normes a été confié au Groupe d'Etats contre la Corruption, dénommé GRECO. Voir <http://www.coe.int/t/dg1/greco/general/>
Dans le cadre de l'Union Européenne, outre les recommandations d'adhésion aux instruments internationaux pertinents, plusieurs documents ont été rédigés ainsi que quelques instruments propres à elle, notamment les deux conventions relatives à la protection d'intérêts financiers des Communautés européennes et à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des États membres. Voir <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33301.htm>

⁴⁷ Desportes F. et Le Guehec F., *Droit Pénal Général*, 11^è édition, Economica, 2004, p.1

⁴⁸ Weisberg R., Norms and criminal law, and the Norms of criminal law scholarship, *Stanford law school, Research paper*, n° 60 , 2003, pp.468,476 et 477

biens juridiques⁴⁹. Parmi les multiples fonctions attribuées au droit pénal, celle qui consiste en la protection des biens juridiques semble prendre le dessus et les résumer toutes. En effet, la vie en société n'est seulement possible que par le respect des principaux intérêts privés, familiaux et publics. C'est ainsi qu'une loi pénale qui ne cherche même pas à protéger un bien juridique serait considérée à première vue comme illégitime, ce qui a motivé la décriminalisation de certaines infractions portant principalement atteinte à la morale.⁵⁰

Il est évident que les biens juridiques nécessitant une protection pénale varient selon les sociétés et les cultures de telle sorte qu'il devient très hasardeux de prétendre pouvoir exhaustivement les énumérer, encore moins les hiérarchiser. L'on était tenté de le faire en Allemagne en les définissant comme les biens élémentaires de la vie, indispensables pour la coexistence des humains en communauté. Ceux qui consistent exclusivement en des convictions éthiques profondément enracinées de la société⁵¹. Il semble bien qu'en droit allemand, comme pour d'autres, une loi pénale ne soit seulement légitime dans la protection d'un bien juridique qu'en agissant *ultima ratio*, en ce sens que d'autres moyens moins intrusifs comme le droit civil doivent être utilisés lorsqu'ils s'avèrent suffisants pour une protection appropriée.⁵² En France, l'on a pu poser depuis longtemps des critères limitant la sphère de la législation répressive : les exigences du maintien de l'ordre et de la paix publique.⁵³ Cette idée est encore à la mode avec la dépénalisation en cours du droit des affaires⁵⁴.

En droit français, conformément à la définition étroite de la corruption, la répression pénale y afférente semblait avant 2005⁵⁵ avoir principalement focalisé la protection sur un domaine, le secteur public. Dans ce cadre, le législateur s'est soucié d'un bien juridique précis, la paix publique, et a déterminé des incriminations destinées en premier à régir les détenteurs du pouvoir public dans l'exercice de leur fonction⁵⁶. Ceux-ci étaient, plus que tous les autres acteurs et citoyens, destinés à préserver la paix publique. Cette vision a évolué avec l'avènement du nouveau code pénal et d'autres dispositions particulières sur la corruption⁵⁷. Cette fois-ci, le législateur français a bien mis en exergue la valeur qu'il entend protéger. Toutefois, le domaine de prédilection de la protection reste encore le secteur public. Depuis, la probité, une valeur morale fondamentale, est clairement inscrite dans le code pénal et c'est en quelque sorte la valeur qui doit guider les comportements des acteurs de la vie publique dans leur mission. Par son adhésion aux instruments internationaux pertinents⁵⁸, notamment la Convention des Nations Unies contre la Corruption de

⁴⁹ Desportes F. et Le Gunehec F., *op.cit.*, pp.24 et s.

⁵⁰ Dubber M. D., *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, *Buffalo legal studies research paper series*, Paper No. 2005-02, p.4

⁵¹ Par exemple, la vie humaine, l'intégrité corporelle, la liberté individuelle, la liberté d'action et de mouvement, la propriété, la santé, la sécurité routière, l'incorruptibilité des agents publics, l'ordre constitutionnel, la paix public, la sécurité extérieure de l'Etat, ... voir Dubber M. D., *op. cit.*, pp.4 et 5

⁵² Dubber M. D., *op. cit.*, p.11

⁵³ Quénauld, *rapport sous Cass.crim.*, 1er mai 1867 (S. 1867 I 145)

⁵⁴ Voir note 80 pour plus de précision sur cette tendance

⁵⁵ la Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 Article 3 Journal Officiel du 6 juillet 2005 a inséré les Art 445-1 et 445-2 dans le code pénal et qui traite de la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique

⁵⁶ Code pénal français de 1810, chap. VI

⁵⁷ Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 Article 1 Journal Officiel du 1er juillet 2000, et Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 Article 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000

⁵⁸ On peut citer la convention faite à Bruxelles le 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, la convention faite à Bruxelles le 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption,

2003, et l'adoption de nouvelles lois en conformité, la protection française s'est élargie.

Les expériences ont montré que la corruption est un phénomène complexe qui nécessite tout au moins une approche complexe pour en venir à bout⁵⁹. Sa persistance confirme l'extrême difficulté de plusieurs pays de s'en débarrasser. Curieusement, notamment dans les pays à corruption répandue, si l'opinion majoritaire admet la corruption comme un obstacle majeur au développement, on constate paradoxalement une certaine résignation générale, sinon une résistance certaine, lorsqu'il s'agit de consentir des efforts pour la combattre. Il a fallu très souvent des pressions de la part des organisations internationales pour que les dirigeants des dits pays prennent, avec conviction ou non, la résolution d'inscrire la lutte contre la corruption dans leurs agendas. A vrai dire, les intérêts personnel, familial, clanique et/ou partisan semblent conserver le dessus sur l'intérêt général dans la vie publique. Mis à part le problème de la volonté politique, cruciale pour réussir une campagne anti-corruption, il faut reconnaître que la lutte n'est pas aisée puisqu'il s'agit de briser un cercle vicieux corruption-pauvreté-corruption et d'enclencher un autre enchaînement vertueux intégrité-développement-intégrité.

Dès lors, la corruption se révèle être un phénomène⁶⁰ hors du commun, en ce que, non effectivement encadrée, elle tend à se confondre dans le paysage institutionnel. Contrairement au cas du vol, dont l'incrimination vise à réprimer les comportements individuels qui consistent à ne pas respecter la propriété d'autrui et qui constitue une déviance constamment stigmatisée par le commun des citoyens, dans plusieurs sociétés la corruption est devenue la norme caractérisant un comportement relativement généralisé ou du moins toléré par l'ensemble des citoyens. En pareil cas, la société se voit étrangement contrainte de lutter contre un phénomène auquel elle a l'habitude de se conformer. En outre, la corruption présente la spécificité d'être l'apanage de ceux qui détiennent un pouvoir et, en fin de course, au détriment des pauvres. A certains égards, elle peut ainsi se classer dans la catégorie des délinquances en col blanc et sa complexité, en tant que telle, recommande sa prise en charge par une politique criminelle bien élaborée et non plus par des réactions ponctuelles du droit pénal.

On doit, semble-t-il, le concept de politique criminelle à l'Allemand Feuerbach qui, en 1803, l'avait définie comme l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime. La notion a évolué pour être actuellement comprise comme l'organisation de la lutte contre une criminalité préalablement définie, lutte menée sous diverses formes, employant des moyens variés, et orientée vers des buts précis⁶¹. En effet, la politique criminelle va au-delà du droit pénal en cherchant aussi à traiter la criminalité à la source et implique l'incrimination de la violation des mesures de prévention, constituée par ce que l'on a convenu d'appeler « délits-obstacles ». D'autres définitions semblent encore « ratisser large » en la désignant comme l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise la réponse au

et la convention faite à Paris le 17 décembre 1997 dans le cadre de l'OCDE en vue de lutter contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

⁵⁹ Bryane M., explaining organizational change in international development: the role of complexity in anti-corruption work, *Journal of International Development, J. Int. Dev.* 16, 1067–1088 (2004), published online in Wiley InterScience (www.interscience.wiley.com). DOI: 10.1002/jid.1126, pp.1071 et s.

⁶⁰ Déjà, Ferri a écrit qu'avant d'étudier le délit comme fait juridique, il faut l'étudier comme phénomène naturel et social. Ferri E., *La sociologie criminelle*, 2e éd., 1914, p.20

⁶¹ Bouloc B., *Droit pénal général*, Précis, Dalloz, 19^e éd. 2005, p.17

phénomène criminel⁶², en somme l'étude de tous les moyens de lutte contre le crime⁶³. Une telle politique pourrait ainsi comprendre, outre les mesures préventives particulières, des actions de prévention générale communément assurées par les mesures éducatives. L'on se demande cependant si les violations de ces mesures pouvaient aussi, au même titre que celles concernant les mesures préventives, enclencher des réactions pénales qui en constitueraient l'*ultima ratio*. Dans la pratique, les politiques criminelles se déclinent en la prise d'une loi spécifique contenant les mesures de lutte contre le crime ; mais force est de constater que dans les politiques criminelles, notamment celles des pays anciennement colonisés, elles ne contenaient que des mesures répressives au détriment des autres mesures éducatives et préventives et surtout de la combinaison de celles-ci⁶⁴.

Cette situation semble néanmoins avoir connu une évolution et de plus en plus, pour combattre efficacement la corruption, les théoriciens préconisent diverses stratégies et instruments⁶⁵. Actuellement, généralement reconnue en tant que phénomène complexe⁶⁶ de société, la corruption, même à différents degrés, est difficilement maîtrisable par un seul moyen, fut-ce par la répression pénale. Les expériences réussies de certains pays comme HongKong et Botswana, ont donné crédit aux stratégies anti-corruption prenant en compte toutes les manifestations possibles de la corruption et les combattant par d'autres outils que le droit pénal ; la prévention et l'éducation sont privilégiées au même titre que l'application de la loi⁶⁷. Encore plus poussée, certains milieux proposent des mesures de bonne gouvernance pour la vaincre durablement. Ils considèrent la corruption comme à la fois cause et symptôme d'une mauvaise gouvernance.⁶⁸ Par ailleurs, on constate une reconnaissance progressive de la probité et de l'intégrité comme des valeurs fondamentales qui méritent de recevoir protection pénale au même titre que d'autres, comme la vie et la propriété privée.

Tout ce qui précède trouve notamment sa pertinence dans les sociétés où la corruption est largement répandue à tel point que la pauvreté continue à gagner du terrain malgré les efforts de développement consentis pendant plusieurs décennies. Cependant, il est utile d'attirer l'attention dès ici sur la difficulté de bien mettre en évidence la relation causale entre la corruption et le développement ou la pauvreté. Etant un phénomène complexe, créant des distorsions sur les autres variables pertinentes en matière économique, sociale et politique, et vice versa, la corruption

⁶² Delmas Marty M., *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p.13

⁶³ Pradel J., *Droit pénal général*, 5^e éd., Cujas, 1986, p.72 à 74

⁶⁴ Pour un développement sur la politique criminelle anti-corruption, v. Han X., *Lutte contre la corruption en politique criminelle : étude comparée France-Chine*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne Paris, 2005

⁶⁵ Par exemple Bryane Michael croit avoir identifié quatre principales approches que les praticiens ont implicitement adoptées : l'approche universelle, celle centrée sur l'Etat, celle centrée sur la société et l'approche critique. Bryane M., op. cit., p.1069 ; voir aussi Andvig J. Chr. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., *Corruption: A Review of Contemporary Report*, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 7, 2001, pp.103 et s.

⁶⁶ Collier M. W., Explaining corruption: An institutional choice approach, *Crime, Law & Social Change*, 38: 1–32, Kluwer Academic Publishers, 2002, p.2

⁶⁷ Sur cette stratégie voir Jeaffreson D. G., The Importance of Three-Pronged Attack in corruption and assessment of its effectiveness, *Int'l Rev. Police Dev.*, 150, 1989

⁶⁸ Hellman J. S., Jones G., Kaufmann D. and Schankerman M., Measuring Governance, Corruption, and State Capture. How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies, *The World Bank Policy Research Working Paper* 2312, April 2000, p.4

elle-même est difficile à mesurer⁶⁹. L'on se fie alors aux indices soit de perception, de victimisation ou d'expériences pour se faire une idée de l'ampleur, des manifestations et des conséquences de la corruption dans une société donnée.

En outre, les opinions divergent quant à l'effet de la corruption sur l'économie. D'un côté, il a ceux qui défendent l'idée que la corruption améliore l'efficacité économique et avance qu'elle facilite la croissance économique et les investissements. De l'autre, il y a ceux qui sont convaincus que la corruption a au contraire un effet réducteur et soutient que la corruption ralentit les affaires et le commerce et en conséquence fausse l'allocation des ressources.⁷⁰ Il devient encore difficile de s'y retrouver lorsque on retrouve des pays mal classés en matière de corruption en tête de peloton en matière de croissance économique, comme la Chine par exemple. Il est vrai que le développement ne se résume pas en la croissance économique mais elle n'en constitue pas moins un élément déterminant. Ce qui semble pourtant ressortir des études sur l'impact de la corruption c'est que les impacts négatifs apparaissent plus importants que les effets positifs qui se résument au soulagement de systèmes déjà en grave difficulté⁷¹. D'où la pertinence du terme « graisse » employé par les avocats de cette approche. Quoiqu'il en soit, malgré ces difficultés de mise en corrélation négative corruption et développement⁷², chacun perçoit qu'il existe comme le cas présentement étudié amène à le constater.

Madagascar, une grande île africaine située dans le Sud-Ouest de l'Océan Indien, a vécu son histoire politique et administrative avec une corruption plus ou moins intense. Classée depuis quelques décennies dans le groupe des pays moins avancés, l'île a vu la corruption s'aggraver vers le début des années 80. Quelques années plus tard, un timide mouvement en faveur de l'intégrité a permis la mise en place d'une juridiction pénale spécialisée, le Tribunal Spécial Economique⁷³. Ce traitement spécial confirme la conception classique de banalisation de l'infraction de corruption par le renforcement de la prise en charge pénale, au détriment d'autres mesures. Ensuite, au début des années 1990, à l'occasion du changement de Constitution, le mouvement s'est amplifié par l'inscription du mot « *fahamarinana*⁷⁴ » dans le triptyque de la devise nationale et la reconnaissance de la probité comme une valeur fondamentale⁷⁵. La crise post-électorale de 2002 semble avoir favorisé le regain du mouvement, après un certain tiédissement vers la fin des années 90.

En 2002, Madagascar, entre pour la première fois dans le classement établi par Transparency International, et se voit attribué l'indice de 1,7/10 et rangé 98 sur 102 pays notés⁷⁶. Cette perception n'est pas éloignée de la réalité lorsqu'on considère la corrélation entre la corruption et la pauvreté. Tout logiquement, la relance du

⁶⁹ Galtung F., Measuring the Immeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices, In Fredrik Galtung and Charles Sampford, Editors, *Measuring Corruption*, , Ashgate (UK), 2005 (forthcoming), p.17

⁷⁰ Akçay S., Corruption and Human Development, *Cato Journal*, Vol. 26, No. 1, Winter 2006, p.29

⁷¹ *Ibid*, pp. 30-32

⁷² Cette corrélation est néanmoins démonté par une étude comparative sur 63 pays en fonction de trois indices de corruption. L'auteur conclut que la corruption sous tous ses aspects retarde le développement humain. *Ibid*, p.46

⁷³ Le Tribunal Spécial Economique est une juridiction pénale spécialisée dans la répression des infractions d'ordre économique ou touchant l'ordre public économique. Il a été institué dans les chefs lieu de province par l'Ordonnance n° 76-019 du 24 mai 1976. Les infractions prévues par les articles 169 à 172, 174, 177 à 183 (version avant 2004) font partie du champ vaste de compétence de cette instance.

⁷⁴ Traduit librement par Intégrité

⁷⁵ v. Préambule et article 39 de la Constitution de la Troisième République du 18 septembre 1992.

⁷⁶ <http://www.transparency.org/cpi/2002/cpi2002.fr.html>

programme de lutte contre la pauvreté pour les années suivantes a placé la lutte contre la corruption en tant qu'axe primordial.⁷⁷ Par la suite, en adoptant la loi 2004-030 sur la lutte contre la corruption⁷⁸, l'Etat malgache a d'une manière volontariste arrêté sa politique criminelle face aux phénomènes de corruption. Deux axes sont définis : lutte universelle et utilisation de trois volets pour s'y attaquer : prévention, éducation et application de la loi. D'importants dispositifs institutionnels sont progressivement mis en place pour accompagner la mise en œuvre de cette politique, avec la création de nouveaux organes anti-corruption témoignant ainsi l'absence de confiance générale à l'endroit des institutions traditionnelles chargées de conduire efficacement une politique criminelle.

La lecture de l'exposé des motifs de ce texte important pour la lutte contre la corruption montre cependant que la préoccupation reste centrée sur le secteur public, malgré une ouverture certaine vers le secteur privé. Sans les avoir explicitement désignées valeurs fondamentales protégées, la loi pose comme principes généraux de prévention devant régir tous les aspects de la vie publique l'intégrité, l'objectivité, la transparence et l'honnêteté. Pour cela, le droit pénal reste l'outil important dans la réaction sociale contre la corruption, même s'il est admis que les volets prévention et éducation, aussi reconnus nécessaires, ne nécessitent pas a priori un cadre légal détaillé. Par ailleurs, sans véritablement définir la corruption, la loi cite les notions pouvant y être englobées, permettant ainsi de constater une conception plus vaste du phénomène. Ainsi, aux infractions déjà existantes comme la concussion, l'ingérence, le favoritisme, la corruption proprement dite et le trafic d'influence, la notion de corruption recouvre désormais de nouvelles infractions telles l'abus de fonction et l'enrichissement illicite. Enfin, l'on cherchera en vain le mot développement dans l'exposé des motifs même si indirectement on peut deviner la finalité voulue par le législateur à travers le renforcement de la bonne gouvernance, l'instauration de l'Etat de droit et de la protection des Droits de l'homme.

Ce constat succinct indique que beaucoup reste à faire dans la conception d'une lutte appropriée contre la corruption et que chaque société a sa propre spécificité qui exigera des politiques, stratégies et instruments appropriés. Il est aussi évident que, comme dans la plupart des Etats, la répression de la corruption par des dispositions pénales ne date pas d'hier et quelques-unes de ses composantes ont depuis plus d'un siècle bénéficié de cet encadrement, du moins potentiellement. Il est également incontestable que la corruption ne pourrait se contenir efficacement sans une réponse internationale bien organisée et coordonnée et qu'il est ainsi nécessaire d'aller vers une harmonisation des législations nationales. Chacun reconnaît que le changement de comportement individuel et collectif face aux phénomènes de corruption ne pourrait efficacement s'obtenir sans la combinaison rationnelle et permanente des trois instruments anti-corruption précédemment cités⁷⁹. Toutefois, de la revue des instruments internationaux et des législations nationales pertinentes, la tendance générale à privilégier le droit pénal reste pour endiguer le phénomène⁸⁰. Ainsi, afin

⁷⁷ Document de Stratégie pour la Réduction de la Pauvreté, v. http://www.mefb.gov.mg/doc0/dsrp_final/dsrp_maj_2005.pdf

⁷⁸ V. annexe 1

⁷⁹ V. supra note 67

⁸⁰ Un mouvement inverse semble néanmoins se produire depuis peu en France avec l'installation officielle d'un groupe de travail sur la dépenalisation du droit des affaires en octobre 2007 (voir le discours du Président de la République française sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/file/368109.pdf>). Tendancé à réduire l'effet anti-économique du risque pénal excessif, la tendance est cependant tempérée par le renforcement apporté par la

que l'outil pénal puisse jouer de concert avec les autres instruments d'une politique criminelle efficace contre la corruption, il conviendra d'y consacrer une étude en vue de comprendre l'apport de ce moyen « retrouvé ».

L'expérience de Madagascar montre que dans la lutte contre la corruption, le droit pénal mérite certains ajustements, tels la nécessité de reconsidérer les domaines de protection, s'il y a lieu de les préciser. En effet, la définition élargie de la corruption, aujourd'hui universellement admise, invite à revoir certaines limites traditionnellement posées par le droit pénal. Par-dessus tout, le droit pénal devra contribuer à la protection de la valeur « intégrité », fondamentale pour libérer durablement la société de la corruption. L'intégrité n'apparaît pas encore comme une valeur principale, objet de la protection, même si elle en bénéficie par ricochet ou en constitue la finalité non exprimée. En privilégiant le secteur public, le législateur pénal semble avoir persisté dans une erreur d'appréciation et en conséquence n'a pas favorisé la prépondérance de la valeur antidote de la corruption. En effet, l'instrument pénal doit défendre une ou plusieurs valeurs sociales correspondantes s'il veut se constituer en élément du bouclier efficace contre la corruption. Renforcer les peines ou la poursuite des infractions existantes ne semble pas mener à un statut acceptable d'un droit pénal apte à défendre la société des méfaits des actes prévaricateurs. Il faudrait bien cerner la nature de la valeur que la société voudrait promouvoir, analyser les points faibles où les actes de corruption pourraient prospérer pour enfin élaborer les parades par leurs incrimination et poursuite appropriées.

Le premier document stratégique de Madagascar sur la lutte contre la corruption⁸¹ mentionne trois valeurs morales à promouvoir et à protéger des atteintes de la corruption: la droiture, la probité et l'intégrité. Bien qu'à certains égards elles paraissent synonymes, il importe ainsi d'identifier et de cerner cette valeur centrale anti-corruption, l'intégrité. Cette distinction revêt une certaine importance lorsqu'il s'agit ensuite de la situer sur le champ de la protection pénale. Des trois valeurs ci-dessus, on peut déjà écarter la droiture qui n'est presque pas utilisée dans la littérature anti-corruption et semble bien être un état d'esprit étroitement en rapport avec le droit. Il reste ainsi à définir les deux autres et en tirer les conséquences sur le plan de l'application du droit pénal.

La lecture des multiples littératures sur la morale, la vertu et aussi sur l'anti-corruption n'aide pas vraiment à identifier laquelle entre la probité et l'intégrité serait le bouclier le plus sûr contre les phénomènes de corruption, ou autrement posé serait la plus atteinte par ces mêmes phénomènes. En général, il semble y avoir une utilisation indifférente des deux notions, renforçant la confusion, et l'on se demande du reste si l'exercice en vaut la peine et apporterait un plus au combat contre la corruption. Cependant, au-delà des exigences de la rigueur sémantique, parvenir à en faire la nuance et cerner la valeur cible aiderait beaucoup à élaborer une protection plus appropriée.

On se tourne facilement vers les dictionnaires et lexiques lorsque l'on se trouve devant un mot apparemment connu mais dont le sens exact et profond échappe. Là aussi pour la majorité, la confusion paraît présente, on y apprend que l'intégrité serait une probité irréprochable⁸², absolue, extrême. En tout cas, ce qui semble trouver l'unanimité est que le terme signifie un état d'une chose à laquelle il ne manque rien ou de ce qui est entier. On y puise également que le terme remonterait au XIII^e siècle

nouvelle loi anti-corruption du 13 novembre 2007 (LOI n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, J.O n° 264 du 14 novembre 2007 page 18648)

⁸¹ CSLCC, Document stratégique de 2005-2007, CSLCC, 2005, www.sni.mg

⁸² *Dictionnaire Universelle*, 2^e éd., Hachette, 1995, p.617

et serait emprunté du latin *integritas*⁸³ qui signifie le fait d'être intact, en totalité⁸⁴. C'est ainsi qu'on peut parler d'intégrité territoriale, corporelle mais le sens qui nous intéresse ici et maintenant est l'acception morale. Une autre illustration parle de l'intégrité d'un juge ou d'un ministre et là on retourne sûrement à la case de départ : c'est le caractère d'un homme intègre qui signifierait une absolue probité⁸⁵.

S'agissant à présent de cette dernière, les définitions abondent ainsi que les citations et métaphores y relatives⁸⁶. Du latin *probitas* lui-même dérivé de *probus* "honnête", il désignerait la qualité d'une personne qui fait preuve d'une honnêteté rigoureuse. Honnêteté, voilà une autre grande qualité qui étend le champ de la curiosité mais arrêtons nous encore un moment sur la probité. Le Nouveau Petit Robert nous indique que c'est une vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice. Une définition reprise en partie par le Code de déontologie du Trésor public Ivoirien qui le comprend comme l'observation rigoureuse des devoirs de la justice et de la morale⁸⁷. Voilà, un autre concept, la justice, vient grossir le rang de ces notions difficiles à cerner. Il a été cependant compris plus comme idéal que valeur.⁸⁸

Ce paragraphe poétique du Dictionnaire Didier nous aiderait sans doute à y voir plus clair :

*La probité est d'un cœur droit, son principe est l'amour de l'ordre, c'est une vertu de caractère. L'intégrité est d'un cœur pur, son principe est l'amour de ses devoirs, c'est la vertu d'une conscience timorée. L'honnêteté est d'un cœur bon, son principe est l'amour du bien, c'est la vertu des belles âmes. La probité exclut toute injustice, l'intégrité exclut toute corruption, l'honnêteté exclut le mal, et même les mauvaises manières de faire le bien.*⁸⁹

Ainsi, l'honnêteté est le concept le plus large des trois. Elle a aussi été définie comme le refus de prétendre que les faits réels sont autres que ce qu'ils sont⁹⁰. La probité repose à son tour sur l'ordre et ne contiendrait pas nécessairement la notion d'avantage ou de profit personnel⁹¹. Elle répondrait plus au côté « droit » de la justice. En l'absence du droit, le probe serait tenté de prendre ce qui est dû à autrui tandis que l'intègre le respecterait. Plus pure, l'intégrité en tant que l'état de ce qui forme un tout, contiendrait la notion d'un égard à autrui, de respecter ou rendre ce qui lui est naturellement dû. Elle correspondrait mieux au volet « équité » de la justice et comprendrait la notion de profit et d'avantage personnel. Elle serait la plus entièrement à l'opposé de la corruption, comme la justice l'est contre l'injustice, la probité contre l'improbité et la malhonnêteté contre l'honnêteté.

Au demeurant, on y aperçoit que toutes ces notions sont très proches et fondamentales, mais s'agissant de la probité et de l'intégrité qu'il s'agit de distinguer, la première répond mieux à une situation de droit tandis que l'intégrité, une qualité

⁸³ <http://atilf.atilf.fr/>

⁸⁴ Voir aussi l'entrée « Integrity » de l'Oxford English Dictionary

⁸⁵ Commission d'éthique de la Magistrature, *Rapport de mission dit « Rapport Cabannes »*, nov. 2003, p.21

⁸⁶ <http://www.evene.fr/citation/mot.php?mot=probité>

⁸⁷ Code de déontologie du Trésor public Ivoirien in http://www.tresor.gov.ci/presentation/deon_probi.htm

⁸⁸ Bentham J., *Déontologie, ou Science de la morale*, 1834, "Les classiques des sciences sociales", p.112

http://www.uqac.ca/Classiques_des_sciences_sociales

⁸⁹ <http://www.ac-grenoble.fr/lettres/pages/jjr/livres/notes/probite.htm>

⁹⁰ Vadi M. and Jaakson K., *op.cit.*, p.7

⁹¹ Aristote, *Traité de la morale*, extrait du Livre V : De la justice, Traduction Thurot, éd. Firmin Didot, Paris, 1823, cité dans ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/le_droit_naturel/philosophie_morale/aristote.htm

plus exigeante, répond mieux à une situation de perfection⁹². La probité, a-t-on pu dire, n'a qu'un caractère négatif : elle éviterait de faire tort. Elle permettrait de ne pas troubler certains privilèges d'autrui. Ce ne serait qu'une qualité d'abstinence et ne serait pas une qualité active⁹³, comme l'intégrité le serait.

Ceci étant, l'intégrité morale⁹⁴ tend seulement à être considérée en tant que telle, d'une part, sur le plan global depuis l'apparition des instruments universels anti-corruption et, d'autre part, sur le plan interne depuis l'avènement de la loi 2004-030 du 20 septembre 2004 et d'autres lois pertinentes. Ces événements ne signifient pleinement pas encore sa qualification en tant que bien juridique protégé, du fait qu'elle relève plutôt de la catégorie des valeurs morales en baisse de protection pénale dans les sociétés contemporaines ces dernières années. Toutefois, la préservation de l'intégrité ne serait être durablement acquise que si le droit pénal, voire la politique criminelle, la protégeait en tant qu'une valeur sociale d'une manière directe et universelle, sans discrimination. En toute hypothèse, une qualité morale intègre le cercle des biens pénalement protégés lorsqu'elle devient indispensable pour maintenir l'équilibre ou la stabilité d'une société. On ne réprime pas pénalement une atteinte à l'intégrité en raison de sa nature morale ou religieuse, mais tout simplement parce que la société se rend compte de plus en plus que, sans le respect convenable de cette valeur, la protection des autres biens juridiques jalousement gardés devient irrémédiablement compromise. De surcroît, par le mouvement d'adoucissement progressif des mesures pénales et la préoccupation grandissante des sociétés sur les crimes non violents, les atteintes à l'intégrité choquent les consciences collectives et deviennent graduellement inacceptables.

Cependant, quelques difficultés semblent se poser lorsqu'il s'agit de protéger pénalement l'intégrité. L'on peut d'abord se poser la question, en la comparant par exemple avec le courage, sur la différence d'outils de protection dans les deux cas. Pourquoi utiliser le droit pénal pour le second et non pour le premier, toutes les deux étant visiblement des valeurs morales? En outre, Il semble à première vue que les intérêts pénalement protégés sont des biens juridiques qui n'appartiennent pas ou sont extrinsèques au sujet du droit pénal et dont l'atteinte porte directement préjudice à un tiers ou à une entité commune comme l'Etat. De nos jours, l'atteinte d'un intérêt par la personne titulaire ne constitue presque plus une infraction pénale, tels le suicide et la destruction volontaire de ses biens individuels à l'exception de cas extrême comme la mutilation volontaire en matière militaire qui, en dernière analyse, touche un autre intérêt que celle de l'intégrité physique de l'intéressé. Ce qui ne semble pas être le cas de l'intégrité qui reste une valeur morale, donc intrinsèque. La difficulté à la placer en tant qu'intérêt juridique, nécessitant la protection du droit pénal, semble persister. Cependant, une personne qui commet une infraction de corruption, porte atteinte non seulement à sa propre intégrité mais surtout manque à ses devoirs d'intégrité envers la société. Dans biens des cas, si l'acte de corruption ne semble immédiatement toucher à aucun autre intérêt juridique, l'ordre social et économique se trouve toujours concerné.

Pour l'intégrité, ce qui semble faire la différence c'est que ce n'est pas sa violation en tant que valeur morale qui est sanctionnée par le droit pénal, une offense

⁹² Grant Ruth W., Integrity and Politics: An Alternative Reading of Rousseau, *Political Theory*, Vol. 22, No. 3, Aug 1994, p.415

⁹³ Bentham J., *op. cit.*, T.II, p.12

⁹⁴ Afin de ne pas créer une confusion avec l'intégrité physique qui est un terme plus familier pour les juristes, on a dû préciser en intitulé et jusqu'ici la nature morale de l'intégrité, objet du présent document. Toutefois, par souci de simplification de lecture, on utilisera pour la suite du développement le mot Intégrité tout court.

ressortissant plutôt des sanctions morales. Ce qui importe c'est surtout l'obligation juridique d'intégrité dans certaines circonstances ou dans certains aspects de la vie en société : le devoir ou l'obligation d'intégrité, les deux termes étant synonymes. La loi pénale ne cherche directement pas à protéger l'intégrité en tant que valeur morale mais en tant qu'intérêt juridique déterminant l'ordre social et économique. Par ailleurs, dans leur variété, les incriminations de la famille « corruption », peuvent inclure la protection d'autres intérêts juridiques tels que la fonction publique, les professions libérales ou privées, la commande publique... Il reste néanmoins à préciser la notion d'intégrité qui dans le langage courant prête à confusion du fait de sa proximité avec d'autres notions telles que la probité et l'honnêteté⁹⁵.

Enfin, la protection de l'intégrité en tant que valeur fondamentale présente l'avantage de se départir du principe du double standard qu'ont adopté les législateurs successifs. Cette approche traite avec rigueur les prévarications dans la fonction publique tout en tolérant ou en laissant hors du champ pénal des comportements similaires dans d'autres secteurs⁹⁶. A titre d'exemple, l'ingérence dans des affaires réprimé par l'article 175 du code pénal, devenue depuis 2004 la prise illégale d'intérêts, reste l'apanage des agents publics alors que les conflits de ce genre abonde dans les entreprises privées sans que le législateur pénal s'en trouve concerné⁹⁷. Tout en gardant les spécificités des institutions, dont la prise en compte sera réservée par l'outil disciplinaire, il conviendra de considérer le principe d'égalité de tous devant la loi pénale anti-corruption. A partir du postulat que les valeurs pénalement protégées doivent mettre tous les citoyens sur un même piédestal, quant à leur respect, pour être mieux protégées.

A travers l'étude du cas malgache, la problématique se précise d'une manière anecdotique du fait que le droit pénal appliqué aux phénomènes de corruption faisait et semble encore faire figure d'épouvantail géant, en ce qu'il ne dissuade pas durablement les comportements anti-éthiques incriminés. Il y a lieu alors de se demander si cette situation repose sur l'inadéquation et l'insuffisance des instruments destinés à les encadrer. S'il est pourtant vrai que l'effectivité des normes dépend grandement de l'efficacité des acteurs dans leur mise en œuvre, les questions de procédure pénale ne seront que rarement abordées, pour ne pas se détacher de la pratique. En essayant de se fixer sur les réponses données à cette question, il conviendra de voir si les effets attendus d'un droit pénal amélioré pourraient aller dans le sens d'une maîtrise durable de la corruption.

Quoi qu'il en soit, l'amélioration du droit pénal peut dans une certaine mesure confirmer l'idée qu'il est plus facile d'agir sur l'individu que sur la société. En élargissant la notion de corruption, la prévention et bien sûr la répression vont se concentrer sur l'individu et dans une moindre mesure sur la société par une prévention générale. Cependant, la vraie prévention consiste surtout à déraciner les causes et facteurs de corruption dans les relations sociales. En outre, dans une société collectiviste où l'individu se confond souvent dans sa communauté, il y a lieu de se demander s'il ne serait pas opportun de rendre cette dernière responsable, pénalement ou non, des agissements d'un de ses membres. On perçoit alors le rôle

⁹⁵ Rose-Ackerman S., Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process, *Archives of European Sociology*, 2001, p.1

⁹⁶ Alldridge P., Reforming the criminal law of corruption, *Criminal Law Forum*, vol. 11, 287–322, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp.294-295

⁹⁷ Pour d'autres illustrations, voir pp. 243 et ss.

important des institutions dans la structuration des comportements individuels et collectifs en même temps que l'on redécouvre leur primauté dans le développement durable. Cette thèse s'aligne sur cette vision institutionnelle du nouveau modèle de développement et suggère qu'avec des ajustements le droit pénal peut judicieusement contribuer au renforcement des institutions, par la protection de l'intégrité. L'analyse de l'évolution du droit pénal de Madagascar permettra d'illustrer que la prépondérance de cette valeur constitue la base du développement et de sa durabilité. Il va sans dire que le constat ne concerne uniquement pas les pays à corruption répandue même si elle révèle une très grande priorité pour eux. Aucun pays ne pourrait prétendre se diriger vers un développement durable sans se préoccuper sérieusement de l'intégrité dans toutes les composantes de sa vie nationale.

Une recherche sur le droit relatif au comportement éthique et au développement durable conduit nécessairement dans d'autres disciplines connexes et indispensables pour la compréhension complète de la matière. Des incursions dans d'autres domaines seront inévitables, en particulier la criminologie, la sociologie juridique et la philosophie du droit. L'étude, tout en restant juridique, s'efforcera toutefois d'avoir une approche fondée sur les bases traditionnelles du droit pénal en ce qu'elle s'appliquera à vérifier dans quelle mesure les principes fondamentaux de cette branche du droit doivent encore s'appliquer, pour une meilleure protection de la valeur sociale « intégrité ». Les spécificités d'ailleurs en droit pénal économique seront souvent considérées à titre comparatif afin d'apprécier leur pertinence pour le cadre national. S'agissant du droit international, l'accent ne sera pas mis sur la dimension internationale du droit pénal interne mais sur la réception et la mise en oeuvre des normes pénales internationales par le système national.

Il s'agit ainsi d'analyser, à travers ses normes et ses méthodes ainsi que sa pratique, les causes des échecs du droit pénal de Madagascar, plus précisément du déclin de la protection de l'intégrité qui a certainement handicapé son développement avant 2004 (PREMIERE PARTIE). Après 2004, par une nouvelle politique criminelle anti-corruption, cette protection a pris une nouvelle dimension supposant une meilleure efficacité du droit pénal, mais elle mérite encore d'être reconsidérée afin d'aboutir à des propositions qui devraient favoriser la durabilité du développement (DEUXIEME PARTIE). Au préalable, pour une meilleure compréhension des choix stratégiques, il conviendra d'établir la relation entre la protection de l'intégrité morale et le développement durable (CHAPITRE PRELIMINAIRE).

CHAPITRE PRELIMINAIRE- : L'INTEGRITE, VALEUR ESSENTIELLE AU DEVELOPPEMENT DURABLE

Après avoir longtemps glorifié les vertus de la croissance économique pour satisfaire les besoins du développement humain, la prise de conscience s'accroît progressivement depuis un certain temps au sein de l'opinion internationale sur la non durabilité d'un tel modèle dans une planète limitée sur toutes ses dimensions.⁹⁸ Le développement durable nécessite une orientation pluridimensionnelle des activités humaines et peut se résumer par la recherche constante d'un meilleur équilibre entre la croissance économique, la préservation de l'environnement et l'équité. Cela requiert un changement de valeurs, d'attitudes et de comportements⁹⁹, lequel ne se concrétise jusqu'à présent que par de timides prises de mesures qui témoignent de l'existence de nombreux obstacles à l'évolution des comportements.¹⁰⁰ En effet, si les valeurs et attitudes favorables à ce changement semblent se préciser, les politiques et actions devant assurer la marche vers le développement durable tardent à être sérieusement mises au rythme harmonieux avec la dynamique naturelle.¹⁰¹

Globalement, plusieurs valeurs fondamentales sont actuellement désignées pour guider le mouvement global vers le développement durable mais elles semblent se situer à un niveau qui ne permette pas ce changement de comportement. Cette affirmation reste pertinente aussi bien pour l'individu, à la fois acteur de base et finalité de tout développement, que pour les institutions.¹⁰² Le constat amène sérieusement à soumettre que l'insuffisante prise en compte de l'intégrité, aussi synonyme de sa dévaluation dans la hiérarchie des valeurs humaines fondamentales, constitue un des facteurs retardant l'enclenchement du cercle vertueux du développement durable. En effet, les institutions devant garantir le développement sont affaiblies ou inefficaces par l'effet des comportements contraires à l'intégrité. Elles sont souvent dénaturées dans les pays où la corruption est omniprésente, c'est à dire dans les pays en développement comme Madagascar.

Si, à notre connaissance, il est maintenant unanimement reconnu l'existence d'une logique relation positive entre le développement durable, les institutions et la lutte contre la corruption, il semble que la prédominance de la valeur intégrité, effet immédiat recherché dans la lutte contre la corruption, reste un horizon lointain (SECTION 1). En effet, l'intégrité commence seulement à reconquérir sa place en tant que valeur fondamentale et universelle digne de protection pénale (SECTION 2).

⁹⁸ TI, *Un monde pour tous*, Rapport présenté au Président du Comité Intergouvernemental, Conseil d'administration du PNUE, Nairobi, 10 mars 1987, A/43/427, 4 août 1987, p.20

⁹⁹ Mabogunje A. L., *op. cit.*, p.15

¹⁰⁰ "One common belief among those few members of the general public who have given some casual thought to sustainable use of the planet is that, by minor changes in present practices, sustainability can be achieved without substantive behavioural change. However, much of the early literature on sustainable use of the planet indicates that a major paradigm shift and fundamental changes in human behavior, ethics, and lifestyles will be necessary." Cairns J., Jr., Defining Goals and Conditions for a Sustainable World, *Environmental Health Perspectives* Volume 105, Number 11, November 1997, pp. 1164-1170, in *Goals and Conditions for a Sustainable World* A collection of papers by Cairns J., Jr. Published 2002 by Inter-Research, ESEP Book 1 is published on-line in the electronic journal "Ethics in Science and Environmental Politics", pp.17-18

¹⁰¹ Leiserowitz A. A., Kates R. W., and Parris T. M., Sustainability Values, Attitudes, and Behaviors: A Review of Multi-national and Global Trends, *CID Working Paper* No. 113, December 2004, pp. 12 et 35

¹⁰² Cairns J., Jr, Equity, Fairness, and the Development of a Sustainability Ethos, *op. cit.*, p.237

SECTION 1- LES INSTITUTIONS ENTRE DEVELOPPEMENT DURABLE ET INTEGRITE

D'une manière simpliste, le développement durable nécessite avant tout l'assurance d'une victoire contre la pauvreté généralisée pour certains pays. On peut prendre comme exemple la majorité des pays de l'Afrique subsaharienne, dont le ralentissement de la croissance pendant plusieurs décennies a suscité plusieurs études et réflexions pour ses explications¹⁰³. Parmi celles-ci, la plus déterminante semble celle avancée par plusieurs spécialistes, dont ceux de la Banque Mondiale : la faiblesse des institutions sociopolitiques devant garantir une redevabilité horizontale en matière de gouvernance (A). A son tour, cette faiblesse est la conséquence de la vulnérabilité des individus acteurs de ses institutions face à toute sorte de corruption, en cas de déficience de la valeur intégrité (B). Sous un autre aspect, cette relation causale existe aussi dans les pays dits développés par la difficulté d'intégrer le volet écologique et le volet social, pour une bonne harmonisation des efforts de développement.

A. LE DEVELOPPEMENT DURABLE PAR LES INSTITUTIONS

Au sein d'une société, les individus s'organisent pour s'assurer une certaine vision du bien-être individuel ou collectif. À tous les niveaux, du local au national et aussi à l'international, certaines organisations sont déterminantes dans la gouvernance. S'agissant de structure ou de procédure, ces organisations constituent les institutions qui permettent à une société de s'autogérer, de se développer durablement¹⁰⁴. En effet, la durabilité restera la résultante d'une bonne dynamique entre les forces vives de la société, des tensions et coopérations entre les tenants des divers objectifs¹⁰⁵ et valeurs du modèle de développement recherché.

Individuellement ou collectivement, l'on arrive tout simplement à avoir la capacité de respecter des engagements d'équité pour le futur si l'on a au préalable l'aptitude d'agir en tout respect des valeurs, règles et normes favorisant une équité pour les contemporains. Cette aptitude ne peut être autre que d'avoir en soi des valeurs qui amènent à faire fléchir l'intérêt individuel face à l'intérêt général, présent ou futur. Et pour l'activation de valeur et le changement durable de comportement il n'y a mieux pour l'instant que les bonnes institutions.

Après des décennies d'éclipse, les institutions semblent avoir fait un retour en force dans presque toutes les disciplines des sciences humaines et sociales¹⁰⁶. En économie de développement, l'on s'accorde tout particulièrement à admettre que les institutions jouent un rôle important dans l'explication des différences de niveau de développement entre sociétés¹⁰⁷. Selon certaines approches, les institutions

¹⁰³ Parmi celles ci, les mauvais héritages de la colonisation, la multiplicité des ethnies et tribus, la position géographique etc...

¹⁰⁴ OCDE, *Stratégies nationales de développement durable: Bonnes pratiques dans les pays de l'OCDE*, OCDE 2006, p.21

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.25

¹⁰⁶ Voir en ce sens Turmel A., "Le retour du concept d'institution" (1997), Un article publié dans l'ouvrage sous la direction d'André Turmel, *Culture, institution et savoir. Culture française d'Amérique.*, pp. 1-24. Québec : Les Presses de l'Université Laval, 1997, 230 pp. ; Lecours A., L'approche néo-institutionnaliste en science politique: unité ou diversité ?, *Politique et Sociétés*, vol. 21, no 3, 2002, pp.5 et s.

¹⁰⁷ Aoki M., *Endogenizing Institutions and Institutional Change*, revised version of a paper presented at an invited session of the 2005 World Congress of the International Economic Association held in Morocco, p.1

influencent le comportement des individus¹⁰⁸ et structurent les interactions politiques, économiques et sociales¹⁰⁹.

En étant avant tout recherche d'équilibre entre objectifs économiques, environnementaux et sociaux, le développement durable nécessite des choix politiques dictant des actions coordonnées à tous les niveaux de décisions. Il n'est pas ainsi surprenant de voir la logique institutionnelle utilisée pour l'atteinte des objectifs de la durabilité¹¹⁰ qui requiert l'amélioration de la qualité des institutions garantissant un environnement de qualité, une économie croissante et un bien être social¹¹¹. Cette vision séparée est uniquement dictée par souci de clarté sans pour autant se départir des efforts nécessaires pour une meilleure intégration¹¹².

I. SUR LA QUALITE DE L'ENVIRONNEMENT

Il a été démontré que les arrangements institutionnels influencent le comportement des décideurs politiques face aux problèmes environnementaux et s'avèrent même être d'importants déterminants pour la rigueur des politiques y afférant¹¹³. D'une manière générale, et en comparaison avec les pays développés lorsque ceux-ci étaient au même stade de développement, ce serait le cas des pays en voie de développement pour lesquels on attribue la faible protection de l'environnement par la mauvaise qualité de leurs institutions. Hâtivement, l'on est ainsi venu à conclure que l'amélioration des institutions relatives à l'environnement serait le premier objectif à viser pour être sur la voie du développement durable.¹¹⁴

De toute évidence, les politiques environnementales peuvent être infléchies par des intérêts contraires et dépendent en grande partie de la qualité des institutions politiques, ce qui permet d'apprécier l'impact de la corruption sur la qualité de l'environnement.

1- Influences des intérêts contraires

Les intérêts économiques, ayant besoin des ressources naturelles ou pouvant avoir des impacts négatifs sur l'environnement par leurs activités, peuvent utiliser leur pouvoir politique ou économique pour influencer les politiques environnementales. Ces influences peuvent s'exercer à tous les niveaux de décision qui peuvent se classer en deux: celui des décideurs politiques et celui des autorités administratives de contrôle.

¹⁰⁸ Giugni M., Ancien et nouvel institutionnalisme dans l'étude de la politique contestataire, *Politique et Sociétés*, vol. 21, no 3, 2002, p.74

¹⁰⁹ North D. C., Institutions, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, pp. 97-112

¹¹⁰ Leiserowitz A. A., Kates R. W., and Parris T. M., *op. cit.*, p.30

¹¹¹ Pellegrini L. and Gerlagh R., An Empirical Contribution to the Debate on Corruption, *Democracy and Environmental Policy*, Nota Di Lavoro 8, January 2005, <http://ssrn.com/abstract=654401>, p.20

¹¹² Kruijff (de) H. A. M. and Van Vuuren D. P., Following Sustainable Development in Relation to the North-South Dialogue: Ecosystem Health and Sustainability Indicators, *Ecotoxicology And Environmental Safety* 40, 4-14, 1998, No. ES981635, p.4

¹¹³ A certains égards, institutions et les politiques sont parfois confondantes quant à leur différence, voir à ce sujet R o d r i k D., S u b r a m a n i a n A. and Trebbi F., Institutions Rule: The Primacy Of Institutions Over Geography And Integration In Economic Development, *NBER Working Paper Series, Working Paper 9305*, October 2002, <http://www.nber.org/papers/w9305>, p.20

¹¹⁴ Pellegrini L. and Gerlagh R., *op. cit.*, pp.11, 16 et 23

Au niveau des décideurs politiques, les pressions peuvent généralement prendre la forme soit de lobbying¹¹⁵, soit de grande corruption¹¹⁶, soit de capture du gouvernement¹¹⁷. Dans tous les cas, les pressions économiques visent l'adoption de politiques et règles environnementales très permissives, favorisant les profits à court terme des opérateurs économiques au détriment de la durabilité. Fréquemment, avec un semblant de légalité, les activités favorisées par la capture des institutions s'appuient sur un privilège d'exploitation des ressources rares ou précieuses¹¹⁸ et d'exemption de taxes de pollution, dont les bénéficiaires ne profitent pas à l'économie nationale mais aux intérêts particuliers dont ceux des gouvernants. Ces distorsions de politiques environnementales se rencontrent le plus intensément dans les pays en transition et en développement¹¹⁹.

Au niveau des autorités administratives de contrôle, la corruption serait la forme la plus efficace et privilégiée de pression économique, notamment dans les pays en développement où la vulnérabilité des fonctionnaires la facilite¹²⁰. Plutôt que de dénaturer les règles, cette pression consiste à rendre ineffectifs les règles et programmes de conservation par des contrôles complaisants ou fictifs¹²¹.

2- Incidence de la corruption sur l'environnement

De ce qui précède, il devient évident que la corruption sous toutes ses manifestations a des impacts négatifs sur l'environnement, dont il convient maintenant de voir quelques unes de leurs manifestations. L'environnement, comprenant également un composant artificiel, se trouve réellement affecté par les actes corruptifs sur son composant naturel, d'une manière directe ou indirecte. Très souvent, il en résulte une surexploitation ou exploitation illicite de ressources naturelles d'une part, et un permis illicite de polluer, d'autre part¹²².

Concernant l'air et l'eau, l'on a pu démontrer qu'il existe une corrélation positive entre la corruption et la pollution. Outre les effets directs déjà relatés précédemment, la corruption a aussi une influence négative sur l'environnement par l'intermédiaire de son impact sur la performance économique¹²³. En effet, pour la plupart des polluants¹²⁴, cette relation causale entre la corruption et la pollution serait plus

¹¹⁵ Barbier E. B., Damaniac R., Léonard D., Corruption, trade and resource conversion, *Journal of Environmental Economics and Management*, 50, 2005, p.277

¹¹⁶ Wilson J. K. and Damania R., Corruption, political competition and environmental policy, *Journal of Environmental Economics and Management* 49, 2005, p.517

¹¹⁷ Voir supra note 68

¹¹⁸ A ce titre, voir par exemple un cas rapporté par Greenpeace en Papua Nouvelle Guinée, lequel illustre bien la pratique d'intéressement des autorités politiques par une entreprise d'exploitation forestière pour bénéficier d'une faveur particulière. Greenpeace International, The Problem Of Corruption, Country Profile Update, *Forest Crime File*, 04, November 2004, p.3

¹¹⁹ Lopez R. and Mitra S., Corruption, Pollution, and the Kuznets Environment Curve, *Journal of Environmental Economics and Management* 40, 137-150, 2000, <http://www.idealibrary.com>, p.139

¹²⁰ Welsch H., Corruption, growth, and the environment: a cross-country analysis, *Environment and Development Economics*, 9, July 2003, p.663

¹²¹ Morse S., Is corruption bad for environmental sustainability? a cross-national analysis, *Ecology and Society* 11(1): 22, 2006 <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art22/>, pp.2-3

¹²² Laurance W. F., The perils of payoff: corruption as a threat to global Biodiversity, *TRENDS in Ecology and Evolution*, Vol.19, n° 8, August 2004, p.399

¹²³ Morse S., *op. cit.*, pp.2, 3 et 7; Lopez R. and Mitra S., *op. cit.*, pp.149-150

¹²⁴ Par exemple pour la teneur en plomb dans l'essence, un haut niveau d'honnêteté du gouvernement est associé à un bas niveau du polluant. Voir Damania R., Fredriksson Per G. and List J. A., Trade Liberalization, Corruption

accentuée dans les pays à bas revenus¹²⁵. Toujours dans ces pays, une toute récente étude empirique a cependant montré que, paradoxalement, la réduction de la corruption peut aggraver la dégradation de l'environnement sans un changement de comportement des opérateurs et un cadre juridique environnemental approprié¹²⁶.

En outre, la corruption menace gravement la biodiversité globale en ce sens qu'elle favorise la surexploitation forestière, de la vie sauvage, des ressources halieutiques et autres et en entamant l'effectivité des programmes de conservation¹²⁷. En ce qui concerne particulièrement les forêts, le niveau de corruptibilité d'un gouvernement est associé à la conversion de terrain en exploitation agricole ou autre, ce qui diminuerait considérablement le niveau de stock¹²⁸. Cette corruption dans la gestion des ressources naturelles est définie comme l'exploitation ou le surexploitation des ressources naturelles de la communauté avec le consentement d'un agent public par ceux qui n'ont pas légalement droit. Elle est souvent non apparente comme cause de la dégradation¹²⁹. Cependant, elle figure parmi les déterminants importants des causes directes du déclin forestier tels la survie économique ou le profit commercial¹³⁰.

Outre l'explication institutionnelle, le point de vue économique néoclassique permet aussi de conclure que l'agent public n'étant pas le propriétaire des droits d'utilisation des ressources publiques ne se préoccupe logiquement pas de leurs valeurs réelles et de leur rareté¹³¹. Par la même occasion, les recettes sous évaluées de l'exploitation de ressources naturelles tombent en majeure partie dans les poches des autorités et agents publics véreux. Ce qui priverait les caisses de l'Etat des ressources qui lui permettraient de remplir convenablement ses missions de police et de justice en matière environnementale, bref une préfiguration du cercle vicieux de la corruption dans ce domaine comme dans tant d'autres.

La corruption, aux côtés de la faible application de la loi et la mauvaise politique de conservation, est souvent citée comme cause du développement du braconnage d'éléphant ainsi que le trafic illégal d'ivoire malgré le classement de l'espèce dans la liste CITES. Ce qui expliquerait le taux élevé de braconnage dans les pays à corruption étendue¹³². A titre d'illustration, une enquête récente menée en Ouganda concernant le tourisme écologique a fait ressortir quatre obstacles dont la corruption entachant le succès de la répartition des revenus de visites des parcs nationaux dans l'ouest du pays. Cette situation résultait d'un manque de confiance de la population envers les responsables de la conservation¹³³.

and Environmental Policy Formation: Theory and Evidence, *Centre For International Economic Studies, Discussion Paper n°0047*, University of Adelaide, December 2000, p.24

¹²⁵ Welsch H., *op. cit.*, p.28

¹²⁶ Cole M. A., Corruption, income and the environment: An empirical analysis, *Ecological Economics*, 2006, p.8

¹²⁷ Laurance W. F., The perils of payoff: corruption as a threat to global Biodiversity, *TRENDS in Ecology and Evolution*, Vol.19 No.8, August 2004, pp.399 à 401

¹²⁸ Barbier E. B., Damaniac R., Léonard D., Corruption, trade and resource conversion, *Journal of Environmental Economics and Management*, 50, 2005, pp.277 et s.

¹²⁹ Robbins P., The rotten institution: corruption in natural resource management, *Political Geography*, 19, 2000, p.425

¹³⁰ Contreras-Hermosilla A., The Underlying Causes of Forest Decline, *Center For International Forestry Research, Occasional Paper*, No. 30, June 2000, p.4

¹³¹ Robbins P., *op. cit.*, p.430

¹³² Stiles D., The ivory trade and elephant conservation, *Environmental Conservation*, 31 (4), 2004, pp.310 et 319

¹³³ Karen Archabald1 And Lisa Naughton-Treves, Tourism revenue-sharing around national parks in Western Uganda: early efforts to identify and reward local communities, *Environmental Conservation*, 28 (2), 2001, p.135

En sens inverse, l'on a pu affirmer également que les ressources naturelles constituent un déterminant majeur de la corruption. Ce qui confirmerait l'hypothèse selon laquelle la corruption est une importante explication de la croissance ralentie des économies riches en ressources naturelles, notamment les pays moins développés¹³⁴. Cette affirmation semble cependant trop superficielle dans la mesure où il est largement démontré que c'est la faiblesse des institutions qui rend la vulnérabilité à la corruption élevée. On trouve aisément des exemples de pays sans ressources mais à large étendue de corruption et d'autres riches en ressources naturelles mais à faible étendue de corruption.

3- Apport des institutions

Les deux formes de pression ci-dessus, politique ou administrative, peuvent être combinées par les firmes industrielles pour pouvoir minimiser les contraintes environnementales sur leurs opérations. Cependant, une forme peut en être plus privilégiée en fonction de la propension collusive du gouvernement en place et de la probable longévité du régime¹³⁵. Un régime stable et un gouvernement coopératif incitent plus la voie de capture et du lobbying tandis que dans les cas contraires le plus rentable serait d'acheter ce dernier ou son administration, notamment celle déconcentrée ou décentralisée.

Ce constat suggère de positionner les institutions politiques comme les plus déterminantes en matière de protection de l'environnement sans occulter le rôle significatif des institutions sociales et économiques. Tout d'abord, on a pu noter la pertinence des institutions qui, d'une part, organisent la redevabilité des politiciens en les rendant moins vulnérables aux pratiques patrimoniales à l'égard des ressources naturelles et, d'autre part, limitent leur capacité de biaiser les élections par le clientélisme politique¹³⁶. En effet, il semblerait qu'une compétition politique accrue entraîne une politique environnementale plus rigoureuse aux impacts positifs.

Il a ainsi été affirmé le caractère indispensable de la démocratie pour la durabilité des ressources et de l'environnement. L'apport de la démocratie en matière de protection de l'environnement aurait amené les décideurs politiques à la faire figurer dans leur agenda, sous la pression des catastrophes écologiques et de l'opinion publique, et de la poursuivre dans le sens du développement durable.¹³⁷ La démocratie participative permet surtout une plus grande transparence à tous les niveaux de décision et d'action et mène vers une réduction de la corruption¹³⁸, laquelle est d'une importance capitale pour améliorer la qualité de l'environnement notamment dans les pays en voie de développement¹³⁹. Pour ces derniers, la forte dépendance de leur économie à l'exploitation des ressources naturelles multiplie

¹³⁴ Leite C. and Weidmann J., Does Mother Nature Corrupt? Natural resources, Corruption and Economic Growth, *IMF WP/99/85*, 1999, pp.30 et s.

¹³⁵ *Ibid.*, pp.400-401

¹³⁶ Robinson J. A., Torvik R. and Verdier T., Political foundations of the resource curse, *Journal of Development Economics*, 79, 2006, www.elsevier.com/locate/econbase, pp.451, 452 et 466

¹³⁷ Prieur M., Démocratie et droit de l'environnement et du développement, *Collection « Le droit international de l'environnement » : les acteurs du droit international de l'environnement*, p.13

¹³⁸ Lippe M., Corruption and Environment at the Local Level, *T.I Working Paper*, Berlin, 21 February, 1999

¹³⁹ Welsch, H., Corruption, growth, and the environment: a cross-country analysis. *Environment and Development Economics* 9, July 2003, p.28; Damania R., Fredriksson P. G. and List J. A., Trade Liberalization, Corruption and Environmental Policy Formation: Theory and Evidence, *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol 46, Issue 3, November 2003, pp. 495 et 511

l'impact de la corruption sur leurs gouvernements, ce qui peut sérieusement handicaper le développement économique et social¹⁴⁰.

Cependant, les effets de la démocratie, électorale et participative, ne seraient pas pleinement garantis en ce qui concerne la mise en conformité des politiques. En effet, la concurrence politique n'aurait d'impact négatif sur la petite corruption qu'en présence d'autres arrangements institutionnels adéquats, comme des mécanismes d'exécution adaptés et des institutions judiciaires fortes¹⁴¹. C'est aussi mettre en exergue la portée de l'Etat de droit et d'une Administration performante. Incidemment, les institutions économiques et sociales qui garantissent un accroissement de revenu assureraient un environnement de qualité.

II. SUR LA CROISSANCE ECONOMIQUE

Un consensus semble se dégager dans la littérature néo-institutionnaliste concernant l'important rôle des institutions sur la croissance économique. Cette tendance les place même en tête des causes jusqu'ici considérées comme déterminantes¹⁴². Tout logiquement, l'on attribue les difficultés des pays en voie de développement à renouer au chemin de la croissance par la faiblesse des institutions¹⁴³.

1- Rôle de premier plan des institutions

Depuis des siècles, les économistes s'étaient déjà penchés sur l'explication de la croissance économique et plusieurs théories se sont ainsi distinguées. L'on a attribué la différence de croissance et de niveau de revenu entre pays par diverses causes se basant principalement sur la fonction de la production et du marché, les effets de la géographie, du climat, de la culture, des héritages du passé et aussi la fonction des institutions¹⁴⁴. Sans être exhaustives, ces causes énumérées ont chacune leur pertinence dans l'explication de la croissance économique et s'interagissent entre elles. L'on reconnaît néanmoins la primauté des institutions qui de surcroît est d'une conséquence pratique en matière de changement. On attribue ainsi aux règles formelles et informelles de pouvoirs contraignants qui développent et influencent le coût de production et de transaction dans la société¹⁴⁵.

Si la relation causale entre institutions et croissance économique est depuis quelques temps bien établie, les recherches en institutions semblent encore se poursuivre pour déterminer quelles institutions sont déterminantes et comment les construire et améliorer¹⁴⁶. Il faut, en effet, lever toute source d'ambiguïtés en ce que

¹⁴⁰ Kaufmann D., Corruption: the facts, *Foreign Policy* 107, 1997, pp.114–131

¹⁴¹ Wilson J. K. and Damania R., *op. cit.*, pp.517-518

¹⁴² Aoki M., *op. cit.*, p.1

¹⁴³ Coyne C. J. and Leeson P. T., The Plight Of Underdeveloped Countries, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3, Fall 2004, p.236

¹⁴⁴ Gwartney J. D., Holcombe R. G., and Lawson R. A., Economic Freedom, Institutional Quality, And Cross-Country Differences In Income And Growth, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3, Fall 2004, pp.206 et ss; Rodrik D., Subramanian A. and Trebbi F., Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development, *NBER Working Paper Series, Working Paper 9305*, October 2002, <http://www.nber.org/papers/w9305>, pp.2 et ss.

¹⁴⁵ Engerman S. L., Sokoloff K. L., Institutional And Non-Institutional Explanations Of Economic Differences, *NBER Working Paper Series, Working Paper 9989*, <http://www.nber.org/papers/w9989>, p.3

¹⁴⁶ Rodrik D., Institutions For High-Quality Growth: What They Are And How To Acquire Them, *NBER Working Paper Series, Working Paper 7540*, February 2000, <http://www.nber.org/papers/w7540>, p.2

c'est la qualité des institutions qui importent, du fait que ce sont également des institutions, ou plutôt l'altération de celles-ci, que procèdent les obstacles à la croissance et l'évolution des revenus. On peut aussi distinguer les bonnes institutions des mauvaises, comme la corruption.

Plusieurs outils et données sont actuellement disponibles et utilisés pour mesurer la qualité des institutions et même établir des comparaisons entre pays. A titre d'illustration, les pays à croissance économique élevée sont ceux qui présenteraient un système judiciaire hautement efficace, un bas niveau de corruption, une administration effective et une bonne protection des propriétés privées¹⁴⁷. Ces mesures permettent également de voir quelles sont, parmi les bonnes institutions, celles qui importent le plus et sont jugées indispensables pour soutenir une croissance durable.

A priori, toutes les institutions, qu'elles soient économiques, politiques ou sociales, sont normalement conçues pour un changement qualitatif et/ou quantitatif de la situation économique. Les règles du marché et de la concurrence sont produites pour des échanges et des prix meilleurs devant en principe favoriser l'amélioration des revenus. Dans ce cadre, une étude récente a regroupé les institutions relatives au marché en distinguant celles qui le créent de celles qui le réglementent, le stabilisent et le légitiment¹⁴⁸. Sous un autre angle, ces institutions « pro-croissances », regroupées sous l'appellation « infrastructures sociales », encouragent les comportements productifs, découragent les pratiques prédatrices¹⁴⁹ et créent ainsi les bonnes conditions de création de richesses¹⁵⁰. Par ailleurs, celles qui obtiennent l'unanimité quant à leur absolue pertinence sont les institutions offrant une protection appropriée aux droits de propriété et garantissant la liberté et l'exécution des contrats. Cette liberté économique constitue le symptôme d'un bon arrangement institutionnel, mettant en présence des règles saines de concurrence et d'égalité de principe sur l'accès aux ressources.

En dernière analyse, les institutions de nature politique semblent encore l'emporter puisque d'elles dépend la formulation des bonnes politiques et règles économiques propices au développement économique. Elles assurent également la stabilité politique permettant un taux élevé d'investissement et de sa rentabilité.¹⁵¹ En effet, les contraintes et contrôles sur l'utilisation du pouvoir politique par les élites sont typiquement favorables à l'émergence de meilleures institutions économiques¹⁵². Plus particulièrement, les institutions gouvernant les élections, les régimes politiques ainsi que la redevabilité des gouvernants sont cruciales dans la production des biens¹⁵³ tout en minimisant leur diversion¹⁵⁴, dans la détermination des politiques fiscales¹⁵⁵ et

¹⁴⁷ Ali A. M., Institutional Differences as Sources of Growth Differences, *Atlantic Econ. J.*, 31(4), 2003, p.359

¹⁴⁸ Rodrik D. et Subramanian A., La primauté des institutions (Ce que cela veut dire et ce que cela ne veut pas dire), *Finances & Développement*, Juin 2003, p.32

¹⁴⁹ Gwartney J. D., Holcombe R. G., and Lawson R. A., *op. cit.*, pp.208

¹⁵⁰ Brunner K., The Poverty of Nations, *Cato Journal*, Vol.5, No. 1, Spring/Summer 1985, pp.40 et 42

¹⁵¹ Gwartney J. D., Holcombe R. G., and Lawson R. A., *op. cit.*, p.222

¹⁵² Acemoglu D., Johnson S., Robinson J., Institutions As The Fundamental Cause Of Long-Run Growth, *NBER Working Paper Series, Working Paper 10481*, <http://www.nber.org/papers/w10481>, May 2004, pp.2, 9, 29, 48-49

¹⁵³ Bates R. H., Greif A., Humphreys M. and Sing S., Institutions and Development, *Center for International Development CID Working Paper*, No. 107, Harvard University, September 2004, p.21

¹⁵⁴ Nkurunziza J. D. and Bates R. H., Political Institutions and Economic Growth in Africa, *CID Working Paper*, No. 98, Harvard University, March 2003, p.8

¹⁵⁵ Persson T., Do political institutions shape economic policy?, *National Bureau of Economic Research, Working paper 8214*, <http://www.nber.org/papers/w8214>, April 2001, p.2

dans la mise en place des règles et conditions favorables au développement financier¹⁵⁶.

2- La faiblesse des institutions comme cause du sous développement

Le doute semble cependant s'insinuer, si l'on se met en contact des réalités quotidiennes dans les pays en développement, sur l'existence sinon la prévalence de la relation inverse croissance économique et institution. L'on y attribue facilement à la pauvreté, donc aux manques des moyens, toutes les imperfections des institutions ainsi que l'inefficacité des politiques et programmes de développement. La faiblesse des salaires des fonctionnaires est souvent évoquée comme cause des comportements corruptifs et au pire considérée comme une circonstance légitimante. Mais si l'on regarde bien derrière la pauvreté, donc l'absence ou l'insuffisance de croissance, il est certain de retrouver la faiblesse des institutions que beaucoup d'auteurs ont démontrée comme non exogène au processus de développement¹⁵⁷. On a pu ainsi conclure que les bonnes institutions apparaissent comme la cause déterminante des différences entre pays en matière de revenu par habitant et de croissance à long terme¹⁵⁸, tout autant que le sont les mauvaises pour le sous-développement¹⁵⁹.

Plusieurs raisons sont avancées pour la faiblesse institutionnelle des pays en développement. On cite par exemple l'héritage colonial d'institutions inappropriées ou volontairement biaisées par les colonisateurs pour une meilleure exploitation des ressources. On y ajoute aussi l'absence de réelle concurrence politique qui permettrait aux dirigeants en place de construire des institutions au service de leurs intérêts particuliers. Enfin, on y inclut l'incompatibilité des croyances et normes locales avec l'institution de marché et qui décourage le commerce et l'investissement.¹⁶⁰ Des contres exemples existent cependant et mettent ainsi en doute la fiabilité de ces raisonnements sauf, dans une certaine mesure, celui sur la compétition politique. Les trajectoires historiques récentes et contrastées des deux Corée, Nord et Sud, constituent une illustration très parlante. Les deux pays ont eu le même passé et les mêmes fondations culturelles au moment de leur séparation. On peut ainsi conclure *a contrario* que si les institutions garantissant les libertés politiques et civiques et favorisant la coopération sont associées aux taux de croissance et aux niveaux de revenu significativement positifs¹⁶¹, leurs absences ou faiblesses ne peuvent que produire les effets inverses. Nombreuses études empiriques ont tenté de mettre en évidence l'impact de la « mauvaise qualité » des institutions sur le processus d'ajustement et de développement.

Plus spécifiquement, plusieurs experts de l'Afrique ont mis en exergue que la faible croissance enregistrée dans le continent durant ces trente dernières années est

¹⁵⁶ Beck T. and Levine R., *Legal Institutions and Financial Development*, Prepared for the Handbook of New Institutional Economics, *World Bank Policy Research Working Paper 3136*, September 2003, pp.3 et s.

¹⁵⁷ Shirley M. M., *What Does Institutional Economics Tell Us About Development?* A Paper Presented at ISNIE, 2003, Budapest, Hungary, excerpt from a chapter in Claude Menard and Mary M. Shirley, eds. *Handbook of New Institutional Economics*, Kluwer Academic Press, 2004, p.21

¹⁵⁸ Acemoglu D., Johnson S., Robinson J., *op. cit.*, pp.2, 9, 29, 48-49

¹⁵⁹ Shirley M. M., *op. cit.*, p.3

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.4

¹⁶¹ *Ibid.*, p.19

due au passé colonial, aux multiples divisions ethniques et tribales¹⁶², au climat et à la position géographique. Cependant, les histoires positives du Botswana et de l'île Maurice, qui présentent relativement les mêmes caractéristiques et ont eu même des départs plus difficiles que le Zimbabwe par exemple, ne confirment pas la prépondérance de ces explications. D'autres courants de pensée associent de plus en plus le développement économique avec le dynamisme de l'entreprenariat et l'on a pu démontrer sa faiblesse dans les pays en développement comme dans la plupart des pays africains. Il faudrait toutefois creuser encore plus pour comprendre que le problème réside dans le contexte institutionnel qui dirige les activités entrepreneuriales vers des voies improductives ou évasives¹⁶³.

Les imperfections institutionnelles des pays en développement sont une fois encore caractérisées par l'existence d'une corruption systémique. Cette dernière serait depuis longtemps connue comme source de mauvaise performance économique¹⁶⁴ due aux mauvaises décisions orientées vers la diversion des ressources plutôt que la production¹⁶⁵. Il n'est pas ainsi surprenant de voir des pays dotés de ressources abondantes frappés par ce qu'on l'a convenu d'appeler, à tort ou à raison, de malédictions des richesses naturelles. Il semble alors plus appropriée de parler de malédiction des institutions¹⁶⁶, si celle-ci y est, puisque parmi les nombreuses explications avancées, ce sont celles sur les échecs institutionnels qui semblent bien l'emporter. En effet, des études ont montré que des pays riches en ressources naturelles s'en sortent plutôt mieux économiquement avec des bonnes institutions¹⁶⁷. On cite souvent l'exemple du Botswana et aussi de la Norvège¹⁶⁸ qui présente également le plus élevé IDH en 2006, synonyme aussi de mieux-être social.

III. SUR L'EQUITE SOCIALE

Pour sa pérennisation, le développement basé sur l'accumulation de capital s'est vu accompagné de mécanismes corrigeant certaines injustices et mettant en place des institutions favorables aux politiques sociales et fiscales utiles. Cependant, on a pu affirmer que même avec ces mécanismes de cohésion, le volet social du paradigme actuel reste encore hors de l'itinéraire vers la durabilité. Dans tous les cas, l'élément social du développement durable, volet le plus négligée, ne peut être que le fruit d'une lutte âpre engagée depuis entre des intérêts de diverses natures, plus que pour le volet environnement. Face à ces tensions prévisibles et persistantes, les institutions jouent principalement un double rôle de compensation et de légitimation.

¹⁶² Voir pour le développement, Easterly W. and Levins R., Africa's Growth Tragedy : Policies and Ethnic Divisions, *Quarterly Journal of Economics*, CXII(4), November 1997, pp.1213 et s.

¹⁶³ Coyne C. J. and Leeson P. T., The Plight of Underdeveloped Countries, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3, Fall 2004, pp.236, 238, 240 et s.

¹⁶⁴ Welsch H., *op. cit.*, p.1

¹⁶⁵ Morse S., *op. cit.*, p.7

¹⁶⁶ Mehlum H., Moene K. and Torvik R., Cursed By Resources Or Institutions? Norwegian university of science and technology, Department of Economics, *Working Paper Series*, No. 10, 2005, www.svt.ntnu.no/iso/wp/wp.htm, p.16

¹⁶⁷ Dietz S., Neumayer E. , and Soysa (de) Indra, *Corruption, the Resource Curse and Genuine*, <http://ssrn.com/abstract=545502>, January 2006, p.17

¹⁶⁸ McMillan J., "The Main Institution in the Country Is Corruption": Creating Transparency in Angola, *Center on Democracy, Development, and The Rule of Law (CDDRL) Working Papers*, n° 36, February 7, 2005, p.14

1- Rôle de compensation

Bien distincte de la notion de charité, l'équité sociale se réfère plus à une notion de justice à l'égard des ressources naturelles ou produites¹⁶⁹. Le développement durable prévoit une équité sociale entre les générations, un développement qui logiquement doit d'abord s'étendre à l'intérieur d'une même génération.¹⁷⁰ Sous ce dernier aspect¹⁷¹, le paradigme dominant de développement économique présente des défaillances¹⁷² qui se manifestent principalement par une injustice envers une grande frange de la population, notamment celle qui fournit la force de production. Sur le plan international, si cette injustice se traduisait classiquement par le phénomène de commerce inéquitable des biens, les activités transfrontalières des entreprises multinationales l'étendent de plus en plus en matière de services et surtout de mains d'œuvre. Ces dernières se matérialisent maintenant par la vogue de délocalisation d'unités de production à la conquête de mains d'œuvre bon marché, au détriment de salariés occidentaux.

S'agissant des difficultés des pays en développement, il est plutôt facile de mettre tout sur le compte des institutions nationales¹⁷³. Des facteurs internationaux contemporains plus contraignants contribuent autant sur la persistance de la pauvreté généralisée sur certaines parties du globe. C'est ainsi constater que des institutions internationales sont aussi mises en cause, celles qui perpétuent la division internationale du travail et le commerce international inéquitable. Actuellement, le « *trade but not aid* » constitue le leitmotiv des personnes qui s'opposent aux effets néfastes de la mondialisation sur une grande frange de l'humanité. Celles qui soutiennent que le commerce équitable à lui seul peut contribuer au remplacement du gap en financement externe du développement de ces pays.

Cette division se traduit également par l'inégalité flagrante concernant l'usage des ressources naturelles¹⁷⁴ et la répartition des coûts environnementaux d'exploitation. A un certain moment, le constat en est que les 20% plus riches de la planète consomment approximativement les quatre cinquièmes des ressources naturelles¹⁷⁵. En matière de consommation d'énergie qui indique mieux les activités humaines, la population des Etats-Unis est la plus consommatrice en utilisant en 1990 en moyenne 11kw par habitant, soit cent fois plus qu'un habitant du Bangladesh¹⁷⁶. On constate cependant une tendance à se rejeter la responsabilité de la détérioration

¹⁶⁹ Mohamad M., Statement to the UN conference on environment and development, *Environmental Policy and Law* 22 (4), 1992, p.232; Anand S. and Sen A., Human Development and Economic Sustainability, *World Development*, Vol. 28, No. 12, 2000, p.2029

¹⁷⁰ C'est le développement, et non la prédominance de sous-développement persistant, qui en principe devrait être transmis à la génération suivante. Voir à cet effet TI, *op. cit.*, p.54

¹⁷¹ L'équité intergénérationnelle constitue également un aspect important de l'équité sociale et caractérise le plus la durabilité. En ce sens voir supra p.22 et plus en détail Padilla E., *op. cit.*, pp.75 et s., qui suggère entre autres, la mise en place d'institutions protégeant les droits des prochaines générations.

¹⁷² Paula (de) G. O., Cavalcanti R. N., Ethics: essence for sustainability, *Journal of Cleaner Production*, 8, 2000, www.elsevier.com/locate/jclepro, p.109

¹⁷³ Pour cette affirmation voir par exemple McMillan J., *op. cit.*, p.3

¹⁷⁴ John Cairns, Jr., Equity, Fairness, and the Development of a Sustainability Ethos, *op. cit.*, p.237

¹⁷⁵ Kruijff (de) H. A. M. and Van Vuuren D. P., Following Sustainable Development in Relation to the North-South Dialogue: Ecosystem Health and Sustainability Indicators, *Ecotoxicology And Environmental Safety* 40, 1998, p.5

¹⁷⁶ Ehrlich P., *Too Many Rich People: Weighing Relative Burdens on the Planet*, International Conference On Population And Development, Cairo, 5 - 13 September 1994, feature originally appeared in *Our Planet*, Vol. 6, No.3, 1994

de l'environnement ; la pauvreté et la richesse sont toutes mises à l'index¹⁷⁷ par les parties, chacune a tendance à pointer du doigt l'état qui n'est pas le sien.¹⁷⁸ Quoi qu'il en soit, l'on est unanime en ce que ce sont les pauvres qui supportent le plus les coûts de cette dégradation à cause de leur vulnérabilité¹⁷⁹ et la notion de justice sociale indique en conséquence une certaine compensation à leurs égards.

Les institutions sont justement nécessaires ici pour l'accomplissement d'une meilleure justice sociale pour tous les occupants appauvris de la planète, qu'ils soient du Nord ou du Sud, un impératif plus que moral du développement durable. Cela implique une distribution plus équitable des fruits et des coûts de la croissance économique que celle qui existe depuis.¹⁸⁰ Une autre définition du développement durable consiste à le décrire comme la croissance économique qui fournit justice et opportunité pour tous, sans exception et sans détruire davantage les ressources de la nature et leur capacité d'assimilation. Encore une fois, ce sont les institutions à l'origine de formulation de politiques qui sont les plus pertinentes en ce que ces compensations sont en grande partie l'apanage des décideurs politiques. Outre les controverses d'ordre idéologique et philosophique sur la notion d'équité et de sa concrétisation, qui rendent difficile la conquête de cette justice¹⁸¹, la corruption est toujours reconnue comme facteur d'iniquité, de frustration¹⁸² et d'instabilité sociopolitique¹⁸³.

2- Rôle de légitimation

Cependant, une compensation même réussie à elle seule ne suffit pas à désamorcer efficacement les sentiments de frustration et asseoir ainsi une stabilité durable. Pour y parvenir, une plus grande participation des citoyens dans la gestion de leur société est nécessaire. Pour que les plus démunis puissent bénéficier de leur juste part des ressources, une participation populaire à la prise de décisions et une démocratie plus efficace dans les grands choix internationaux sont fondamentales¹⁸⁴.

Il s'agit effectivement de gérer au moindre coût possible les conflits¹⁸⁵ engendrés par les distorsions des marchés en encadrant les discussions et les mouvements concernant la redistribution et la protection sociale. Ces discussions sont aussi à gérer sur le plan international notamment en ce qui concerne l'usage disproportionné des ressources naturelles par le Nord, dont le Sud en réclame une répartition équitable quant aux bénéfices et aux coûts environnementaux. A ce titre, la mondialisation est pointée du doigt non seulement pour ses dommages collatéraux en matière d'injustice sociale et de pauvreté mais aussi par l'inexistence ou même

¹⁷⁷ Korten D., *Sustainable Development, Conventional versus Emergent Alternative Wisdom*, prepared for the Office of Technology Assessment, United States Congress, Washington, DC, The People Centered Development Forum, September 11, 1996, <http://dieoff.org/page1.htm>

¹⁷⁸ Founex, *Development and Environment: The Founex Report*, Switzerland, 4-12 June 1971, p. 1

¹⁷⁹ Kruijf (de) H. A. M. and Van Vuuren D. P., *op. cit.*, p.5

¹⁸⁰ Babington J., *op. cit.*, pp.14,16 et 17

¹⁸¹ Kolodko G. W., *Equity Issues in Policymaking in Transition Economies*, Prepared for Conference on Economic Policy and Equity, International Monetary Fund, Washington, D.C., June 8-9, 1998

¹⁸² Mo P. H., *Corruption and Economic Growth*, *J. Comp. Econ.*, Academic Press, 29(1), March 2001, pp.66-67

¹⁸³ *Ibid.*, p.76

¹⁸⁴ TI, *op. cit.*, p.25

¹⁸⁵ Rodrik D. et Subramanian A., *op. cit.*, p.32

l'impossibilité des discussions sociales constructives sur ces sujets. Les besoins d'équilibre sont laissées à la discrétion des règles du marché et de la concurrence.¹⁸⁶

Les institutions constituent l'arène des discussions constructives et elles sont tout autant indispensables pour transformer le citoyen passif en acteur social agissant pour l'amélioration de la vie sociale.¹⁸⁷ Ce constat confirme le postulat de l'École sociologique française, selon lequel « la science de la société est la science des institutions ».¹⁸⁸ Pour Saint Just, les institutions ont pour objet de mettre dans le citoyen une résistance légale et facile à l'injustice, de les rendre justes et sensibles et de les lier par des rapports généreux, bref elles assoient le règne de la justice.¹⁸⁹ Pour les tendances néo-institutionnalistes, les institutions politiques sont aussi importantes pour permettre les rétroactions politiques (*policy feedbacks*) dans la formulation et l'évaluation des politiques sociales.¹⁹⁰ Pour certaines d'entre elles, les institutions produisent les mécanismes de coordination et génèrent ainsi les équilibres en correction des défaillances des systèmes existants¹⁹¹. Elles offrent de ce fait aux acteurs un cadre stable dans lequel ils peuvent défendre leurs intérêts.¹⁹²

C'est ainsi que les institutions influencent des facteurs tels que l'identité, la connaissance, la capacité et les croyances qui figurent tous parmi les paramètres dans leur formation et leur développement¹⁹³. Encore faut-il que ces institutions soient à leur tour durables pour assurer le développement durable. La durabilité institutionnelle devient aussi critique en ce qu'elle devrait permettre la redéfinition de rôle des institutions sociales dans le processus de développement, y compris leur maintenance, entre autres moyens, par leur protection contre la corruption¹⁹⁴.

B. INSTITUTIONS ET INTEGRITE

Il faut ainsi renforcer les institutions pour leur permettre d'assumer leurs rôles multiples dans le développement durable. A cet effet, tout paramètre et variable utiles dans leur formation, leur changement et leur durabilité méritent d'être pris en compte. Le développement institutionnel reste également une incessante recherche d'équilibre de relations complexes imbriquant règles, valeurs, croyances, individus, organisations et, dans une moindre mesure, associant d'autres éléments non humains. Viser un changement qualitatif et durable requiert cependant la connaissance des éléments les

¹⁸⁶ Paula (de) G. O., Cavalcanti R. N., *op. cit.*, p.109

¹⁸⁷ Turmel A., Le retour du concept d'institution, Un article publié dans l'ouvrage sous la direction d'André Turmel, *Culture, institution et savoir. Culture française d'Amérique.*, Les Presses de l'Université Laval, 1997, p.6

¹⁸⁸ Fournier M., "Les sciences sociales et les institutions. En hommage à Jean-Charles Falardeau." Un article publié dans l'ouvrage sous la direction de Lemieux V., *Les institutions québécoises: leur rôle, leur avenir.* Colloque du 50e anniversaire de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, Les Presses de l'Université Laval, 1990, p.8

¹⁸⁹ Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines*, Transcription d'un cahier manuscrit déposé à la Bibliothèque nationale Paris : Éditions 10/18, collection Fait et cause, Octobre 2003, p.4

¹⁹⁰ Béland D., Néo-Institutionnalisme Historique et Politiques Sociales: Une Perspective Sociologique, *Politique et Sociétés*, vol. 21, no 3, 2002, p.27

¹⁹¹ Lecours A., *op. cit.*, p.12

¹⁹² Gazibo M., Le Néo-Institutionnalisme dans l'analyse comparée des processus de démocratisation, Note de Recherche, *Politique et Sociétés*, vol. 21, no 3, 2002, p.154

¹⁹³ Greif A., *Self-enforcing Institutions: Comparative and Historical Institutional Analysis*, Prepare for presentation in European School on New Institutional Economics (ESNIE), May 2004, pp.5-6

¹⁹⁴ Paula (de) G. O., Cavalcanti R. N., *op. cit.*, p.110

plus déterminants que nombreux travaux ont cherché ou cherchent encore à appréhender.

Dans les champs de l'économie de développement, comme dans les autres disciplines, quelques approches rivalisent quant à trouver les meilleurs moyens d'y parvenir. Quelques institutions semblent recueillir le consensus quant à leur caractère indispensable au développement durable, comme celles relatives aux droits de propriété, au marché et à la concurrence, à la protection sociale, au marché du travail, à la transparence et la redevabilité politique ainsi qu'à la participation citoyenne. Tous s'accordent cependant de l'inexistence de recettes standard applicables dans leur acquisition et dans leur développement. Les bonnes institutions sont celles qui procèdent des connaissances locales, sans toutefois ignorer les leçons apprises par ailleurs.

Cependant, ces expériences semblent indiquer qu'en ayant l'intégrité comme valeur dominante, les institutions sont mieux armées pour orienter les actions vers le développement durable. Ce qui est surtout recherché c'est la capacité d'une institution à stimuler un comportement productif, soucieux de l'environnement et d'autrui. Il est clair qu'un comportement de cette nature ne sera pas obtenu tout simplement par le simple fait de légiférer ni par discours politiques ni par innovation technologique et organisationnelle. Vraisemblablement, il s'obtient par la combinaison de tous ces instruments avec une bonne dose de confiance et de croyance que ceux-ci sont bons et vont être communément adoptés.

Des conditions défavorables peuvent néanmoins amener les institutions à l'autodestruction et entraîner des comportements nocifs au développement. Parmi elles, la corruption figure constamment à la fois comme cause et symptôme de la perversion des institutions¹⁹⁵ et à l'extrême elle serait même devenue l'unique institution qui marche dans certains pays¹⁹⁶, éloignant ceux-ci de la voie vers le développement. En tant que valeur à vertu « immunisatrice » contre la corruption, l'intégrité doit en conséquence rester active au sein des institutions pour qu'elles soient efficaces. Et, en retour, elles seront aptes à jouer le rôle de gardien des valeurs sociales et des comportements conformes, en premier lieu l'intégrité.

I. CORRUPTION, PERIL DES INSTITUTIONS

De ce qui précède, même de manière laconique, le rôle néfaste de la corruption dans les trois éléments du développement durable à travers l'altération des institutions a été aperçu. L'ampleur et la permanence du danger pour toute institution incitent toutefois à comprendre comment la corruption pervertit une institution.

1- Une corruption omniprésente

Hormis une infime partie de la littérature prônant des effets bénéfiques de la corruption, il est actuellement largement reconnu que la corruption n'a que des effets négatifs au développement humain¹⁹⁷. Presque tous les aspects relatifs au

¹⁹⁵ Lambsdorff J. G., How Corruption in Government Affects Public Welfare - A Review of Theories Center For Globalization And Europeanization Of The Economy, *Georg-August-Universität Göttingen Diskussionspapier / Discussion Paper 9*, January 2001, p.5; Akçay S., *op. cit.*, p.29

¹⁹⁶ McMillan J., *op. cit.*, p.1

¹⁹⁷ Cette vision s'avère depuis rejetée par nombreux faits comme le résume Wei S-J. in *Corruption in Economic Development: Beneficial Grease, Minor Annoyance, or Major Obstacle?* Harvard University and National Bureau of Economic Research, 1998, <http://www.nber.org/~wei>, p.14

développement, tels l'investissement, la fiscalité, le commerce, l'inflation, la mortalité infantile, les dépenses publiques en éducation et santé, les revenus, les infrastructures et beaucoup d'autres, ont été analysés quant à leur rapport avec la corruption, mettant ainsi en évidence l'existence de relations négatives¹⁹⁸. A l'analyse, ces impacts négatifs sont plutôt les produits des institutions en proie avec la corruption, qu'elles soient de nature politique, économique ou sociale.

La corruption étant définie comme l'utilisation abusive de pouvoir délégué à des fins privées, les institutions politiques qui organisent ces pouvoirs sont supposées parmi les plus vulnérables. Aucune manifestation de cette délégation, de son acquisition jusqu'à son utilisation et son contrôle, n'est à l'abri de la corruption. En démocratie par exemple, les élections peuvent ne pas exprimer le choix des électeurs lorsque les règles électorales et les structures correspondantes n'arrivent pas à circonscrire l'achat de vote, les fraudes concertées et le financement illicite des campagnes électorales. Les élus de ces manières seront plutôt redevables aux intérêts qui les ont fait élire et non aux électeurs. C'est ainsi que l'on a pu avancer que la corruption rend la démocratie sans effet sur le développement¹⁹⁹.

La bureaucratie, par les relations de hiérarchie et de contrôle qu'elle met en place, est une manifestation courante des contraintes institutionnelles. En présence de corruption, notamment dans la procédure de nomination aux postes clés, ces arrangements bureaucratiques, y compris la décentralisation considérée comme un moyen de minimiser sa présence²⁰⁰, n'assurent pas l'effectivité des règles. A l'inverse, ils permettent aux usagers d'échapper à leurs responsabilités²⁰¹. Pareillement, l'on ne peut pas parler d'Etat de droit lorsque la justice est sensible à l'interférence des intérêts politiques ou économiques²⁰². Etant donné qu'un système juridique efficace est considéré comme crucial pour réduire la corruption, l'influence de cette dernière au premier rend les choses plus complexes²⁰³.

Cette faiblesse du système juridique entraîne inéluctablement des dégâts considérables sur le plan économique lorsqu'elle n'assure pas la force des contrats et la protection des droits de propriété. D'autres mesures macroéconomiques peuvent aussi être handicapées, comme la privatisation²⁰⁴, la libéralisation du commerce²⁰⁵, par des comportements prédateurs des politiciens, bureaucrates et entrepreneurs. En matière de concurrence par exemple, l'Etat lui-même, à travers des subventions et des détaxations, peut créer des distorsions notamment lorsque les mesures prises sont guidées par des intérêts privées. En matière de commande publique, particulièrement dans les pays en développement où l'Etat reste le gros dépensier, les

¹⁹⁸ Akçay S., *op. cit.*, pp.30 et s.

¹⁹⁹ Lorenzo Pellegrini L. and Gerlagh R., *op. cit.*, p.16

²⁰⁰ Carbonara E., *Corruption and Decentralization*, Wadham College, University of Oxford Dipartimento di Scienze Economiche, Università di Bologna, Working paper, September 1999, pp.12, 20 et 25

²⁰¹ , Stephen M., *op. cit.*, pp.2 et 3

²⁰² Dakolias M. and Thachuk K., Attacking corruption in judiciary: a critical aspect in judicial reform, *HeinOnline* – vol.18, n°2, *Wisconsin International Law Journal*, 353, 2000, pp.362 et s.

²⁰³ Herzfeldt T., Weiss C., Corruption and legal (in)effectiveness: an empirical investigation, *European Journal of Political Economy*, Vol. 19, 2003, pp.621 et 629

²⁰⁴ Tavares S. C., Do rapid political and trade liberalizations increase corruption? *European Journal of Political Economy*, 2006, p.4; Bjorvatn K. and Søreide T., Corruption and privatization, *European Journal of Political Economy*, Vol. 21, 2005, p.904 ; Glinkina S. P., Privatizatsiya and Kriminalizatsiya: How Organized Crime is Hijacking Privatization. *Demokratizatsiya*, 2(3), 1994, pp.388 et s.

²⁰⁵ Damania R., Fredriksson P. G. and List J. A., *op. cit.*, pp.16-17 et 26

règles sont facilement détournées lorsque des intérêts partisans ou économiques peuvent influencer l'attribution des marchés²⁰⁶.

En ce qui concerne le volet social, toutes les institutions peuvent également être envahies par la corruption et ne plus arriver à assumer leur rôle de légitimation et de résolution des conflits. Par exemple, la protection des travailleurs peut illustrer l'influence de la corruption entre agents privés lorsque les représentants des travailleurs sont à la solde des patrons et ignorent les intérêts collectifs des salariés²⁰⁷. En matière de participation, le système associatif et des ONG connaissent également des dérives dues à la mise au profit des intérêts individuels de leurs dirigeants au détriment de ceux des associations et de leurs objets²⁰⁸. Le système éducatif, qui devrait assurer le développement à long terme par la préparation des relèves, peut aussi être pervertie par la corruption au niveau de la sélection et de l'accréditation²⁰⁹. La corruption semble aussi omniprésente dans le secteur de santé, n'épargnant ni pays riche ni pays en développement. Les plus pauvres sont toujours gravement affectés en raison de leur incapacité de payer des services supposés gratuits ou de se faire soigner par des services privés lorsque la corruption a délabré les services de santé publics²¹⁰.

2- Les points d'attaque de la corruption

Quelle que soit la définition considérée de l'institution, la corruption peut toujours s'y accommoder. Définie en tant que règles de jeu, la corruption peut même s'y substituer ou dans une moindre mesure les rendre ineffectives²¹¹. Prise en tant qu'acteurs de jeu, elle peut altérer les relations en rendant non ou moins contraignante la structure. La corruption influence ainsi le comportement individuel ou collectif dans le sens des intérêts individuels non désirables. Désignée en tant que croyance collective partagée, la corruption installe l'incrédulité sur la bonne convergence des actions et suscite la méfiance générale. L'on se demande alors comment la corruption opère pour être susceptible d'altérer toute institution.

En effet, si la corruption peut s'installer dans n'importe quelle institution, en tant que système, c'est que quelque part, elle agit sur des points de base communs à toute institution dont la qualité en fin de compte repose sur celle de ses acteurs. La corruption sape la confiance et partant détruit la culture des efforts. Elle incite à la culture du gain facile et détourne les règles et les politiques de leurs objectifs économiques et sociaux²¹². Il a été montré que les sociétés à niveau de confiance élevée, notamment à autrui, au cadre juridique, aux institutions étatiques, à la société civile et entre les opérateurs économiques, s'avèrent moins corrompues²¹³.

²⁰⁶ Auriol E., Corruption in procurement and public purchase, *International Journal of Industrial Organization*, 24, 2006, pp.868 et s.

²⁰⁷ Wei S-J., *op. cit.*, p.12

²⁰⁸ SCPC, Les dérives du monde associatif, *rapport annuel 2002*, pp. 15 et ss.

²⁰⁹ Heyneman S. P., Education and corruption, *International Journal of Educational Development*, 24, 2004, pp.638 et s.

²¹⁰ TI, *Rapport mondial sur la corruption 2006 : Corruption et santé*, Résumé, Éditions Economica, 2006, www.globalcorruptionreport.org, p. xvii

²¹¹ Lopez R. and Mitra S., Corruption, Pollution, and the Kuznets Environment Curve, *Journal of Environmental Economics and Management* 40, 2000, <http://www.idealibrary.com>, p.172

²¹² Seka P.R., *Corruption, croissance et capital humain: Quels rapports?* Université de Cocody, UFR-SEG, p. 9

²¹³ Sur ce point, il existerait cependant une différence entre la confiance générale et la confiance particulière qui favoriserait la corruption, voir Tonoyan V., *The Bright and Dark Sides of Trust : Corruption and*

Cependant, la confiance repose en grande partie sur la réciprocité en matière de coopération et d'attente concernant le comportement d'autrui. Ainsi elle n'explique pas d'une manière satisfaisante la différence de corruptibilité des agents²¹⁴.

Ainsi, placés dans des mêmes conditions et systèmes, un acteur indûment influencé adopte attitude et comportement privilégiant l'intérêt individuel au mépris de l'intérêt général tandis qu'un autre choisit une conduite contraire. Généralement, on attribue cette différence de conduite face à la corruption à la différence de culture qui elle détermine les valeurs²¹⁵. En somme, la corruption participe à l'effondrement des valeurs sociales dont l'intégrité qui, en premier rang, suppose le respect de règles et de l'intérêt public. La dénaturation du cadeau illustre bien la manière dont la corruption pervertit les valeurs. Nulle société n'ignore la culture de cadeau en tant symbole particulière d'estimation, d'affection ou de réciprocité. Un élève en très bas âge peut offrir un cadeau à sa maîtresse d'école soit pour une réelle affection soit dans l'espoir d'un traitement particulier, comme une meilleure notation. Dans ce dernier cas, il est évident que la culture d'intégrité déjà acquise par l'enfant et celle qui prévaut dans l'école contribuent grandement à le prévenir ou à le corriger.

II. INTEGRITE DES INSTITUTIONS, CONDITION DE LEUR EFFICIENCE

Après avoir constaté que la corruption constitue un risque permanent pour l'efficacité des institutions, démontrer l'importance de l'intégrité pour avoir l'efficacité des institutions accroît le risque de redondance, même à l'aide d'un raisonnement *a contrario*. Il paraît évident que la réactivation de la valeur intégrité contribue grandement au développement des institutions. Néanmoins, développer les institutions reste encore le centre d'intérêt de beaucoup de recherches attribuant à de nombreux facteurs le changement institutionnel. D'une manière pragmatique, l'on suggère fortement que donner la priorité à la réactivation de la valeur intégrité pour avoir sa prédominance dans une institution est une nécessité pour son développement et son efficacité.

1- Les voies de changement des institutions

Comme il a été mentionné ci-dessus, vu leur importance dans le processus de développement, la construction et le renforcement des institutions demeurent encore l'objet de plusieurs programmes de recherche impliquant toutes les disciplines des sciences humaines et sociales. La principale question qui se pose est la suivante : comment les bonnes institutions sont-elles créées, transformées et reproduites ?²¹⁶

Entrepreneurship - A Cross-Cultural Comparison of Emerging vs. Mature Market Economies, Institute for Small Business Research, University of Mannheim. Article presented at the "International Conference on Trust and Entrepreneurial Behavior in East and West European Economies: Concepts, Developments and Comparative Aspects", University of Bremen, September 26 - 27. 2003

²¹⁴ Une étude expérimentale a montré des différences de corruptibilité attribuée à certains facteurs de catégories professionnelles et de genre, voir Frank B. and Schulze G. G, *How Tempting is Corruption? More Bad News About Economists*, Diskussionsbeiträge Aus Dem Institut Für Volkswirtschaftslehre (520), Universität Hohenheim Stuttgart, Nr. 164, Issn 0930-8334, April 1998

²¹⁵ Collier M. W., Explaining corruption: An institutional choice approach, *Crime, Law & Social Change* 38, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2002, pp.6 et s.; Steidlmeier P., Gift Giving, Bribery and Corruption: Ethical Management of Business Relationships in China, *Journal of Business Ethics* 20, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp.121 et s.

²¹⁶ Lecours A., *op. cit.*, p.10

Elle reste d'actualité puisque si les institutions ne sont que des éléments structurels de la société construites par les humains, pourquoi s'avère-t-il si difficile de concevoir des institutions de qualité et de les mettre en œuvre. L'on arrive même jusqu'à se demander si la persistance de mauvaises institutions n'est pas en elle-même une institution ?²¹⁷ Il faudrait alors souligner que les institutions, mêmes caractérisées par leur permanence²¹⁸, sont aussi en permanente « crise »²¹⁹. Ce qui importe toutefois c'est de savoir canaliser cette dynamique vers le sens du développement et non la stagnation, voire la régression.

Le changement des institutions peut à la fois avoir comme origine des facteurs exogènes, comme le changement de l'environnement où évolue l'institution, et des facteurs endogènes qui résultent plus de la dynamique entre les acteurs²²⁰. D'une manière générale, l'on classifie trois grandes tendances dans l'explication du changement institutionnel : la tendance historique, la tendance sociologique et la tendance du choix rationnel. Pour l'institutionnalisme historique, les institutions sont le produit de processus historiques concrets caractérisés par des dynamiques conflictuelles. C'est ainsi que dans le domaine politique, cette tendance propose que les règles politiques formelles et les politiques publiques établies soient la source de contraintes institutionnelles infléchissant les stratégies et les décisions des acteurs politiques. A son tour, la variante du choix rationnel considère que les institutions sont érigées afin de corriger une faiblesse systémique. Elles sont utiles pour créer un contexte optimal pour les acteurs qui, par la suite, les transforment lorsqu'ils les estiment inefficaces. Le changement institutionnel est ainsi le produit d'une politique volontariste des acteurs. La branche sociologique suggère enfin que les institutions se transforment de façon à accroître leur pertinence dans la société. Ainsi, elles s'adaptent aux changements dans les pratiques sociales et dans l'ordre culturel.²²¹

L'acquisition d'institutions reste encore difficile, justifiant sans doute l'apport limité de ces théories aux décideurs de bonne foi. En effet, il s'agit non seulement de construction et de changement de comportement des agents institutionnels mais des conflits d'intérêts entrent aussi en jeu²²². Le changement de comportement demeure alors un domaine complexe et compliqué qui fait entrer en jeu plusieurs paramètres²²³ et variables. L'étude du processus relève de disciplines différentes, s'ignorant parfois mais nécessairement complémentaires pour pleinement appréhender le phénomène.

2- Intégrité, condition de renforcement des institutions

Selon une conception dominante le changement initié à l'interne d'une institution assure mieux l'efficacité et la durabilité. Cette amélioration ne peut de façon optimale être obtenue que sur le changement opéré au niveau des croyances collectives déterminées par les paramètres de valeur commune, dont et primordialement

²¹⁷ Aoki M., *op. cit.*, p.1

²¹⁸ Lecours A., *op. cit.*, p.12

²¹⁹ Laurin N., Le démantèlement des institutions intermédiaires de la régulation sociale : Vers une nouvelle forme de domination, *Sociologie et sociétés*, vol. XXXI, n° 2, automne 1999, p.66

²²⁰ Greif A. and Laitinj D., A Theory of Endogenous Institutional Change, *CDDRL Working Papers*, No 15, August 2004, p.18

²²¹ Lecours A., *op. cit.*, pp.12-14

²²² North D.C., A Transaction Cost Theory of Politics, *Papers* 144, Washington St. Louis - School of Business and Political Economy, 1990, p. 16

²²³ Greif et Laitinj introduisent en outre la notion de quasi-paramètres qui déterminent plus le changement endogène des institutions, voir Greif A., Laitinj D., *op. cit.*, p.3

l'intégrité²²⁴. Quel que soit le point de vue sur le sens des relations causales entre corruption/intégrité et défaillances des institutions²²⁵, installer en priorité la valeur intégrité devrait conditionner la réussite des autres mesures de renforcement des institutions.

En effet, plusieurs outils sont disponibles pour le renforcement des institutions mais ils sont souvent utiles pour des changements au niveau de l'organisation, du leadership, des ressources et des capacités. Dans le domaine public, on parle de réformes des institutions par la recherche de performance, par la mise en place de procédures allégées, la transparence des décisions, la redevabilité des acteurs et l'injection de ressources²²⁶. Dans une société où la corruption est systémique, il est certain que les meilleures mesures de réforme conçues pour réduire l'incidence de la corruption auront de grandes chances d'être mises en œuvre par des responsables corrompus. Sans se préoccuper en premier lieu de l'intégrité des acteurs, le résultat en serait que la corruption se réformera aussi pour devenir plus performante aux dépens des objectifs de la réforme.²²⁷

Conscient de cette primauté de l'intégrité, les récents instruments de mesure de la qualité institutionnelle d'un pays intègrent constamment le niveau de corruption ou l'honnêteté des institutions. En substance, ils retiennent la corruptibilité comme variable important. Ce qui peut suggérer qu'il convient de prioriser la lutte contre la corruption pour faire activer la valeur intégrité²²⁸ et avoir ainsi les effets bénéfiques au développement. Toutefois, la lutte contre la corruption, *ex-post* notamment, a sans doute longtemps existé avec l'apparition du phénomène ou plus correctement avec la prise de conscience de ses effets néfastes. L'exemple de nombreux pays en développement comme Madagascar le montre, cette démarche n'a pas réussi à faire régner l'intégrité en tant que valeur sociale fondamentale. Au contraire, si l'on veut durablement maîtriser la corruption dans la société, il faudra activer l'intégrité comme

²²⁴ Buscaglia E. & Dakolias M., *An Analysis Of The Causes Of Corruption In The Judiciary*, 20178, Legal and Judicial Reform Unit, Legal Department, The World Bank, August 1999, p.2

²²⁵ Deux visions différentes existent sur ce point, la première considérant la corruption, donc le déficit d'intégrité, comme un symptôme de défaillance des institutions et la seconde considérant la corruption comme cause de faiblesse des institutions. Sur le plan stratégique, la première vision se focalisera à renforcer l'efficacité des institutions et aura comme effet la réduction de la corruption et comportera des traitements symptomatiques des manifestations de la corruption sans la considérer comme une priorité et sans se préoccuper directement de la valeur intégrité. Elle soutient que les mesures de gouvernance contribuent à la lutte contre la corruption, voir en ce sens Kaufmann D, *Revisiting Anti-Corruption Strategies: Tilt Towards Incentive-Driven Approaches? Corruption & Integrity Improvement Initiatives In Developing Countries*, p.72 ; et aussi SEKA P. R., *op. cit.*, p.8. La seconde consistera à promouvoir l'intégrité, y compris la lutte contre la corruption comme traitement de choc, en tant que priorité et point d'entrée pour renforcer les institutions.

²²⁶ Exemple du programme PAIGEP à Madagascar dont les objectifs consistent à appuyer le Gouvernement dans l'exécution de la réforme économique et l'amélioration de l'administration publique: en améliorant la qualité et la quantité de services publics de base tout en réduisant en parallèle l'implication du secteur public dans les activités productives; en facilitant le processus de décentralisation à moindre coût et en encourageant la participation à la programmation et la gestion locale du processus de développement ; en restaurant " l'Etat de droit " et en sécurisant les investisseurs locaux et étrangers par la mise en place d'un système juridique et judiciaire indépendant et plus efficace.

http://www.banquemoniale.org.mg/Bonne_gouvernance_et_Institutions_solides_PAIGEP.htm

²²⁷ Pour un avis contraire voir Kaufmann D., *op. cit.*, p.72. Toujours sur ce point, certains experts voient une différence entre mesures anti-corruption qui consisteraient directement à extirper celle-ci d'une institution (par exemple la répression des corrompus, l'élimination des opportunités de corruption dans les systèmes et procédures ainsi que l'éducation sur les effets néfastes de la corruption et la nécessité de la combattre ensemble) avec les mesures de gouvernance qui contribueraient de manière indirecte mais durable à la réduction de la corruption.

²²⁸ Dietz S., Neumayer E. , and Soysa (de) Indra, *Corruption, the Resource Curse and Genuine Saving*, January 2006, p.17

valeur fondamentale au sein des institutions qui, renforcées, deviennent à leur tour gardiens de l'intégrité.

L'intégrité devrait ainsi constituer une valeur partagée au sein d'une institution. Cette dernière la fera alors prévaloir dans ses relations avec les autres institutions dans un contexte de gouvernance. Une gouvernance qui se conçoit comme les capacités de la matrice institutionnelle à implémenter des politiques publiques, appliquer les règles et améliorer la coordination du secteur non étatique²²⁹. Certainement, la prévalence de l'intégrité remet en selle la confiance aux acteurs institutionnels qui sont dotés de plus de légitimité et de capacité à conduire les autres mesures de développement. Elle ne pourra néanmoins être obtenue que par des stratégies adaptées et parfaitement mises en œuvre.

L'importance de l'intégrité dans le développement durable par la fortification des institutions implique qu'elle mérite une protection appropriée. Ce qui importe, néanmoins, c'est d'apprécier dans quelle mesure l'intégrité mérite-t-elle une haute protection au même titre que les autres intérêts juridiques fondamentaux de la société, tels que la propriété et la vie²³⁰.

SECTION 2- L'INTEGRITE, UNE VALEUR UNIVERSELLE DIGNE DE PROTECTION PENALE

A Madagascar, le premier document stratégique de lutte contre la corruption en 2004²³¹ a eu pour ambition de rendre la corruption immorale et anormale en protégeant les valeurs de probité et d'intégrité. Parmi les objectifs fixés figure l'inversion de la tendance actuelle considérant ce phénomène comme une voie normale, incontournable, et à l'inverse comme des exceptions, la droiture, l'intégrité et la probité. Elaboré d'une manière largement participative, le manifeste suppose que, dans la société malagasy, ces valeurs morales ont cédé le terrain à la corruption depuis un certain temps. Ainsi, la marginalisation de la corruption contribuera à propager la probité et l'intégrité au sein de la société qui pourra dès lors les protéger durablement.

Avant d'apprécier la place de la valeur intégrité dans l'échelle des valeurs nationales (B), il convient tout d'abord de tracer les contours des valeurs pénalement protégées (A).

A. NOTIONS SUR LES VALEURS SOCIALES PROTEGEES

On a prétendu que la valeur tiendrait essentiellement à quelque caractère constitutif de la chose à laquelle elle est attribuée. En somme, la valeur d'une chose

²²⁹ Ahrens J. and Mengerlinghaus P., Institutional change and economic transition: Market-enhancing governance, Chinese style, *The European journal of comparative economics*, vol.3, n°1, 2006, pp.77-78

²³⁰ La CEDH, en matière de restriction aux droits fondamentaux des individus, a estimé « insuffisante la protection du droit civil dans le cas des méfaits du type de celui de la requérante a été victime » et que « seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire dans le domaine des valeurs fondamentales et des respects essentielles de la vie privée ». (CEDH, arrêt X et Y c/ Pays-Bas, du 26.3.1985, série A, n°91, 24-27). Dellis G., *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif*, Bibliothèque de droit public, tome 184, L.G.D.J, 1997, p.89.

²³¹ CSLCC, *Stratégie Nationale de Lutte Contre la Corruption 2004-2005*, Axes stratégiques et programmes d'actions, Tome 2, 2004, p.9

serait simplement la constatation des effets qu'elle produit en raison de ses propriétés intrinsèques²³². Cette définition peut s'appliquer aussi bien à l'être humain qu'à la société, auxquels cas les valeurs respectives ne pourront être vraiment appréciées qu'en présence de citoyens capables de jugement. Elles peuvent alors constituer les valeurs sociales dignes de protection.

I. VALEURS SOCIALES

Prise isolément, une valeur prend le qualificatif « sociale » si elle conditionnait le bon fonctionnement d'une société et, ainsi, son absence caractériserait une société qui fonctionne mal²³³. En réalité, composée de personnes différentes mais semblables, chaque société est unique en son genre et possède ainsi ses valeurs propres. Elles sont qualifiées nationales dans le cercle d'une nation, mais il semblerait qu'elles reposent toutes sur un système de valeurs universelles.

1- Valeurs universelles

Il paraît hasardeux de parler de valeurs universelles étant donné l'inexistence de sociétés identiques. Cependant, on a pu noter l'existence de valeurs communes²³⁴ qui constitueraient toute société et qui le conserveraient. En effet, capable des applications les plus variées, la valeur trouverait sa place dans la sphère de l'économie politique, dans celles de la morale, de l'art, de la religion sans qu'aucune d'elles ne puissent la retenir prisonnière. Et c'est pourquoi il a été dit qu'il existerait un monde des valeurs²³⁵.

L'on est parvenu à distinguer plusieurs sens que pourrait prendre l'expression « valeurs sociales »²³⁶. Parmi eux, il y a ce qui accorde l'importance aux valeurs qui font qu'une société soit saine, en bonne santé, et fonctionnelle. Il y est distingué ensuite les valeurs « moyens », qui serviraient à développer les valeurs « qualités »²³⁷, des valeurs « fins » hiérarchisées en qualités corporelles, qualités morales, qualités intellectuelles et qualités religieuses²³⁸. En réalité, toutes ces valeurs s'organisent pour l'existence ou la facilité de deux constantes originales: la vie et la liberté, individuelle ou sociale, qualifiées de valeurs « conditions ». Il est évident que ces dernières se retrouvent dans toute société constituée qui se distingue par le mode de protection qu'elle leur accorde.

²³² Durkheim É., *Jugements de valeur et jugements de réalité*, 1911, pp.4 et 5

²³³ Blais M., *L'anatomie d'une société saine, Les valeurs sociales*, 1983, pp.159-160

²³⁴ Blais M., *op. cit.*, p.103 et s.

²³⁵ Bouglé C., *op. cit.*, p.14

²³⁶ Au premier sens de l'expression, les valeurs sociales seraient des qualités qui habilitent un individu à vivre en société, comme la franchise, la justice, l'amitié, la solidarité et qui seraient des qualités morales que le citoyen doit pratiquer parce qu'il vit en société; au deuxième sens, elles seraient des avantages innombrables et hétérogènes que retire le citoyen: le registre des valeurs sociales s'étend de la cueillette des vidanges jusqu'à l'accès aux honneurs, en passant par toute la litanie des avantages matériels, intellectuels et moraux que procure la vie en société. Blais M., *op. cit.*, p.14

²³⁷ Pour d'autres, une valeur n'est autre qu'une qualité recommandable. Voir Vadi M. and Jaakson K., *The Importance Of Value Honest: Determining Factors And Some Hints To Ethics*, ISBN 9949-11-263-X, Tartu University Press, 2006, Order No. 68, p.8

²³⁸ Un autre auteur ayant réalisé un panorama de la littérature américaine sur les valeurs les a classifié également en deux catégories : les valeurs terminales et les valeurs instrumentales. Pour chaque classe, il a distingué 36 valeurs. Voir Rokeach M., *The Nature of Human Values*, The Free Press, 1973

Il aurait été difficile auparavant de détecter l'existence de valeurs que l'on peut retrouver dans n'importe quelle société, certes sous des manifestations différentes, c'est-à-dire des valeurs communes à toutes les sociétés. Actuellement, le monde devient un village où presque tout fait majeur d'intérêt se sait et se transmet sans barrière temporelle. Avec le développement spectaculaire des moyens de communication, on peut déceler des valeurs qui se ressemblent ou du moins rassemblent. En définitive, ce sont les authentiques valeurs morales qui sous-tendent les autres valeurs sociales. L'Homme étant surtout un être moral, ce sont les valeurs morales qui, malgré tout, font que la communauté mondiale fonctionne et s'organise tant bien que mal.

Laissons aux philosophes le soin de s'étaler sur les valeurs morales, de les décrire, de les arranger et d'en débattre. Contentons-nous ici de constater que certaines valeurs peuvent se trouver dans toutes les sociétés constituées sans pour autant prétendre avoir l'authenticité ni l'exhaustivité. La prudence, la justice, le courage et la tempérance sont, semble-t-il, fondamentaux²³⁹ mais, certainement, ils ne constituent que des bases. D'elles peuvent se découler tant d'autres tout autant essentielles sinon importantes, l'Intégrité en faisant partie. D'aucuns affirment que ces valeurs persistent également à travers le temps malgré les superstitions, les coutumes, les institutions et les législations les plus diverses. On les considère aussi comme des sentiments qui seraient le patrimoine fondamental de tout homme normal venant au monde. On n'a pu en citer que deux : un certain minimum de pitié et un certain minimum de probité²⁴⁰. On peut enfin affirmer que toute société cherche l'équilibre entre les intérêts de l'individu, membre, et ses propres intérêts. C'est dans cette démarche que d'autres valeurs qui sont propres à elle peuvent se dégager.

2- Valeurs nationales

Actuellement, le monde des humains est plutôt organisé en Etats, composés par des divers corps sociaux, qui se forment essentiellement autour d'intérêts divers. Toutefois, dans cette envergure, on peut dire que seule la Nation se fonde autour des vraies valeurs unificatrices, quelles qu'elles soient. Des valeurs qui se confondent ou se greffent sur les valeurs universelles. Un Etat peut en effet se dissiper lorsque les intérêts dominants ne peuvent plus retenir les membres dans ses liens tandis qu'une Nation, sauf le cas de cataclysme, résiste à tous les artifices d'assemblage. Elle se reconstitue tout naturellement lorsque les circonstances le permettent. C'était le cas pendant la dislocation de l'ensemble soviétique où de nouveaux Etats se sont formés sur des bases nationales, unis par un système de valeurs fondamentales communes mais spécifiques à l'ensemble. Le physique, la langue, les coutumes, les arts, la religion sont comme tant d'autres ces facteurs unificateurs qui évoluent avec le temps et les circonstances.

A Madagascar, à l'instar d'autres îles, la géographie a certainement contribué à l'organisation de cette convergence et on retrouve des similitudes unificatrices sur les valeurs des groupes sociaux, clans, ethnies ou peuplades, qui se sont au fil du temps unis dans la nation malagasy. Tout malagasy, de quel groupe ethnique qu'il soit, se sent fier de dire que la langue *Malagasy*, le *Fihavanana*²⁴¹, le *Firaisankina*²⁴², le

²³⁹ Alain, *Philosophie*, Paris, PUF, tome II, 1955, p. 38

²⁴⁰ Tarde G., *La philosophie pénale*, édition électronique réalisée du livre publié en 1890, *La philosophie pénale*, (1890). Paris: Éditions Cujas, 1972 ; <http://www.uqac.quebec.ca/>, p. 59

²⁴¹ Voir infra p.83 sur cette valeur

*Rariny*²⁴³, le concept *ny Fanahy no maha olona*²⁴⁴, et le culte des ancêtres, *le Razana*²⁴⁵, sont des valeurs qui leurs sont communes et spécifiques. Actuellement, on peut certainement parier que les liens géographiques des frontières ne seraient plus déterminants dans le maintien de cette unité nationale. Des malgaches expatriés se reforment en diaspora dans plusieurs endroits du globe. Par ailleurs, l'on ne pourra pas affirmer d'une manière simpliste que cette unité soit principalement le résultat de la colonisation et du travail d'unification politique au temps des royaumes. On ne peut prétendre former une langue si bien structurée qui a pu être transcrite en caractères différents, des coutumes similaires et d'autres valeurs communes en l'espace d'un siècle ou plus et dans un espace géographique aussi vaste.

Tout naturellement, les membres d'une même Nation se reconnaissent par des traits caractéristiques parfois indéfinissables et sont enclins à en être jaloux lorsque leurs valeurs communes sont mises en cause.

II. PROTECTIONS

Les atteintes aux valeurs sont innombrables et, contre elles, des protections de nature variée s'avèrent nécessaires, comprenant la protection pénale. Il faudra cependant bien délimiter le domaine de cette dernière pour minimiser le risque d'être elle-même source d'atteintes à certains biens fondamentaux.

1- Atteintes variées

Toutes ces valeurs, biens ou intérêts dont une société dispose se trouvent en permanence sous la menace d'atteintes d'origines diverses et justifient la vigilance sociale. Mises à part les causes naturelles, les atteintes sont le fait des membres de la société elle-même ou ceux d'une autre société. Les atteintes sont aussi causées par la méconnaissance du système hiérarchisé des valeurs posé par la société, l'ordre social. Par exemple, quand un individu tue un autre pour lui dérober sa fortune, c'est placer la propriété au dessus de la vie. Une personne qui ne respecte pas les termes d'un contrat place prioritairement ses intérêts personnels face à la justice.

La vie ayant comme aboutissement naturel la mort peut aussi l'avoir comme contradicteur.²⁴⁶ Ainsi, dès les premières expériences familiales et communautaires de l'homme, la vie faisait déjà l'objet d'un écourtement provoqué par autrui, le meurtre. L'histoire sanglante du siècle dernier, avec deux guerres mondiales et des crimes contre l'humanité, a encore donné raison aux biologistes qui avancent que l'être humain est l'une des rares espèces, sinon la seule, qui tue froidement son semblable en dehors tout instinct de conservation. Une communauté, voire même une population toute entière, peut ainsi être exterminée à défaut de protection appropriée contre l'homicide. On peut en dire autant sur la liberté, si l'on considère tout simplement l'histoire de l'esclavage et de la colonisation.

²⁴² Litt. signifie la cohésion sociale

²⁴³ Littéralement traduit en français par Equité

²⁴⁴ Dans la conception malgache, c'est le Fanahy (difficilement traduit par Esprit) qui constitue essentiellement l'humain.

²⁴⁵ Litt. signifie Ancêtre

²⁴⁶ Des adages tels que « *lahitokana ny aina* » (tard. « La vie est fils unique ») et « *tsy misy mamy noho ny miaina* » (trad. « il n'y a de plus précieux que la vie »), la société malagasy met tout au premier plan des valeurs la vie humaine.

Concernant les valeurs morales qui semblent être les antidotes des vices, considérés comme ennemis du bon citoyen et d'une société saine, les atteintes contre les premières correspondent à la prépondérance ou au développement des derniers. La liste de la contradiction est longue : la justice aux antipodes de l'égoïsme, l'honnêteté face à la malhonnêteté, le courage contre la peur, la tempérance atténuant les désirs, la probité souffrant de l'improbité et l'intégrité contre la corruption. D'autres valeurs sociales telles que l'intégrité corporelle, la propriété, l'argent et le pouvoir connaissent également des ennemis que la société doit vaincre ou maîtriser afin d'assurer sa conservation²⁴⁷. Elle doit se protéger contre les coups et blessures volontaires, le vol, l'anarchie...La protection efficace s'obtient alors durablement par la sauvegarde des valeurs essentielles ci-dessus.

En état de nature, l'individu protège instinctivement ses biens ou les valeurs qui lui sont précieuses par la légitime défense. Placé dans le contexte sociétal, il s'efface au profit de la société afin d'éviter la loi de la jungle. Si la société faillit à cette mission de protection, l'individu reprend sa place car, ainsi qu'il est coutume de le dire, la nature a horreur du vide. À cet instant, la question sur le bon fonctionnement de la société, sur son utilité et sur son existence même se pose d'une manière cruciale. Sous peine de dysfonctionnement ou au pire de désintégration, le corps social en danger se protège et organise ses moyens de défense. Tout comme le corps humain qui organise sa protection contre l'attaque des virus et microbes. Cette protection de la société peut prendre des formes variées.

2- Nature de la protection

La protection des valeurs sociales consiste à maîtriser les comportements attentatoires pour qu'ils ne constituent pas une menace au fonctionnement et à la conservation de la société. Son ultime objectif reste néanmoins à obtenir une conformité des comportements individuels avec les conduites exigées par le respect des valeurs. Les normes sont érigées en conséquence pour formuler et encadrer les conduites acceptables et elles sont de nature variée.

a. Les normes non contraignantes

Selon les adeptes du droit naturel, cette protection se fait par la formation spontanée des règles qui s'adressent intuitivement à n'importe quelle tendance pouvant porter atteinte à la société et à ses membres. Ces règles, aussi sous forme de principe d'obligation, d'instinct ou de sens moral²⁴⁸, seraient avant tout destinées à faire agir²⁴⁹, dans le sens des valeurs sociales. Pour les plus cyniques, les règles seraient faites pour la transgression et il faudrait alors les faire respecter. On a préconisé l'art de l'enseignement qui inculque ces règles de conduite et les moyens d'y conformer nos actions²⁵⁰. Pris dans un sens moral et au figuré, la règle ne serait autre chose qu'un principe, une maxime, qui fournirait à l'homme un moyen sûr et abrégé pour parvenir au but qu'il se propose²⁵¹. En cas de violations des règles

²⁴⁷ Sartre J-P, *Situations*, III, Paris, Gallimard, 1969, Matérialisme et révolution, p. 194

²⁴⁸ Burlamaqui J.J, *Principes de droit naturel*, P U, Caen, 1998, p.140

²⁴⁹ Durkheim É., *Introduction à la morale*, p. 9

²⁵⁰ Burlamaqui, *op. cit.*, p.30

²⁵¹ *Ibid.*, p.44

morales, on avance les sanctions morales que sont le remords, la réprobation et le blâme.

Avec tous les caractères qu'on a bien voulu lui donner²⁵², pour diverses raisons, la loi morale ne semble évidemment pas à elle seule être en mesure de gouverner une société²⁵³. Les actes attentatoires aux valeurs ou intérêts sociaux échappent souvent au bon sens et le sont au mépris des sanctions morales. Il y a lieu dès lors de prendre d'autres mesures nécessaires pour détourner les individus de ces agissements, et pour que ceux-ci (surtout les plus graves d'entre eux) ne se reproduisent pas²⁵⁴.

b. Les normes juridiques

Aux confins des mesures préventives du premier plan²⁵⁵, et seulement si le but n'était pas atteint, que l'on aurait recours aux mesures contraignantes. L'on pénètre ainsi dans le domaine du juridique lorsqu'il s'agit d'opposer des sanctions contraignantes. Les sanctions juridiques renforcent l'effectivité des normes juridiques posées par la société pour réguler les conduites de ses membres en complément et/ou en supplément des normes morales²⁵⁶. Leurs applications pourraient cependant être à la source du dysfonctionnement de la société, dans le cas où elles ne sont pas organisées et laissées à l'état naturel. Le ravage de la loi du talion sur la justice est connu. Il semblerait qu'à cause de sa permanence, la société se fut tout d'abord organisée pour répondre aux atteintes criminelles et que, au fur et à mesure, elle se serait « civilisée » par la mise en place d'autres réponses de nature non pénale. Les premières distinctions claires entre le droit pénal et le droit civil, globalement désignant d'autres ensembles de règles de nature non répressive, ne s'étaient réellement faites qu'avec le développement des théories du crime et des peines. A partir du XVIII^e siècle, les penseurs s'étaient plutôt attachés à explorer la question relative au droit de punir de la société et sa mise en œuvre. Ils n'avaient au début qu'effleuré celle de savoir quels comportements mériteraient vraiment un traitement pénal. La situation a évolué avec l'avènement des idées libérales qui avaient alerté sur le risque d'un impérialisme répressif²⁵⁷, c'est-à-dire une grande invasion de la puissance contraignante de l'Etat dans le domaine du privé.

²⁵² Steeg J., Les caractères de la loi morale in « *L'honnête homme* » (Cours de morale théorique et pratique à l'usage des instituteurs), 5e éd., p.77

²⁵³ Henri Mazeaud en a cité trois : la règle morale n'a en premier lieu qu'une sanction d'ordre intérieur n'étant pas de nature à effrayer beaucoup de personnes, à les empêcher d'enfreindre la règle, et à les obliger à réparer les conséquences de leurs infractions à cette règle ; en second lieu la règle de morale est d'une nature trop haute fondée sur la charité qui est un idéal et ne peut être qu'une règle de conduite individuelle, et qu'enfin elle ne peut pas contenir une réglementation suffisamment complète, suffisamment précise, pour donner aux hommes cette sécurité dont ils ont besoin pour vivre en société. In Mazeaud H., *La règle morale et la règle de droit*, (extrait de son Cours de droit civil, licence 1e année – Les Cours de droit 1954-1955)

²⁵⁴ B. Bouloc, *op. cit.*, p.18

²⁵⁵ *Ibid.*, p.19

²⁵⁶ Shavell S., Law versus morality as regulators of conduct, *Harvard John m. Olin Center for law, economics, and business, Discussion Paper* No. 340, 11/2001, <http://papers.ssrn.com/abstract=293905>, p.7 et s.

²⁵⁷ Pradel J., *Droit pénal général*, 5^e éd., Cujas, 1986, p.10

3- Délimitation précise du domaine pénal

Tant de philosophes de droit, de sociologues et de criminologues s'étaient depuis le dix huitième siècle²⁵⁸ penchés différemment sur cette délimitation et les rivalités entre écoles évoluent avec le débat²⁵⁹. On retrouve au départ les classiques, passant par les positivistes et les différents éclectistes et aller jusqu'aux tendances de la défense sociale nouvelle. Il y a lieu de dépasser ces interminables débats sur le fondement légitime du droit de punir de la société et la finalité de la peine, opposant sans relâche rétributivistes aux conséquentialistes²⁶⁰. Il conviendra plutôt de se focaliser sur ce qu'on pourrait considérer comme leurs conséquences : qu'est ce qui motiverait l'utilisation de la loi pénale plutôt que celle de la loi civile ou administrative, si les deux oeuvrent toutes dans la protection de la société. Autrement formulé, parmi les atteintes aux différentes valeurs sociales, quelles sont celles qui méritent une réponse pénale ?

Tout d'abord et comme il a été dit plus haut, le législateur ne devrait pas défendre tout ce que défend la loi naturelle [une loi morale]²⁶¹, mais seulement les fautes les plus graves. En premier lieu, il faudra s'occuper des fautes contre la justice, car ce sont elles qui menaceraient une société de désagrégation²⁶². A la justice, on avait ajouté la sécurité de tous que la règle de droit a aussi pour but d'assurer²⁶³. Ces deux critères aident tout au mieux à séparer le moral du juridique. Mais, il reste toujours à séparer le civil du pénal. Néanmoins, ils donnent la précision nécessaire que parmi les valeurs sociales il faudrait aussi distinguer les valeurs morales, qui tendent à faire régner un ordre moral, des valeurs juridiques qui sont plus objectives.

a. Critères subjectifs

À première vue, il apparaît que la nature de la sanction soit déterminée par la nature de la protection. A son tour, cette dernière est fonction de la gravité de l'atteinte, étant donné que les règles de proportionnalité et d'équité font surtout la justice. Les autres sanctions, civiles et administratives, ont trait aux atteintes moins graves et les sanctions pénales sont réservées uniquement aux atteintes les plus graves. La différence serait des plus importantes au regard des valeurs et intérêts de la personne, atteints légitimement en retour par les sanctions pénales. En effet, les peines devraient agir, à temps ou indéfiniment, sur un bien d'importance et pour le concerné et pour la communauté²⁶⁴.

²⁵⁸ Haus J.J., Les théories pénales des origines au milieu du XIX^e siècle, *Principes généraux du droit pénal*, Les bases philosophiques du droit pénal, 2e éd., 1874

²⁵⁹ Voir à ce titre Alexander L. A., *The Philosophy Of Criminal Law*, University of San Diego School of Law, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, 33; Winter 2000,-200, <http://papers.ssrn.com/abstrac=285954>, p.1

²⁶⁰ Dubber M. D., *op. cit.*, p.2

²⁶¹ Cette position est réfutée par les tenants du courant « *legal moralism* » qui soutiennent que si un acte est moralement blâmable, il existerait toujours une raison pour le poursuivre et le sanctionner par le droit pénal. Michael S. Moore représente fidèlement ce courant dans son ouvrage *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 70.

²⁶² Aquin (d') T., *Somme théologique*, II, q. 96, Article 2, p.604;
http://bibliotheque.editionsducerf.fr/par%20page/1410/acces_livre.htm#

²⁶³ Mazeaud H., *id.*

²⁶⁴ Rossi, De la nature, des buts, des effets et de la mesure de la peine, Extrait de son « *Traité de droit pénal* », édition Bruxelles, 1835, p.413

Cependant, il aurait été plus logique en conséquence de faire correspondre la nature des sanctions à l'importance virtuelle des valeurs fondamentales bafouées. En général, les actes reconnus comme pénalement répréhensibles ne garderaient aucun rapport étroit avec une échelle rationnelle de gravité objective des conduites dans la société. Un acte pourrait devenir un crime même s'il est dérisoire et il y aurait des actes très graves qui auraient très peu de chances de devenir des crimes²⁶⁵. Corollaire du système des vertus qui évoluerait dans le temps, l'histoire des crimes et des vices avait souvent été l'objet de profonds bouleversements suivant les époques²⁶⁶. Ainsi, le critère de gravité ne saurait à elle seule déterminer la nature pénale ou non de la réponse de la société aux atteintes de ses valeurs.

Ensuite, l'on a soutenu qu'une intervention du législateur sur le plan pénal ne semble nécessaire que lorsqu'il s'agit seulement de la protection de biens juridiques. L'avantage de cette position est qu'elle est supposée indiquer à cette autorité quels sont les comportements qui devraient tomber sous le coup de la loi pénale et quels sont ceux qui ne doivent pas être punis. Cependant, les difficultés procèdent de la source et du contenu des normes. La vision positiviste se veut être plus prudente et met à la sagesse du législateur le soin de définir les biens juridiques. Elle est conforme à la définition juridique²⁶⁷ du phénomène criminel, lequel protégerait efficacement l'individu contre l'arbitraire de la société, du moins de l'Exécutif et du Judiciaire²⁶⁸. Cependant, elle serait à la source de l'inflation des incriminations artificielles, origine de l'étiquetage pénal.

Ce critère est présent depuis longtemps dans la théorie allemande du *Rechtsgut*²⁶⁹ qui définirait l'emprise de la loi pénale²⁷⁰. Dans sa version normativiste, les biens juridiques seraient protégés par des normes que le législateur traduit discrétionnairement en loi. Plus récent, au niveau européen, la CEDH s'est plusieurs fois prononcée à maintes reprises sur la proportionnalité en ce qui concerne la restriction aux droits fondamentaux des individus, effet de l'outil pénal. Dans un arrêt condamnant les Pays-Bas pour n'avoir pas rendu disponible une réponse pénale appropriée contre le viol d'une handicapée mentale, la Cour a estimé « insuffisante la protection du droit civil dans le cas des méfaits du type de celui de la requérante a été victime » et que « seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire dans le domaine des valeurs fondamentales et des respects essentielles de la vie privée ».²⁷¹

On affirme enfin que pour qu'un comportement soit pénalement répréhensible, il devrait être avant tout moralement blâmable au regard de la société. Ce qui conduit à focaliser l'attention sur le mal moral du délit et la perversité de l'agent. C'est le

²⁶⁵ Pires A., La criminalité : enjeux épistémologiques, théoriques et éthiques, article publié dans l'ouvrage sous la direction de Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, *Traité des problèmes sociaux*, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p.253

²⁶⁶ Tarde G., *La criminalité comparée*, 1890, p. 21

²⁶⁷ Cette définition ramène le phénomène criminel ou le crime à l'infraction qui consisterait au fait prévu et puni par la loi pénale en raison du trouble qu'il cause à l'ordre social. Bouloc B., *op. cit.*, p.5 ; ou encore le crime serait un comportement légalement prévu et puni d'une peine. Pradel J., *op. cit.*, p.17

²⁶⁸ Bouloc B., *op. cit.*, p.6 et 7

²⁶⁹ Rechtsgut as "a good which the law properly recognises as being necessary for social peace or for individual well-being, and as therefore meriting legal protection" in Zalta E. N., <http://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/criminal-law/>

²⁷⁰ Dubber M. D., *op. cit.*, p.3 et s.

²⁷¹ CEDH, arrêt X et Y c/ Pays-Bas, du 26.3.1985, série A, n°91, 24-27. Voir Dellis G., *op. cit.*, p.89

scandale moral qui constituerait l'acte criminel²⁷². Par ailleurs, le bon sens commun nous dirait que le droit pénal doit punir ceux qui font du mal à la société pour lui imposer le «*just desserts*» sur le malfaiteur et dissuader les autres d'avoir dans le futur à comportement similaire²⁷³. Cette même sagesse indiquerait que l'acte et la responsabilité criminels seraient différents de l'engagement et de la responsabilité civils. Les premiers sont censés généralement refléter le «*blameworthiness*» méritant une condamnation morale et une peine tandis que ce n'est pas nécessairement le cas pour les seconds²⁷⁴.

En conséquence, la peine légitime demeurerait la souffrance que l'on fait éprouver à l'auteur d'une action illicite²⁷⁵ à cause de sa conduite. Ce serait le mal que le coupable devrait subir en réponse au mal qu'il aurait fait, au devoir qu'il aurait violé²⁷⁶. La pénalité aurait par ailleurs comme source primordiale la punition domestique, expression d'une réprobation morale et d'un repentir²⁷⁷. C'est ainsi que la peine, vis-à-vis de la justice morale, se proportionne à la nature du devoir violé et à la moralité de l'agent²⁷⁸. Poussé toutefois à l'extrême, ce système classique donnerait à l'État le droit de réprimer toute violation de la loi morale, comme le fait de mentir²⁷⁹, même en l'absence de trouble l'ordre public.

b. Critères objectifs

Sous l'influence de la théorie utilitariste, une division assez basique se dessinerait: ne faire tomber sous le coup de la loi pénale que ce qui intéresse directement la protection de la société et laisser à la loi civile la protection des droits stricts de l'individu. En effet, tous les actes réputés criminels avaient été répartis en deux principales catégories: la première comprenant ceux dirigés contre des choses collectives (dont l'autorité publique et ses représentants, les moeurs et les traditions ainsi que la religion) et la seconde réunissant les autres actes plutôt contre les individus (homicides, soustractions, violences et fraudes de toutes sortes). Ces derniers ne seraient pas de même ordre que les sentiments collectifs qu'elles offensent²⁸⁰. En droit français, malgré le silence du législateur au sujet d'un système général d'organisation du mécanisme répressif étatique, une circulaire du premier ministre sur l'élaboration et la mise en œuvre des dispositions pénales des législations et réglementations techniques indique que la répression pénale doit être réservée aux faits dont la gravité porte une atteinte importante à l'organisation sociale²⁸¹.

²⁷² Durkheim E., *op. cit.*, p.22

²⁷³ Klein S. R., Redrawing the criminal-civil boundary, *Buffalo criminal law review*, vol.2, n°2, 1999, p.679

²⁷⁴ Robinson P. H., The Criminal-Civil Distinction and Dangerous Blameless Offenders, *The journal of criminal law and criminology*, Northwestern University, School of Law, vol. 83, n°4, 1993, pp.706 et ss.

²⁷⁵ Sur un essai concernant l'illicéité en droit pénal voir Vitu A., De l'illicéité en droit criminel français Rapport présenté à l'occasion des 2èmes Journées franco-helléniques de droit comparé à Nancy en 1984 et publié au *Bulletin de la société de législation compare*, 1984, pp. 127 et s.

²⁷⁶ Selon l'adage «*Poena est malum passionis propter malum actionis*»

²⁷⁷ Tarde G., Les transformations du droit. *Étude sociologique*, 1891, p. 27

²⁷⁸ Rossi, *op. cit.*, p.413

²⁷⁹ Un proverbe malagasy dit cependant qu'il vaut mieux croiser sur son chemin un sorcier que de rencontrer un menteur du fait de trouble social que ce dernier peut engendrer en propageant un mensonge.

²⁸⁰ Durkheim É., *Deux lois de l'évolution pénale*, p.20

²⁸¹ Circulaire du 7 janvier 1985 après un rapport de la commission du rapport et des études du Conseil d'Etat du 8 mars 1984 ; v. RSC 1985, p.397. Voir Dellis G., *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif*, Bibliothèque de droit public, tome 184, L.G.D.J, 1997, p.95

On aperçoit tout de suite l'insuffisance d'un tel principe puisqu'il a été vu que les valeurs sociales à protéger font toutes partie des valeurs humaines. Ce qui rend difficile le fait de savoir si une protection sert les intérêts sociaux ou uniquement les intérêts privés. Il relève de l'absurde de soutenir que le meurtre d'un individu ne concerne que lui seul laissant indifférent la société. Non seulement, tous ces actes auraient pour sujet la collectivité et, par conséquent, se retrouveraient dans la généralité des consciences particulières, mais encore ils auraient pour objet des choses collectives, en dehors par définition du cercle de nos intérêts privés et concernent l'être collectif²⁸². L'utilité privée est ici sanctionnée par le législateur à cause de son utilité publique²⁸³. D'autres critères sont encore utiles afin de justifier l'intervention de la loi pénale à l'encontre d'un comportement.

Centré plutôt sur l'individu que sur l'acte, on défend également le critère de dangerosité ou de nuisibilité pour que la loi pénale puisse intervenir contre un comportement. L'agent dangereux est considéré comme un « microbe social » qui menace la santé de la collectivité²⁸⁴. C'est ainsi que, s'agissant du duel, s'il paraît juste de le sanctionner, il serait pourtant inutile de le faire, parce que cet acte n'est guère socialement dangereux²⁸⁵. Cet état peut cependant faire intervenir d'autres remèdes non pénaux comme les mesures administratives permettant d'écarter ou de neutraliser l'individu dangereux.

Cette vision n'est pas éloignée de celle qui est centralisée sur le mal matériel, la force physique du délit considérée dans son résultat²⁸⁶, c'est à dire le dommage objectif causé par le comportement pour justifier et influencer l'intervention de la loi pénale. Ce raisonnement conduirait par exemple à réclamer la peine de mort contre le crime de fausse monnaie²⁸⁷. A ce titre, les tenants du «*harm principle*» avancent que l'Etat peut seulement utiliser sa puissance contraignante pour empêcher une personne de nuire à une autre. Il s'agit d'écarter du champ de sa réaction tout ce qui ne tend pas à nuire autrui, quel que soit l'ignobilité de l'action ou de la pensée²⁸⁸. Cette position peut encore remettre sur le tapis le critère de gravité du dommage pour faire intervenir la loi pénale. Cependant, en tout état de cause, il serait difficile, sans le critère immoralité, de faire la différence entre le dommage qui mérite une sanction pénale et celui qui mérite une réparation civile. Le droit civil est par essence un droit réparateur. Cette interchangeabilité du pénal et du civil mettrait en tout cas la société en danger et la rendrait moins juste²⁸⁹.

Au-delà de ces théories qui recherchent une certaine légitimité intrinsèque du comportement répréhensible, une opinion assez originale soutient que les groupes sociaux créent la déviance en instituant des normes. La transgression de ces normes constituerait la déviance, en les appliquant à certains individus et en étiquetant ces derniers comme déviants. De ce point de vue, la déviance ne serait pas une qualité

²⁸² Durkheim E., *Deux lois de l'évolution pénale*, pp.20 et 21

²⁸³ Tarde G., *Études pénales et sociales*, 1892, p.300

²⁸⁴ Jeandidier W., Les théories pénales du code pénal de 1810 à nos jours, in *Droit pénal général*, 2e éd. , Paris , 1991 ; http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/les_sciences_juridiques/introduction/jeandidier_theories_penales.htm

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ Carrara, Des forces du délit : de la force physique du dommage, « *Cours de droit criminel fait à l'Université de Pise* », Traduction Baret, éd. Marescq, Paris, 1876, p. 59 et s.

²⁸⁷ Rossi, *id.*

²⁸⁸ Stuart Mill J., *On Liberty*, Norton Critical Edition, 1975, pp. 10-11

²⁸⁹ Robinson P. H., *op. cit.*, p.697

de l'acte commis par une personne, mais plutôt une conséquence de l'application, par les autres, de normes et de sanctions à un «transgresseur». Le déviant serait effectivement celui auquel cette étiquette a été appliquée avec succès et le comportement déviant serait celui auquel la communauté attache cette étiquette²⁹⁰.

Considérée sous cet angle, la criminalité serait une forme de construction sociale de la réalité et il ne faudrait pas en parler comme s'il existait un invariant entre ces phénomènes complexes. Elle rejoint en partie la définition sociologique du crime proposé par Durkheim et qui circonscrit le phénomène comme un acte que la société toute entière considère comme tel²⁹¹. Toutefois, l'avertissement avait été lancé très tôt, dès les premières théories pénales, que si l'on défend aux citoyens une multitude d'actions indifférentes, comme ces actions n'ont rien de nuisible, on ne préviendrait pas les crimes. Au contraire, on en ferait naître de nouveaux, parce qu'on changerait arbitrairement les idées ordinaires de vice et de vertu, proclamées éternelles et immuables. Il semble évident que l'étendue de la sphère des crimes est proportionnelle à leur commission et l'on multipliera toujours les délits au fur et à mesure que les motifs de délits spécifiés par les lois augmenteront²⁹².

Toutes ces propositions de délimitation ne semblent que renforcer l'incertitude inévitable sur l'existence propre du phénomène criminel comme fait attentatoire à l'ordre social²⁹³. Quoi qu'il en soit, ce parcours nous rappelle que le droit pénal a pour objectif de protéger la société contre certaines atteintes de ses valeurs juridiques, matérialisées par le dommage social. Encore, une dernière précision mérite d'être soulevée, le droit pénal ne devrait pas punir tout acte par le seul fait qu'il est contraire au droit (illicite) et qu'il cause un dommage : il ne peut punir que l'acte qui cause un trouble social²⁹⁴. Ainsi, la nature des intérêts et des valeurs sociales, à l'occasion desquels intervient le droit pénal, n'est pas spéciale à ce droit. Dans le domaine des intérêts juridiquement protégés, le droit pénal intervient comme un gendarme, pour assurer un complément de sécurité, à des intérêts pour lesquels la protection juridique ordinaire ne suffirait pas.²⁹⁵ Il est indéniable que les phénomènes de corruption font partie de ces atteintes et causent des dommages sociaux énormes. Ils portent atteintes de ce fait à plusieurs valeurs sociales protégées, au premier rang l'intégrité qui en tant que qualité morale suscite la question suivante : dans quelle mesure elle mérite ce complément de sécurité ?

B. L'INTEGRITE DANS L'ECHELLE DES VALEURS PROTEGEES

Comme il a été dit, la corruption porte certainement préjudice à plusieurs intérêts que la société protège par le droit pénal. En cherchant à lutter efficacement contre ce mal, il faudrait pouvoir identifier, cerner et situer la valeur qu'elle atteint au premier plan, l'intégrité, le dommage porté aux autres n'étant que la conséquence. Ce serait

²⁹⁰ H. Becker, *Outsiders*, Paris, Métailié, trad. franç., p. 32-33 (original, 1962).

²⁹¹ Pradel J., *op. cit.*, p.17

²⁹² Beccaria, *Des délits et des peines*, Milan, 1764, p.125

²⁹³ Bouloc B., *op. cit.*, p.6

²⁹⁴ Cette observation éliminerait, du domaine de la répression, trois catégories de faits : 1° ceux qui ne relèvent que de la conscience ; 2° ceux que l'État peut prévenir par des moyens moins coercitifs que la peine ; 3° ceux pour lesquels la justice civile donne une protection suffisante.

²⁹⁵ Garraud R., Introduction au droit criminel, *Traité du droit pénal français*, 3e éd., Paris, 1913, T.I, p. 63 n° 31

seulement possible en identifiant et en appréciant d'abord la hiérarchisation des valeurs pénalement protégées.

I. HIERARCHISATION DES VALEURS PROTEGEES

Dans un système démocratique, en adoptant les règles, le législateur est censé exprimer la volonté générale. Cela est d'autant plus valable au regard de la législation pénale compte tenu de sa force pouvant déboucher sur des contraintes douloureuses. Cependant, dans bien de situations, la réalité est tout autre. La hiérarchisation légale ne reflète pas souvent ce que la majorité des membres de la société ressent, bien qu'il existe une certaine interaction entre les deux acteurs.

1- Hiérarchisation légale

Paradoxalement, la loi exprime rarement les conduites qu'il attend du citoyen d'une manière positive. De tout temps, elle l'a fait et continue de le faire indirectement à travers l'incrimination des comportements que les membres de la société ne devraient pas avoir. Le législateur nous renseigne tout simplement qu'est coupable de vol celui ou celle qui a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas et il fixe les peines, emprisonnement et amende, encourues²⁹⁶. La stigmatisation s'exprime nécessairement par les peines, des sanctions négatives au détriment des sanctions positives qui devraient récompenser la vertu²⁹⁷.

Plutôt du domaine de l'éducation ou de la discipline, une incitation à respecter la propriété d'autrui ou du moins une interdiction explicite du vol, comme le fait le Décalogue, ne figure pas dans le code pénal. C'est en punissant que la loi prescrit les actes de courage. Elle contribue à cultiver ce dernier par l'interdiction d'abandonner son poste, de ne point prendre la fuite, de ne point jeter ses armes²⁹⁸. Egalement, elle fait observer la tempérance, en réagissant contre l'adultère et l'outrage à autrui. La loi pénale incite même à la douceur et à la bienveillance, par la riposte contre les coups et blessures occasionnés à autrui. Et il en est ainsi pour toutes les valeurs et les atteintes correspondantes, par la défense de certaines actions et la prescription de plusieurs autres²⁹⁹.

A chaque valeur pénalement protégée s'attacherait une réprobation sociale contenue dans la loi pénale et fondant ainsi les poursuites³⁰⁰. Cette nature réactive, dirigée par l'effectivité des atteintes, fait que les valeurs restent cachées derrière les vices. Les atteintes viennent indûment à façonner le droit pénal spécial alors que l'importance pratique d'une structuration législative fondée sur les valeurs n'est plus à démontrer. Elle est nécessaire autant pour le législateur qui adopte un texte incriminateur que pour le juge qui l'appliquera avec moins de difficultés, à cause d'une meilleure connaissance de l'ordre d'importance des intérêts ou des valeurs que la loi a voulu garantir³⁰¹. Cette classification peut se déduire par l'échelle des intérêts protégés, le conflit entre les intérêts et l'importance des peines.

²⁹⁶ Article 379 et 401 du Code pénal

²⁹⁷ Beccaria, *op. cit.*, p.132

²⁹⁸ Articles 161 et 168 et s. du CJSN

²⁹⁹ Aristote, *op. cit.*

³⁰⁰ Pradel J. et Varinard A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 4^e éd., Dalloz, 2003, p.247

³⁰¹ Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, T.I, 1982, p.25 et s.

a. Par l'échelle des intérêts protégés

Il est évident que les réponses pénales varient en fonction des violations des normes primaires prescrivant les comportements acceptables, selon les critères retenus. Le législateur élabore les ripostes en fonction de l'importance des valeurs touchées ou susceptibles de l'être, par rétribution ou pour l'utilité, en tout cas pour une meilleure protection de la société. On a coutume d'opposer les délits naturels aux délits artificiels lorsqu'il s'agit de différencier les atteintes contre certaines valeurs morales supérieures, dites universelles et dont l'incrimination s'imposerait au législateur sous peine de heurter gravement l'opinion publique, de celles contre les intérêts sociaux plus librement créés par lui³⁰². La fonction essentielle du droit criminel serait non seulement de reconnaître, de promouvoir et de garantir ces valeurs fondamentales ou ces « biens juridiques »³⁰³, mais également d'y donner un certain ordre.

Une valeur sociale protégée peut être dégagée par l'examen d'une disposition d'incrimination et, par une analyse d'ensemble, on arrive à une structuration des valeurs obtenue par la systématisation du droit pénal spécial. La vie humaine, l'intégrité corporelle, la famille, certains sentiments tels que la pudeur ou l'honneur, ou encore la sûreté de l'État et sa force dans l'ordre interne ou international, l'économie nationale, la santé publique, et tant d'autres encore font l'objet de protection élaborée selon les risques existantes. Certaines se constituent en groupes et en sous-groupes, selon une hiérarchie qui en indique le rang et l'importance³⁰⁴. Ainsi, dans le droit pénal français, le bien juridique « sûreté de l'État » constitue une catégorie large qui coiffe d'autres biens plus particuliers, tels que l'intérêt à l'intégrité territoriale, l'intérêt au maintien d'un certain niveau moral dans l'armée ou dans la Nation, l'intérêt à la force ou à l'autonomie de l'État en face des États étrangers et l'intérêt à l'existence de relations pacifiques avec les nations étrangères.

Bien que des techniques existent pour faire la distinction³⁰⁵, reconnaître les biens juridiques protégés n'est pas toujours aisé, d'autant plus que la protection d'une même valeur pourrait être à l'origine de plusieurs incriminations différentes. En outre, une même infraction pourrait porter atteinte à plusieurs biens juridiques à la fois, l'on parle en ce cas de délit « pluri-offensif »³⁰⁶. Mais, semble-t-il, généralement l'un des intérêts l'emporte sur les autres et donne sa teinte de fond à l'infraction : il serait logique de voir dans l'abandon pécuniaire d'abord une infraction contre la famille, qu'il faudrait placer parmi les délits dirigés contre ce bien juridique qu'est la famille³⁰⁷. Ce qui ne facilite cependant pas la mise en évidence de la hiérarchie des valeurs pénalement protégées à partir de la structuration des codes.

³⁰² Bouloc B., *op. cit.*, p.6

³⁰³ Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, p.25 et s.

³⁰⁴ Pradel J. et Varinard A., *op. cit.*, p.254

³⁰⁵ la distinction s'opèrerait à l'aide de critères tels que celui qui dérivent de l'activité matérielle du coupable, de sa psychologie, du résultat provoqué, de la qualité de la victime, et qui révèlent à cette occasion leur rôle secondaire. Ainsi la vie humaine est en droit français, protégée par les incriminations de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement, de parricide, d'homicide par imprudence, de coups mortels. L'élément moral (la préméditation dans l'assassinat, la volonté simple pour le meurtre, la négligence ou l'inattention dans l'homicide par imprudence), le mode opératoire (emploi d'une substance toxique dans l'empoisonnement), la personnalité de la victime (l'ascendant du coupable dans le cas du parricide), permettent de distinguer entre elles ces diverses atteintes à la vie humaine.

³⁰⁶ Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, id..

³⁰⁷ *Id.*

A titre d'exemple, le droit pénal allemand présente différents types de biens juridiques que la loi pénale peut protéger. On y distingue les biens juridiques individuels, tel la vie et la liberté, des biens juridiques communautaires, comme la paix et la sécurité³⁰⁸. Sans qu'on puisse en déterminer directement une hiérarchie de valeurs, la partie spéciale de code criminel allemand est ainsi organisée en sections qui contiennent des incriminations conçues pour protéger un bien juridique commun ou un ensemble de biens juridiques, incluant les "infractions contre la paix" et "infractions qui mettent en danger la primauté du droit démocratique", "infractions contre l'autonomie sexuelle", "infractions contre la liberté individuelle" et "infractions contre l'environnement"³⁰⁹.

Cette hiérarchie n'est pas immuable et on a pu constater, par exemple, qu'à chaque phase d'évolution d'une société, l'acte réputé le plus criminel serait l'acte le plus contraire au dogme régnant. On a pu trouver de même que le bien réputé le plus précieux serait celui qui aurait satisfait le besoin le plus conforme à ce dogme³¹⁰. Ainsi, dans la phase monarchique des sociétés, le plus grand des crimes était la lèse majesté royale, la rébellion contre l'autorité du roi et, par contre, le plus grand bien était la faveur du roi, un sourire et un présent du monarque³¹¹. Dans le Code des 305 articles, parmi les douze espèces de crimes punis de mort, entraînant la confiscation des biens pour les hommes comme pour les femmes, onze concernent le souverain et la révolte contre son autorité³¹².

De ce qui précède, tirer une hiérarchie claire des valeurs semble être quelquefois laborieux si l'on se fie uniquement au catalogue des infractions, une autre manière d'y voir un peu plus clair est l'analyse de confrontation entre des valeurs.

b. Par le conflits de valeurs

En face de deux ou plusieurs de ces valeurs consacrées et protégées par le droit pénal, il arrive que l'utilisateur se trouve dans une situation où il est contraint de faire un choix, douloureux notamment lorsqu'il s'agit d'un dilemme éthique³¹³. Entre deux maux, a-t-on pu dire, il faudrait choisir le moindre, entre deux biens il faudrait sacrifier le moindre. Cela semble si évident mais pas suffisamment quand on vient à identifier lequel est le moindre³¹⁴? En effet, le problème ne semble pas se poser lorsque deux biens sans commune mesure en terme d'importance se défient. La difficulté se présente quand les biens en conflit sont ou paraissent être équivalents³¹⁵. En cherchant à résoudre cette situation, l'individu devrait faire une appréciation de chaque valeur en jeu, les comparer et sacrifier celle qui lui paraît moins importante. Il se trouve que les devoirs relatifs à ses biens en concurrence, ici par exemple la vie de

³⁰⁸ Markus Dirk Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, Buffalo legal studies research paper series, Paper No. 2005-02, p.12

³⁰⁹ Dubber M. D., *op. cit.*, pp.12 et 13

³¹⁰ Tarde G., *La philosophie pénale*, 1890, p.80

³¹¹ *Ibid.*, p.81 ; Attuly R., *Le droit pénal de Madagascar*, Librairie Sagot, Paris, 1924, pp.62 à 65

³¹² Thébault E., *Code des 305 articles*, Institut des Hautes Etudes de Tananarive, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1960, p.25

³¹³ Un dilemme éthique survient lorsqu'une personne, en face d'une alternative, n'est pas certaine de la conduite à adopter parce que deux ou plusieurs de ses valeurs peuvent être en conflit, et que sa décision quelle qu'elle soit peut causer un préjudice ; Frank J. Navran, *Ethical Dilemmas in the Everyday Workplace*, article ID: 8, Ethics Resource Center, 1994, <http://www.ethics.org/resources/articles-organizational-ethics>

³¹⁴ Tarde G., *Études pénales et sociales*, 1892, p.29

³¹⁵ *Ibid.*, p.298

deux personnes, sont inégaux et que le choix pourrait trouver fondement en matière sociale³¹⁶.

En tous cas, l'agencement du code pénal ne serait d'aucun secours à notre individu puisque le législateur en plaçant les catégories d'infractions les unes devant les autres n'avait pas vraiment cherché à établir une correspondante hiérarchie des valeurs. Toutefois, la loi pénale quelque fois lui indique clairement les biens prioritaires, par imposition ou permission³¹⁷. C'est le cas lorsque le législateur a pu se préoccuper du conflit des biens et donner préférence au bien réputé le plus précieux, selon le contexte³¹⁸. Cependant, d'autres cas peuvent se présenter et l'acteur pourrait alors se trouver devant le juge pénal au cas où son choix, considéré délictueux, a été contesté par la société ou son représentant chargé d'appliquer la loi pénale. Les faits justificatifs ou causes objectives de non responsabilités³¹⁹ constituent à ce titre une technique juridique guidant cette priorisation entre valeurs, permettant aussi au juge de fonder son jugement. Le message contenu dans sa décision constitue un moyen légal de contribuer au renforcement de la hiérarchisation des valeurs. Ces faits sont des moyens de défense par excellence, la justification, lorsque l'individu se trouve encore contesté judiciairement dans son choix.

A titre d'illustration, le législateur peut enjoindre un individu à préférer l'autorité de la loi à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui, comme dans le cas de l'article 327 du code pénal. En effet, il spécifie qu'il n'y a pas infraction lorsque l'homicide, les coups et blessures étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime³²⁰. En matière de légitime défense également, le législateur autorise explicitement une personne à tuer, donner des coups et blesser une autre dans la protection de sa vie ou de la vie d'autrui et même de sa propriété dans certaines situations³²¹. On voit ici qu'une valeur en apparence de moindre importance peut prendre le dessus lorsqu'elle vient en renforcement d'une autre valeur supérieure comme la justice.

Les cas précédents semblent ne pas être source de dilemme, contrairement dans les cas présentant une nécessité et pour laquelle le terme choix ne paraît pas prendre toute sa dimension. C'est aussi une cause de justification dans certains droits³²² selon l'adage « Nécessité n'a pas de loi » et les situations de nécessité sont aussi nombreuses. Elles peuvent néanmoins se résumer à l'alternative suivante : sous l'influence d'une certaine force ou condition, un individu doit choisir entre commettre une infraction de moindre importance (ou au moins d'égale importance³²³), d'un côté, et souffrir (ou laisser les autres souffrir) d'un substantiel préjudice corporel ou matériel, d'un autre³²⁴. La situation demande une estimation des biens juridiques concernés, le nécessaire protection d'un bien rendrait légale la violation d'un autre.

³¹⁶ *Id.*

³¹⁷ Pradel J., *op. cit.*, p.352

³¹⁸ Tarde G., *op. cit.*, 1892, p.297

³¹⁹ Les causes subjectives de non responsabilité comme les excuses semblent ne pas influencer sur la priorité entre valeurs puisque centré sur l'acteur elles ne mettent en présence un conflit entre valeurs.

³²⁰ En droit français, cette cause de justification ne comporte plus de branches cumulatives, l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité vaut chacune justification sous certaines précisions. In Bouloc B., *op. cit.*, p. 330

³²¹ Articles 328 et 329 du CP

³²² L'état de nécessité est encore une notion jurisprudentielle en droit pénal malagasy, ce qui n'est plus le cas en droit français qui par le nouveau code pénal l'a admis comme cause de justification en son article 122-7

³²³ Vitu A., Contrainte morale ou état de nécessité, *Revue de science criminelle*, 1986, 87, Observations à propos des arrêts Dame Cassi - Dame Moreno

³²⁴ Dressler J., *Understanding criminal law*, 3rd ed., LexisNexis, 2001, p.285

En somme, l'état de nécessité suppose déjà une certaine connaissance de la hiérarchie des valeurs en présence.

Cette hiérarchie, parfois cachée dans l'agencement des codes pénaux et souvent confuse par des conflits non tranchés, peut aussi être déduite de la classification des incriminations selon les peines légalement prévues.

c. Par les peines encourues

Très souvent, on peut apprécier l'ordre d'importance d'une valeur protégée par rapport à d'autres selon la sévérité des peines que le législateur réserve aux atteintes correspondantes. Le législateur, qui varie organiquement à travers l'histoire, établit ainsi une hiérarchie de valeurs pénalement protégées suivant leur importance respective. Cette dernière reste tributaire du rôle que joue une valeur dans le bon fonctionnement et la conservation de la société, de qui le législateur détient en principe le pouvoir d'édicter les règles pénales. Sans être matériellement très structurée en ce sens, les codes pénaux contiennent cette échelle des valeurs par les peines. C'est dans ce sens qu'ils sont expressifs des valeurs et en conséquence des comportements que la société attend de ses membres. Ils sont moins expressifs cependant lorsqu'il s'agit de définir ou d'expliquer la peine et il faut parcourir les œuvres doctrinales pour en avoir une certaine idée.

La notion avait cependant divisé les penseurs en plusieurs écoles et les débats, comme on l'a mentionné plus haut. Pour les classiques, elle est la juste rétribution à laquelle les néo-classiques ont ajouté une fonction d'amendement³²⁵. Pour les courants positivistes, elle est une mesure de défense sociale comprenant toute une gamme d'objectifs. Ces courants d'idées ont certainement influencés les différents législateurs de différentes époques et continuent sans doute à le faire. Ce qui relativise la portée de l'équivalence de la gravité de la peine encourue selon l'importance de la valeur atteinte par l'infraction correspondante. Mais quoi qu'il en soit, la peine resterait l'équivalent juridique de la faute³²⁶ et devra dans une certaine mesure suivre sa gravité.

A Madagascar, cette hiérarchisation a été relativement bien visible à travers l'histoire des différents codes pénaux qui se sont succédés dans une période relativement courte. Dans les codes royaux de l'Imerina, comme dans toutes les aristocraties, la protection du souverain et du royaume se trouve au centre des préoccupations et leurs atteintes sont punies de la plus haute expression pénale : la peine capitale. L'atteinte à la vie rentre également dans la catégorie des infractions les plus graves³²⁷. Viennent ensuite, les crimes punis de dix ans de fers et au dessus, comme la traite internationale d'esclave³²⁸ et l'exploitation minière³²⁹. La dernière catégorie regroupe les infractions punies de moins de dix ans de fers, comme le vol³³⁰ et d'autres qui renforcent des réglementations sectorielles, comme la voirie³³¹. Une nouvelle classification a été introduite par le droit colonial, porteur d'une nouvelle hiérarchie de valeurs et qui est celle de la société française mais aussi de la doctrine

³²⁵ Merle R., *op. cit.*, p.96

³²⁶ *Ibid.*, p.14

³²⁷ Article 1, 4 et 5 du code des 305 articles

³²⁸ Article 8 du code des 305 articles

³²⁹ Articles 9 et 10 du code des 305 articles

³³⁰ Articles 22 à 38 du code des 305 articles

³³¹ Articles 81 à 83 du code des 305 articles

coloniale. Dans le droit pénal actuel, hérité du droit français, les incriminations sont classifiées en trois grandes catégories : les crimes, ensuite les délits et en bas de l'échelle les contraventions. Ce classement trinitaire (tripartite) est construit suivant que l'infraction est punie d'une peine criminelle, correctionnelle ou de police³³². C'est même le premier article du code pénal qui pose une définition selon laquelle l'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention, celle que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit et celle que les lois punissent d'une peine afflictive et infamante est un crime. Cette catégorisation en soi ne révèle pas leur ordre de gravité, mais c'est de l'analyse de tout le contenu du livre premier du code qu'on en arrive à cette conclusion. Cette partie du code énumère et explique le type, la consistance et les modalités d'exécution des peines pour chaque catégorie. On constate que c'est la sévérité de la mesure par rapport aux biens touchés du condamné qui détermine la gravité. Les peines criminelles³³³ sont plus sévères que les peines correctionnelles³³⁴ qui sont elles-mêmes plus dures que les peines de police³³⁵.

Le nouveau code pénal français est plus explicite sur ce sujet en précisant que les infractions pénales sont classées selon leur gravité en crimes, délits et contraventions³³⁶. Sans être expressément mentionnée, cette gravité est celle de la peine encourue qui détermine donc la nature de l'infraction. Présentant certains intérêts quant à la procédure, la compétence et certaines questions de fond du droit, cette division encourt aussi quelques critiques qui la reprochent d'être illogique et artificielle³³⁷. Cette classification tripartite n'est pas partout partagée et d'autres droits se cantonnent souvent à deux catégories générales, comme le *common law* anglais et le *Model Penal Code* des Etats-Unis. Dans le premier système, les infractions les plus graves sont classifiées dans la catégorie des *felonies* et encourent toutes la peine capitale. Les autres infractions sont catégorisées en tant que *misdemeanors*. Dans le second système qui a hérité de la division bipartite, les *felonies* hiérarchisées en trois degrés encourent les peines de mort et l'emprisonnement dans les prisons d'Etat tandis que les *misdemeanors* regroupent les autres infractions aussi classifiées selon le montant des amendes prévues et les termes de l'emprisonnement. Il est utile de mentionner qu'une autre catégorie équivalente à la contravention existe aussi dans les droits pénaux des Etats-Unis, les violations ou infractions qui sont considérés dans certains Etats comme une troisième catégorie des infractions pénales tandis que d'autres les classent à part comme des règles administratives³³⁸.

En effet, d'une manière générale, on peut juger de la nature des crimes réputés les plus graves aux différentes époques par celle des crimes les plus souvent frappés de la peine capitale ou de sa plus haute expression dans les systèmes qui ont aboli cette sanction extrême. En ce siècle de démocratie, d'individualisme, le plus grand

³³² Bouloc B., *op. cit.*, p.174

³³³ Article 7, à 39 du CP : la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, la détention et la réclusion ; article 8 : le bannissement et la dégradation physique ; énumérées selon aussi leur ordre de sévérité.

³³⁴ Articles 9, 40 à 43 du CP : l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction de un mois à dix ans, l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille ; énumérées selon aussi leur ordre de sévérité.

³³⁵ Articles 464, 465, 472 et 473 du CP : l'emprisonnement jusqu'à vingt neuf jours, l'amende jusqu'à 25000 francs et la confiscation de certains objets saisis.

³³⁶ Article 111-1 du code pénal français.

³³⁷ Bouloc B., *op. cit.*, p.175 et s.

³³⁸ Dressler J., *op. cit.*, pp.2 et 3

des crimes serait l'homicide, quelle que soit la condition de la victime et les biens les plus recherchés seraient les fonctions électorales, les plaisirs des sens, le confort³³⁹. Enfin, la rigueur de la peine en réponse à la lésion d'un bien indiquerait sa valeur à la communauté. C'est, a-t-on pu affirmer, le côté économiquement intéressant du Droit pénal³⁴⁰. Le doute sur le bien fondé d'une telle affirmation nous amène à nous demander qu'en est-il lorsque, à l'inverse, il est procédé à un adoucissement de peine. Est-ce synonyme de la diminution de l'importance dans l'échelle de valeurs de la société ?

On ne peut avoir une réponse très tranchée puisqu'un adoucissement de peine peut être le résultat de plusieurs politiques qui ne tiendraient pas toujours compte de l'importance d'une valeur dans la société. Une politique humaniste a conduit beaucoup de législateurs à abolir la peine de mort et autres peines corporelles comme la mutilation sans que les infractions correspondantes aient perdu en gravité. Il en serait de même lorsqu'il s'agit pour législateur de prendre une politique criminelle en faveur ou en défaveur d'un intérêt quelconque, comme la pénalisation des atteintes à l'environnement, la décriminalisation ou même la dépénalisation en matière de chèques. Une politique criminelle serait aussi adoptée en fonction du mouvement de la criminalité, il s'ensuit un durcissement de la répression souvent traduit en peines plus sévères en cas de montée ou, dans le cas contraire, en un adoucissement³⁴¹.

Une autre difficulté survient aussi lorsqu'une seule valeur est protégée par plusieurs incriminations, cas favorisé par ce qu'on a convenu d'appeler une inflation législative. Cette dernière se caractérise par le foisonnement de lois particulières comprenant presque toutes des dispositions pénales. Le droit pénal malagasy n'en possède pas moins de deux volumes et les différences de traitement au niveau de la peine ne facilitent pas l'appréciation de la valeur d'un même intérêt protégé³⁴². La situation se complique lorsqu'une même atteinte tombe sous le cas de plusieurs incriminations. Ce phénomène se retrouvait aussi dans le droit français où, par exemple, la protection de l'autorité publique dans l'exercice de contrôles est prévu par au moins 35 textes distincts³⁴³.

Dans ces derniers cas, la hiérarchisation légale semble ne plus correspondre vraiment à ce que la société ressent au plus fort.

2- Hiérarchisation réelle

On a pu apprendre que, par souci d'économie ou d'efficacité, certains intérêts ne sont pas protégés par le droit pénal. Du moins, celles auxquelles les atteintes seraient considérées comme non vitales au regard du bon fonctionnement et de la conservation de la société. De temps en temps et selon les circonstances, elles intègrent ou quittent le cercle des biens (juridiques, pénalement) protégés par l'incrimination ou non des délits dits artificiels. A première vue, c'est justement du côté de ces intérêts que les priorités sociales dépassent souvent les préoccupations législatives, du fait de la différence de dynamisme. A l'inverse, ce mouvement peut surtout concerner certaines valeurs fondamentales qui risquent alors de devenir des

³³⁹ Tarde G., *La philosophie pénale*, 1890, p.81

³⁴⁰ Tarde G., *Études pénales et sociales*, 1892, p.300

³⁴¹ Pradel J., *op. cit.*, pp.109 et s.

³⁴² Ces textes sont regroupés dans l'Appendice du code pénal édité en 2 tomes.

³⁴³ A. Vitu, *op. cit.*, n° 447-469

valeurs artificielles. A terme, ces divergences peuvent avoir des impacts qui ne sont pas toujours bénéfiques.

a. Une meilleure dynamique

Selon la pensée maîtresse de l'oeuvre sociologique d'Émile Durkheim, la société serait essentiellement créatrice d'idéal. Par ses propriétés, par les forces propres qui se dégagent de la réunion des hommes, s'expliqueraient les caractères de ces grands aimants appelés valeurs³⁴⁴. Une société dynamique³⁴⁵ élabore, façonne et reconfigure les valeurs qu'elle entend préserver, et ce mouvement constitue une hiérarchisation permanente qu'elle essaye également de préserver par tous les moyens. Il se pose alors la question de savoir quels seraient les facteurs qui entrent dans l'élaboration de cette hiérarchie, du classement, des entrées et sorties des différentes valeurs, comme dans les top 10 des variétés musicales ?

A l'époque des luttes de classes intenses, le désir de ressembler et désir de se distinguer auraient constitué deux forces de sens contraire qui suscitent et détruisent des valeurs sans nombre. Transposées aux différents fronts politiques, sociaux et économiques des sociétés contemporaines, les tensions internes entraîneraient également le mouvement perpétuel des valeurs. Ce mouvement correspond maintenant beaucoup plus aux intérêts matériels des individus ou groupes d'individus qu'à des sentiments de classe³⁴⁶.

Beaucoup de penseurs ont essayé et essaient toujours de poser une certaine hiérarchie des valeurs³⁴⁷ mais qui se contredisent souvent en affirmant par la suite que le système des valeurs évoluent³⁴⁸. Ce qu'il importe c'est d'introduire un principe de classement, d'ordre et de hiérarchie³⁴⁹ mais rien ne garantit encore que le principe proposé ne soit pas dépassé par l'évolution des substances. Plus souvent les grands bouleversements tels que les conflits armés et les graves crises sociales, politiques ou économiques sont fatalement suivis de reconsidération du système des valeurs, mêmes les plus essentielles. La compréhension ou l'influence des revenants de guerre qui réclamaient une révision des valeurs³⁵⁰, y serait pour beaucoup dans la reconstruction non seulement des dommages économiques mais aussi des dommages moraux.

A part ces leaders d'opinion, la hiérarchisation des valeurs sociales est certainement l'oeuvre des éducateurs, y compris celles qui sont protégées. Quant Alain avait écrit que les anciens enseignaient quatre vertus : le courage, la tempérance, la justice et la prudence³⁵¹, l'on suspectera que le contenu de l'enseignement change avec les porteurs de message et leurs époques respectives.

³⁴⁴ Bouglé C., *op. cit.*, pp. 18-19

³⁴⁵ Beccaria dans son ouvrage légendaire *Des délits et des peines* croyait avoir distingué trois sortes de peuples qui réagiraient différemment face à l'incertitude des lois : un peuple que le climat rend indolent, une nation voluptueuse, mais agissante et un peuple fort et courageux.

³⁴⁶ Bouglé C., *op. cit.*, pp.60-61

³⁴⁷ Par exemple Von Jhering dans *L'esprit du droit romain* a affirmé que les droits sont des intérêts juridiquement protégés. Il est des intérêts autres que la fortune ; au dessus d'elle se placent des biens de nature morale, dont la valeur est autrement grande : la personnalité, la vie, l'honneur, les liens de famille. Sans ces biens là, les richesses extérieures et visibles n'auraient aucun prix.

³⁴⁸ Blais M., *op. cit.*, 1983, p.107

³⁴⁹ Bouglé C., *op. cit.*, p.14

³⁵⁰ Bouglé C., *op. cit.*, p.14

³⁵¹ Alain, *op. cit.*, p. 38.

Cependant, ils ne sont pas les seuls artisans de l'œuvre, face aux lois qui sont moins dynamiques et avec elle la hiérarchie des valeurs qu'elles sont censées exprimer. Le juge se placerait souvent en intermédiaire de l'individu qui défend son intérêt et le législateur qui prétend défendre l'intérêt du grand nombre ou de la société.

Ce déphasage perpétuel emporte nombreux effets sociaux qui ne sont pas tous à l'avantage de la société.

b. Impacts sociaux

Dans un système politique où les sentiments généraux sont facilement captés par les décideurs, les règles traduisent rapidement et presque fidèlement le mouvement réel des valeurs. De ce fait, les graves distorsions entre le réel et le formel, l'attitude et le permis sont évitées. Ceci n'est pas toujours le cas dans plusieurs pays où ceux qui ont statutairement l'initiative des lois et règlements ont du mal à être redevables à l'endroit de la population. L'on avancerait volontiers que c'est surtout la situation dans les pays dits non démocratiques et/ou dans ceux où les dirigeants ne rendent réellement compte qu'à leurs sponsors électoraux.

Le déphasage peut ainsi être source d'avantages, en termes de qualité de l'Etat de droit, pour une société. Lorsque la qualité de la loi est bonne, expressive des valeurs respectées par la majorité, les citoyens sont enclins à s'y conformer non seulement à sa lettre mais surtout à son esprit. Dans le cas contraire, ils ont tendance à les violer et à s'y soustraire. A ce titre, avec les avancées des techniques statistiques, il est maintenant concevable de relier les tendances de la criminalité avec la situation réelle des valeurs sociales concernées sur l'échelle des valeurs protégées. Plus d'un se serait rendu compte que malgré la hausse toujours inquiétante du vol, il n'est jamais devenu un comportement généralisé même dans les pays à pauvreté extrême, au point de rendre nécessaire la prise d'une politique criminelle.³⁵² Ceci ne pourrait mieux s'expliquer que par la coïncidence des sentiments sociaux avec la législation. L'harmonie se trouve non seulement sur le plan d'expression des valeurs mais aussi au niveau de la sévérité de la réponse aux atteintes et qui forment surtout la hiérarchie. Là, les divergences peuvent être désastreuses.

Par contre, suite aux circonstances historiques et économiques, une société peut être amenée à ne plus valoriser certaines qualités morales essentielles, en corrélation avec le développement de certains vices. Pour illustrer, une enquête menée dans plusieurs pays de l'Afrique de l'Ouest a montré que l'intégrité serait devenu un luxe, hors de portée, de la plupart des citoyens et que seuls des riches ou des saints peuvent se la permettre. En effet, la pression du milieu environnant irait plutôt dans l'autre sens en poussant vers la banalisation des pratiques corruptives et les dissoudre dans les comportements normaux. Refuser un « cadeau » serait offenser le donneur. Refuser un passe-droit à une personne « recommandée » serait manquer aux règles élémentaires de la politesse. Ne pas profiter des « avantages de fonction » que les collègues du service ont démesurément étendus serait faire preuve d'arrogance à leur encontre. Ne pas accepter les petites combines usuelles qui

³⁵² sauf dans le cas des bovidés, par l'Ordonnance n°60-106 du 27 septembre 1960 relative à la répression des vols de bœufs (Ministère de la Justice, *Appendice au code de procédure pénale*, IOE, Antananarivo, 1990, p.22 et S), et de la vanille, par la Loi n° 88-028 du 16 décembre 1988 tendant à renforcer la répression des vols de vanille (*J.O* n° 1903 du 19.12.88, p.2184, éd. sp.), dont les enjeux économiques et sécuritaires ont prévalu et non le comportement en lui-même.

arrondissent les fins de mois serait s'attirer des scènes de ménage³⁵³. En ces situations extrêmes, il appartiendrait au législateur d'essayer de renverser la tendance en réintroduisant la valeur essentielle négligée sur l'échelle des biens réellement protégée. A défaut, l'atteinte d'un seuil de saturation amènerait encore une fois le réel à réclamer du formel, et souvent d'une manière radicale, la prise de certaines mesures en réhabilitation des valeurs endommagées.

En prenant la résolution de lutter sérieusement contre la corruption, les différents législateurs, dans un but dissuasif, font quelque fois l'erreur d'incriminer en faisant jouer la gravité des peines. Ce qui ne fait que renforcer la connotation artificielle de l'infraction de corruption, laquelle dans un environnement généralement atteinte ne correspondrait pas à un comportement profondément stigmatisé comme le vol. Ici, le corrompu ou surtout le corrupteur ne sont généralement pas considérés comme un délinquant mais un débrouillard. Un malin qui aurait réussi à faire fructifier sa position sociale et dans la majorité des cas susciterait l'admiration de beaucoup. Ainsi, jusqu'à ce que la campagne anti-corruption atteigne la réputation de ce comportement, les réformes du droit pénal en ce sens gagneraient à ne chercher que la facilitation de la répression et non son aggravation. Cette dernière pourrait engendrer un phénomène de rejet ou de clémence inconsidéré de la part de ceux qui sont normalement chargés d'appliquer la loi. Le magistrat du parquet qui classe facilement sans suite pour poursuite inopportune, en considérant l'ordre public non suffisamment troublé, serait suspecté comme se trouvant dans un état psychologique faussé. Dans le même ordre de sentiment peut se situer le juge qui relâche souvent au bénéfice du doute.³⁵⁴

Concluant sur la hiérarchie des valeurs, celle du législateur ne correspond pas toujours à la priorité actuelle de l'ensemble des membres de la société et cet état de choses se manifeste pratiquement par l'exemple d'une incrimination tombée en quelque sorte *en désuétude*. Le comportement prohibé devient la règle plutôt que l'exception à combattre par la loi pénale et la valeur correspondante diminue d'importance ou sort même du cercle des biens pénalement protégés. Etait-ce le cas des incriminations des phénomènes de corruption et ainsi de la valeur à leurs antipodes ?

II. INTEGRITE : UNE VALEUR A PROTEGER

Comme il a été développé plus haut, la corruption atteint plusieurs valeurs à la fois mais l'on déduit de ce qui précède que, s'agissant de hiérarchie des valeurs et notamment pour une recherche constante de l'efficacité, la protection pénale devrait être organisée autour de la valeur principale atteinte afin que les autres puissent en bénéficier en conséquence. Il convient ici de lever le doute sur l'applicabilité du droit pénal à la protection, par rapport à la probité³⁵⁵, d'une valeur si diffuse comme l'intégrité et d'apprécier par la suite la pertinence de l'encadrement.

³⁵³ Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., La corruption quotidienne, en Afrique de l'Ouest, *Politique africaine*, n° 83 - octobre 2001, p.31

³⁵⁴ Doucet J-P., Les familles d'infractions, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975, p. 769

³⁵⁵ En droit français, à titre de rappel, la probité constitue déjà une valeur fortement protégée par le droit pénal avec un accent particulier dans le domaine de la vie publique. Une situation qui a connu une évolution récente avec le renforcement de l'incrimination de la corruption dans le secteur non public, avec les articles 445-1 et 445-2 nouveaux du code pénal français.

1- Applicabilité du droit pénal

Dans le cadre plus restreint du droit, notamment du droit pénal, où il s'agit de scruter des comportements par rapport aux règles, il peut apparaître plus approprié de parler de probité. Tous les manquements aux devoirs de probité sont des comportements susceptibles de sanctions pénales, comme recevoir un pot de vin, tandis que des comportements contraires à l'intégrité semblent ne mériter que des sanctions morales, comme le fait pour un juge, en cas de silence de règles pénales, d'accepter des cadeaux de la part d'un justiciable. C'est sans doute ce qui a amené Ferri à englober les coupables de toute une gamme d'infractions n'ayant pas trait à la violence mais plutôt à la fraude dans la catégorie de délinquants dépourvus de sens de la probité. Parmi tant d'autres, on y recense extorsion, abus de pouvoir, concussion, péculat, vente de faveur : bref des comportements incriminés actuellement par les textes anti-corrupcions³⁵⁶.

Ecrivant sur la fonction publique moderne, Max Weber nous disait en revanche qu'elle exigerait, entre autres qualités, un honneur corporatif très développé sur le chapitre de l'intégrité sans lequel nous serions menacés d'une effroyable corruption³⁵⁷. Ainsi, la corruption comprise comme le fait de gêner un ensemble : sa cible préférée serait l'intégrité et en revanche l'existence de l'intégrité ne laisserait aucune place à la corruption³⁵⁸. La vision réduite sur le secteur public tend à considérer davantage la probité comme valeur fondamentale à protéger tandis que celle, plus large, qui consiste à rendre tous les acteurs sinon tous les citoyens égaux devant les devoirs d'intégrité rend nécessaire la prise en compte de cette dernière, en tant qu'objet d'une protection pénale, pour préserver la société de la corruption. En effet, la lutte contre la corruption dans son ensemble vise à recouvrer la valeur intégrité et c'est dans ce sens que les documents très généraux l'emploient souvent.

Après cette incursion dans la contrée des concepts, il y lieu maintenant de situer la valeur intégrité dans le cercle des biens protégés.

2- Pertinence de la protection

On peut dire que depuis plus d'une décennie, l'intégrité tend à remonter sur l'échelle des valeurs protégées tant sur le plan universel qu'au niveau national où elle mérite encore d'être poussée un peu plus.

a. Valeur universellement protégée

À l'origine des relations juridiques internationales, un traité d'extradition conclu entre deux peuples aurait prouvé sur le plan pénal la protection commune de valeurs sociales³⁵⁹. On pourrait ainsi avancer que les instruments conventionnels régionaux ou à vocation universelle sont les signes, du moins formellement, que des valeurs sont partagées et auxquelles toutes les parties accordent une certaine importance

³⁵⁶ Ferri E., *op. cit.*, p.196

³⁵⁷ Weber M., *Le savant et le politique*, Une édition électronique réalisée à partir du livre de Max Weber (1919), *Le savant et le politique*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1963, 186 pages. Collection : Le Monde en 10-18. http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html, p. 37

³⁵⁸ Définition englobante adoptée aussi par le SCPC en son rapport annuel 2004, p.37

³⁵⁹ Tarde G., *La philosophie pénale*, édition électronique réalisée du livre publié en 1890, *La philosophie pénale*, (1890). Paris: Éditions Cujas, 1972 ; <http://www.uqac.quebec.ca/>,p. 86

lorsque les textes comportent des dispositions pénales. A cet égard, la souveraineté d'un Etat, son intégrité territoriale, la paix et la sécurité mondiale, la sécurité des transports internationaux et tout récemment l'environnement comme patrimoine commun de l'humanité figurent parmi les valeurs largement partagées. Parmi tous ces intérêts, d'autres se distinguent particulièrement pour l'effectivité de leurs protections pénales, lesquelles ne sont plus confiées exclusivement aux Etats mais à des instances judiciaires internationales, ad hoc ou permanentes. Ce qui témoigneraient de leurs importances particulières aux yeux des Nations.

L'importance partagée d'une valeur serait ainsi marquée par l'existence de nombreux instruments qui renforcent sa protection. Sans pertinence chronologique, outre l'existence d'une convention à vocation universelle en la matière, des organisations régionales ou des groupes d'Etats s'empressent également de prendre des mesures communes plus contraignantes à leurs niveaux respectifs. Cet enthousiasme se remarque surtout en matière environnementale et tend à être le cas en matière de lutte contre la corruption à travers laquelle la valeur intégrité est nécessairement protégée. Il est cependant constaté que la majorité des instruments anti-corruption ne s'intéressent à l'intégrité qu'indirectement, la laissant en *sous entendu* et non en objectif clairement indiqué. C'est ainsi que, pour l'instrument le plus ancien en matière de lutte contre la corruption, la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996³⁶⁰, les Etats parties sont convaincus que la corruption porte gravement atteinte à la société, notamment en son ordre moral et la justice. Toutefois, la valeur intégrité n'a été spécifiée que pour les fonctionnaires publics et les procédures gouvernementales.

S'agissant maintenant de la Convention de l'OCDE dans laquelle les mots intégrité ou probité n'apparaissent pas une seule fois, les préoccupations tendent à la protection du commerce international plutôt qu'à la protection de l'intégrité. Pendant l'élaboration, ce qui importait aux Etats parties à la Convention n'était sûrement pas l'intégrité ni des agents publics étrangers concernés ni des entreprises ou investisseurs de leurs ressorts mais les distorsions des conditions de concurrence internationale entre ces acteurs à cause de la corruption³⁶¹. Egalement silencieuse concernant la valeur intégrité, la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, tout en prescrivant des mesures assez complètes contre la corruption, se trouve préoccupée par les effets négatifs de la corruption et de l'impunité sur la stabilité politique, économique, sociale et culturelle des pays africains, et ses conséquences néfastes sur le développement économique et social. Le Conseil de l'Europe a progressé vers la reconnaissance que la corruption porte atteinte à d'autres choses que la prééminence du droit, la démocratie, la concurrence, les principes de bonne administration et les droits de l'homme. En déclarant comme priorité une politique pénale commune tendant à la protection de la société contre la corruption, la Convention souligne la menace contre les fondements moraux de la société, notamment l'équité et la justice sociale, même si l'intégrité n'y est pas encore expressément mentionnée.

Il a fallu attendre la Convention des Nations Unies en 2003 pour voir expressément la sauvegarde de l'intégrité insérée parmi les intérêts de préoccupation. En effet, l'instrument recommande aux Etats parties d'élaborer des politiques de

³⁶⁰ La Convention interaméricaine contre la corruption a été adoptée le 29 mars 1996 à Caracas, <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>

³⁶¹ Préambule de la Convention de l'OCDE 1997

prévention qui reflètent entre autres les principes d'intégrité³⁶². En outre, la promotion de l'intégrité est spécialement encouragée et renforcée chez les agents publics³⁶³, les magistrats³⁶⁴ et les entités du secteur privé³⁶⁵. La prise de conscience au niveau des dirigeants de ce monde ayant conduit à l'adoption de ces nombreux instruments a été certainement le fruit d'un mouvement réel de valeur en faveur de la probité au sein des sociétés et de la communauté internationale. Les grands scandales de corruption des années 90 y étaient sans aucun doute des facteurs déclenchants.

b. Valeur nationalement à promouvoir

Au niveau national, le mouvement a corrélativement suivi la tendance internationale, elle-même déclenchée par le mouvement impulsé par les Etats-Unis à partir des expériences négatives internes qui les ont conduit à l'adoption du *foreign corrupt practice act* en 1977³⁶⁶. En France, la notion de devoir de probité a été introduite dans le droit pénal français par l'adoption de la loi de 1993³⁶⁷ et pris en compte par le nouveau code pénal de 1994. Auparavant, c'était la bonne conduite des fonctionnaires publics qui était au centre des préoccupations, laquelle bien sûr comprend son intégrité qui restait encore non apparente en tant que centre d'intérêts.

A Madagascar, la préoccupation sur le ravage de la corruption a commencé formellement du temps du roi Andrianampoinimerina qui, dans un de ses fameux *Kabary*, a qualifié de crime le fait de se faire acheter pour n'importe quelle faveur, devoir ou obligation. En réalité, la valeur intégrité n'a cessé de se détériorer dans la société malagasy jusqu'au point de saturation générale vers les années 90, pendant lesquels la société a de nouveau revendiqué sa réhabilitation par des mouvements sociaux radicaux. La résolution du régime en place en 2002 de s'élancer dans le mouvement anti-corruption serait sans doute la confirmation de l'influence de la hiérarchisation réelle sur la hiérarchisation formelle en dynamique des valeurs.

Avec l'avènement de la stratégie nationale de lutte contre la corruption en juillet 2004, l'intégrité et la probité ont trouvé consécration en tant que valeur à promouvoir afin de contenir la corruption. Toutefois, la loi 2004-030 sur la lutte contre la corruption ne mentionne l'intégrité que dans l'exposé des motifs et dans le volet prévention du texte. La réforme n'a pas touché l'intitulé de la section correspondante du code pénal, et retient toujours comme intérêt protégé la bonne conduite des fonctionnaires publics. Par ailleurs, l'objectif est sectoriel puisque le principe d'intégrité semble ne concerner que les aspects de la vie publique et tout particulièrement les serviteurs de l'Etat³⁶⁸. Malgré les mesures assez complètes prescrites dans la loi, cette prise en compte partielle de la valeur ne reste uniquement pas au niveau de la forme mais a eu une répercussion jusqu'à la substance du droit comme la suite du développement le montrera.

³⁶² Article 5 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption

³⁶³ Article 8 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption

³⁶⁴ Article 11 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption

³⁶⁵ Article 12-1°.b) de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption

³⁶⁶ FCPA, Pub. L. n° 95-213

³⁶⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

³⁶⁸ Article 1^{er} de la loi 2004-030 du 30 septembre 2004

On sait maintenant que la corruption pervertit les valeurs : les moyens au détriment des fins et les valeurs corporelles avant les valeurs morales. Le grand risque de l'occultation est qu'en fin de compte le droit pénal ne s'attacherait qu'à la protection de quelques intérêts « moyen », comme les fonctions publique et privé, la transparence, la bonne gouvernance et autres, au lieu de s'intéresser à la valeur fondamentale qui constitue la fin : l'intégrité. La première partie du document consistera à démontrer à travers l'histoire de Madagascar l'échec du droit pénal dans la maîtrise des phénomènes de corruption, en grande partie dû à l'insuffisante prise en compte de la valeur sociale protégée, et qui a inévitablement enfoncé le pays dans la catégorie des moins avancés. Il conviendra ensuite, dans la seconde partie, d'analyser les réformes entreprises avec l'avènement de la loi 2004-030, une nouvelle donne dans la lutte contre la corruption, et apprécier dans quelle mesure celles-ci ont suffisamment tenu compte des précédentes remarques, pour proposer en conséquence des pistes d'amélioration dans l'optique du développement durable.

PREMIERE PARTIE : AVANT 2004, L'INTEGRITE SACRIFIEE

Plus d'un siècle d'histoire riche en mouvements amène à constater que la protection de l'intégrité, traduite par l'encadrement des phénomènes de corruption, ne peut pas être séparée de l'évolution du droit pénal. Ayant reçu une protection relativement appropriée au début de la période prise en compte, l'intégrité a graduellement diminué en importance dans l'échelle des valeurs sociales protégées et n'avait été sauvegardée que par la répression de quelques manifestations de la corruption. La genèse de cette protection accompagnait les premiers efforts d'organisation étatique d'un des grands royaumes de Madagascar et elle fut artificiellement amplifiée pendant la colonisation (Titre I). Elle n'a pas pu cependant empêcher l'extension sans précédent de la corruption au cours des décennies d'indépendance, synonyme d'une pauvreté généralisée (Titre II).

TITRE I- GENESE DE LA PROTECTION

En son histoire ancienne, la société malagasy ou plus exactement les peuples qui s'étaient successivement et définitivement installés³⁶⁹ dans l'île semblaient se soucier plus de l'harmonie sociale que de l'accumulation individuelle de richesses. Cette harmonie se manifestait par une solidarité sociale remarquable qui s'obtenait par le respect des valeurs fondamentales comme le « *Fihavanana*³⁷⁰ », le *Rariny* et le « *Marina*³⁷¹ ». On peut imaginer ce souci à travers les différents proverbes³⁷² et tabous dont un grand nombre est encore actuellement en usage. Ce souci de l'équité et de l'intérêt communautaire, fondé sur la valeur spirituelle de l'humain³⁷³, pouvait également se vérifier par l'existence de normes à caractère pénal. Celles-ci venaient renforcer les interdits sociaux et protéger ainsi les éléments de ces vertus considérées alors comme des valeurs essentielles de la société.

A travers les différentes étapes de l'histoire sociopolitique de Madagascar, ces normes ont évidemment évolué en étant fonction de la dynamique sociale. Elles servaient logiquement les intérêts de la frange dirigeante ou dominante de la société qui s'organisait progressivement en pouvoir économique structuré. Globalement, l'histoire politique de Madagascar est passée par plusieurs étapes plus ou moins bien distinctes et dont le développement relève plutôt d'une autre discipline que le droit. Cependant, pour mieux appréhender les instruments pénaux actuels destinés à la protection de la société face à l'endémie de corruption et ses ravages, il y a lieu de considérer cette époque en trois périodes politiquement distinctes : la période précoloniale, celle de l'occupation française et enfin celle de l'après Indépendance jusqu'au moment présent où la lutte contre la corruption semble devenir une préoccupation grandissante de la communauté internationale.

Il s'agira ici d'inventorier et d'analyser l'évolution des instruments du droit pénal en faveur de ces valeurs tout en étudiant particulièrement les principes qui ont fait la

³⁶⁹ Pour un bref aperçu de l'histoire du peuplement de Madagascar, voir. Pierre Verin, *Madagascar*, Karthala, pp. 9 et ss.

³⁷⁰ Voir plus loin Section 2

³⁷¹ Littéralement traduit en français par Juste ou Vérité

³⁷² Rahajarijafy P., *Ny ohabolana malagasy*, Librairie Ambozontany, Fianarantsoa, 1970

³⁷³ Selon le malagasy, « ny fanahy no maha olona », cette « fanahy » qui le distingue de l'animal mais qui différencie également l'homme vertueux des autres.

force et la faiblesse des systèmes pénaux successifs. On peut noter que l'histoire législative en général a connu une continuité remarquable bien que l'adjonction ou l'emprunt inévitable de normes d'origine étrangère, notamment française, était venu bouleverser une législation en pleine formation.

Les instruments de protection permettront d'apprécier les préoccupations d'une société donnée face à la dégradation rapide des mœurs au détriment de la normalisation des actes de corruption. L'existence de ces instruments, leurs lacunes et même leurs défauts traduisent les intentions des dirigeants et, dans une certaine mesure, du peuple sur la façon de protéger leur milieu et cadre de vie, ici en matière pénale. Elles permettraient également de situer la place du droit pénal dans l'ordonnement juridique de la nation. Pour cela, il est nécessaire d'aborder même de façon très succincte les systèmes pénaux en vigueur pendant les dites périodes. La revue des deux premières périodes a un intérêt historique apparent mais elle contribuera grandement à la compréhension de la troisième et dernière époque. En outre, elle facilitera l'appréciation des éventuelles réformes qui paraissent se bousculer.

Le niveau d'encadrement pénal de la corruption, inversement à la prise en considération des valeurs protégées, part d'un niveau assez insignifiant (Chapitre I) à un niveau plus acceptable compte tenu de la variété et de pertinence des normes pénales y afférentes (Chapitre II). Seulement, conjugué au stade de développement socio-économique atteint par la société et au paramètre pressions illicites sur les décideurs de la sphère économique, le niveau de protection pénale n'avait pratiquement pas évolué. De prime abord, il n'a pas pu baliser la gestion des ressources économiques et financières du pays ni contenir la corruption en général à Madagascar.

CHAPITRE I- DE LA PROTECTION DE L'EQUITE A LA PROTECTION DE LA FONCTION PUBLIQUE ROYALE

Les phénomènes de corruption avaient bel et bien existé dans la société malagasy d'avant la colonisation comme dans toute société humaine, même si des enquêtes récemment menées ont montré que la population ne semble pas connaître la corruption des anciens temps. Des récits oraux ont affirmé en ces temps l'existence de certaines pratiques dans la région du Sud Est de Madagascar lors des procès. Ces derniers consistaient en l'ordalie au tanguin (« *tangena* ») et pendant lesquels ceux qui paient le « bourreau » qui prépare et administre le tanguin auront de faibles doses de ce poison mortel. Il demeureront en vie, et de ce fait seront acquittés. De même, le dicton « *ny managna aloha tsy manôky rano boty* »³⁷⁴ (celui qui a un parent qui habite en amont d'une rivière, ne puise pas de l'eau sale) laisse supposer la pratique, autrefois, de la corruption ou du moins du népotisme. Par cette logique, le parent d'un magistrat devra bénéficier d'un traitement privilégié pouvant aller jusqu'à l'impunité. Les « *kabaro* », séances traditionnelles de règlement communautaire de litiges et conflits, auraient été également touchés par la corruption : ceux qui s'acquittaient d'un cadeau ou d'une somme d'argent auront la faveur du « *Mpanjaka*³⁷⁵ » ou « *Anakandria*³⁷⁶ ». D'autres sources affirment pourtant que la

³⁷⁴ Transposé dans la vie en société, ce dicton veut tout simplement dire que celui qui a déjà un parent bien placé dans le système social, doit jouir des avantages et des faveurs que cela devrait procurer.

³⁷⁵ Souverain de la tribu

³⁷⁶ Conseiller du Chef de clan en Tanàla Ikongo, assisté des notables, il rendait la justice et statuait en premier ressort sous réserve de recours en certaines situations devant le Chef de Clan ou le Mpanjaka, souverain de la

corruption n'est apparue que durant l'ère coloniale où la corruption a été utilisée pour favoriser les dénonciations des patriotes lors des événements de 1947³⁷⁷.

La période précoloniale pourrait artificiellement être délimitée à partir de la formation des royautes à vocation unificatrice de l'île jusqu'en Août 1896, date officielle de commencement de l'occupation française. Politiquement, elle était marquée par la coexistence de souverainetés concurrentes qui se phagocytèrent, mais il y avait eu tout de même une période relativement longue où les grandes royautes se reconnaissaient en tant que puissance souveraine dans leurs territoires respectifs. Cette période de recherche d'équilibre géopolitique avait toutefois permis à ces royaumes d'organiser, entre autres, leurs systèmes juridiques tout en tenant compte de la protection des valeurs primordiales encore à sauvegarder : l'intégrité territoriale du royaume et le pouvoir royal.³⁷⁸

La question qui pourrait se poser est la suivante : existait-il de systèmes pénaux organisés de façon à permettre la protection efficace des valeurs sociales autres que celles précédemment citées, notamment l'intégrité. En y recherchant des réponses, étant donné les absences d'écrits sur l'histoire juridique de la plupart des royaumes ayant existé, l'on a pu qu'analyser celle du royaume qui avait eu une structure étatique et administrative relativement moderne³⁷⁹ et avait sûrement connu le phénomène de corruption. Avant l'avènement des différents codes royaux, le droit merina était aussi constitué par des normes orales, lesquelles ne sauraient atteindre nécessairement un degré de précision nécessaire dans leur formulation. Ainsi en matière pénale, cela pourrait supposer l'existence et l'importance des règles générales utiles pour assurer une justice opérante et qui devraient traduire juridiquement une exigence supérieure considérée comme préexistante à la norme juridique. Elles auraient ainsi joué un triple rôle : inspirer les règles positives, compléter celles-ci, voire les combattre à l'extrême limite.³⁸⁰ Avec la codification, les principes restaient des règles générales qui viennent éclairer ou compléter les dispositions législatives, ou donner leur pleine signification ou leur totale vigueur à des droits ou des libertés explicitement ou implicitement contenus dans les textes.³⁸¹

A cet égard, l'analyse des différents codes royaux permet de dégager des règles générales³⁸², implicites ou explicites, qui guidaient la formulation et l'effectivité de ses normes pénales. Il s'agit en premier lieu de principes entourant l'infraction, définie objectivement comme la violation matérielle de la loi pénale³⁸³, tels le principe de la légalité et le principe d'unicité apparente des dispositions répressives.

tribu. In Poirier C., de quelques procédures judiciaires locales, Ordalies et magie, *Bulletin de l'Académie Malagasy*, 1960, T.38, p.118

³⁷⁷ Cabinet ALTERNATIVES, *Analyse diagnostic de la corruption dans des zones ciblées à Madagascar, Rapport final*, Conseil Supérieur de Lutte Contre la Corruption (CSLCC pour la suite), 2004, p.33

³⁷⁸ Les principaux royaumes étaient les suivants : Merina, Sakalava, Betsimisaraka, Sakalava Boina, Sakalava Menabe et Betsileo. Sur l'étendue du royaume Merina voir la carte Voir carte retraçant la souveraineté de l'Etat malgache en 1894 fait par S. Ayache et retouchée par Ignace Rakoto. In Rakoto I., *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar (1841-1896)*, Institut de Civilisation Musée d'Art et d'Archéologie, Université d'Antananarivo, 2006, p.308

³⁷⁹ Lupo P., *Eglise et décolonisation à Madagascar*, Les Editions Ambozontany, Fianarantsoa, 1975, p.19

³⁸⁰ Motulsky H., le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, 1961, pp. 175 et s.; Pradel J., *op. cit.*, p.234

³⁸¹ Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel* 7è Cujas 1997, p.257

³⁸² Rabenoro C., Exposé introductif, Séance spéciale sur le Code des 305 articles sous l'égide de la 2è Section (séance du 12/82), *Bulletin de l'Académie Malagasy*, 1982, p.29 ; Thébault E., *op. cit.*, p.11

³⁸³ Merle R., *op. cit.*, p.1

Ensuite, l'on identifie des principes encadrant la responsabilité pénale, une notion pas encore très élaborée dans l'ancien droit, qui connaît quelques exceptions permettant de retenir celle des autres acteurs d'une infraction. Dans l'ancien droit, la responsabilité pénale concerne principalement l'individu, celui qui se comporte en violation des prescriptions de la loi pénale, par action ou omission. En commençant par une disposition qui doit recevoir application quel que soit le genre, homme ou femme, le Code des 305 articles et ainsi les lois et règlements antérieurs semblent n'avoir retenu la responsabilité pénale qu'aux individus, excluant d'emblée la responsabilité collective et celle des personnes morales³⁸⁴. Dans certains cas, la responsabilité pénale d'un individu semble même subsister après sa mort³⁸⁵. L'ancien droit pénal prévoyait aussi des cas des personnes irresponsables qui sont le dément³⁸⁶ et les enfants de bas âge³⁸⁷.

Enfin, l'on retient des principes régissant la peine dont la conception pendant cette période confirme la définition selon laquelle elle est une souffrance imposée à celui qui a violé un devoir.³⁸⁸ Malgré sa jeunesse, le système offrait une grande sécurité juridique laissant moins de place à des peines arbitraires³⁸⁹ et une variété appréciable de peines. Les principes d'élaboration et de mise en œuvre ont trait à la la préfixité des peines qui ne permettaient pas une personnalisation de la sanction, laissant de côté les préoccupations d'utilité sociale et d'amendement du condamné.

³⁸⁴ La tentation d'affirmer est facile parce que les personnes morales ne pouvaient pas exister en ces temps là. Cela ne pouvait être que vérité si elle était seulement définie comme une entité juridique ayant des droits et obligations comme on le conçoit actuellement, avec les formalités administratives et légales requises. En effet, les entreprises collectives, comme les sociétés n'existaient pas encore dans le droit civil royal. Cependant, prise dans un sens plus large et en l'absence de définition juridique précise en ces époques, il existait des entités pouvant agir au nom et à la place des individus, ce qui démontre une existence juridique sinon sociale. Parmi les différentes collectivités claniques, ethniques ou même territoriales que l'on pourrait qualifier de personne morale, le Fokonolona était dans ce royaume celle qui avait formellement des droits et obligations et était apte à les exercer (Spas L., *Etude sur l'organisation de Madagascar- Justice indigène - Indigénat- Conseil d'arbitrage*, Giard et Brière, Paris, 1912, p.41).

Le Fokonolona avait un pouvoir judiciaire ou celui de police. Il pouvait en effet appréhender les criminels, et les détenir jusqu'à leur présentation devant les autorités royales chargés de la poursuite. Il pouvait également connaître de menus délits jusqu'à l'avènement du code de 1881. Ce pouvoir juridictionnel, n'attribuant automatiquement pas la qualité de personne morale, était en même temps une obligation dont la violation était susceptible d'engager sa responsabilité pénale et d'entraîner des sanctions (Série FF-49, Affaire c/Indesaka ao Manorikia, 15 adalo 1864, Antananarivo, p.3-r, n°5 ; v. aussi série FF-42, Meurtre d'Ilaitirofo, 2 asombola 1863, Antananarivo, p.168-v, n°4). Ainsi, si l'existence d'entité juridique dans le sens d'une personne morale ne faisait aucun doute, il est clair que les incriminations contenues dans les codes royaux ne visaient principalement que l'individu.

³⁸⁵ Série FF-49, Affaire c/Indesaka ao Manorikia, 15 adalo 1864, Antananarivo, p.3-r, n°5 ; v. aussi série FF-42, Meurtre d'Ilaitirofo, 2 asombola 1863, Antananarivo, p.168-v, n°4

³⁸⁶ Série FF-52, Affaire Ibezara (andevo), 14 adizaoza 1867, pp.19-v et s. ; série FF-78, Affaire c/ Itsiadino (ankizivavy), 12 adizaoza 1884, Antananarivo (Marivolanitra), n°35 ; Affaire c/ Itsimifaho et Imasilo, 23 alakarabo, 1885, n°44

³⁸⁷ Traduction de l'article 156 du code des 305 articles par Gustave J. in Gustave J., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, *Bulletin Trimestriel de l'Académie Malgache*, n°1, vol. 1, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1902, p.3

³⁸⁸ Les théories pénales des origines au milieu du XIX^e siècle par Haus J.J., *Principes généraux du droit pénal*, 2e éd., Gand, 1874

³⁸⁹ L'on aurait eu moins de chance à rencontrer de peine arbitraire comme cet exemple narré par Monestier (Faits-divers) : *Une femme accusée d'une grave infraction au Code de la route passe devant un juge du tribunal de Dallas. Texas. Après qu'elle eût déclaré ses qualités et fonctions, le visage du juge s'éclaira d'un grand sourire : « Madame, cela fait des années que j'attends une maîtresse d'école devant ce tribunal... Asseyez-vous à cette table et écrivez 500 fois : Je ne dois pas passer au feu rouge ».*

Eclairé par ces quelques principes, le droit pénal précolonial avait pris en charge nombreux types de déviance. La revue sommaire des textes pénaux de l'époque permet de constater les préoccupations du législateur royal qui s'est principalement tourné vers la protection de l'autorité royale. D'autres valeurs étaient dans une moindre mesure bien protégées pénalement, comme la vie, la sécurité des marchés, la propriété et la communauté. La corruption, au sens large du terme, étant un phénomène nouvellement perçu et favorisé par le développement de l'administration royale, prenait progressivement place parmi les préoccupations du législateur royal. Corollaires du pouvoir³⁹⁰, les manifestations de la corruption commençaient à retenir l'attention du législateur avec le développement de l'organisation politique, administrative et judiciaire dans le royaume de l'Imerina. Avec l'expansion territoriale de celui-ci, l'exercice du pouvoir s'était également déconcentré vers les provinces entraînant avec elle les pratiques corruptives. Cette expansion commence à pervertir les valeurs sociales (SECTION 1) et, en réaction, le législateur royal a, pour leur encadrement pénal, réagi différemment selon les époques (SECTION 2).

SECTION 1- CORRUPTION DES VALEURS SOCIALES

Les phénomènes de corruption supposés comme ayant été formalisés avec les premières organisations administratives datant d'Andrianampoinimerina s'étaient développés jusqu'au point d'être systémiques ou généralisées dans l'Administration royale (A), en essayant de pervertir l'une des qualités morales de la société malagasy (B).

A. DEVELOPPEMENT DES PHENOMENES

On a pu dire que la corruption est généralisée dans un pays lorsque son système judiciaire et tout particulièrement quand le Corps de la magistrature est largement rongé par le mal. On peut tout au moins noter que, pendant la période précédant la colonisation, c'était le cliché perçu de l'Administration royale, incluant son système judiciaire, sans pour autant l'être dans tous le pays.

I. DECLIN DE L'ADMINISTRATION ROYALE

Comme il a été dit dans l'introduction, il est difficile même de nos jours de mesurer avec certitude l'ampleur des phénomènes de corruption, l'apprécier à travers l'histoire s'avère plus hasardeux et pourrait facilement induire en erreur du fait qu'elle peut être tendancieuse. Toutefois, faute de source de mesure relativement fiable comme les sondages, et de moyens de vérification comme les statistiques des infractions en la matière³⁹¹, il convient de travailler sur les écrits dont l'unanimité de la perception peut leur accorder un certain crédit.

Du fait que tout au long de l'histoire du royaume, presque tous les administrateurs étaient aussi des magistrats chargés de rendre la justice, l'on ne pourrait en effet séparer l'atteinte de l'Administration de celle du système judiciaire. Il s'avérerait que les phénomènes de corruption caractéristiques à cette Administration seraient relativement bien maîtrisés tout au début pour ensuite se développer au fur et à mesure de son envergure territoriale.

³⁹⁰ TI, *op. cit.*, p.41

³⁹¹ Notre recherche sur les jugements rendus par les juridictions royales des séries FF des Archives nationales, du moins sur ceux qui sont encore consultables, n'a pas abouti à la découverte d'affaires de corruption.

1- Bonne réputation sous Andrianampoinimerina

Sous le règne d'Andrianampoinimerina qui avait commencé la mise en place de l'Administration merina, le système de gouvernance était caractérisé par une participation très poussée des sujets. Chacun au niveau de la communauté où il vit était responsable de la vie sociale. En effet, les familles, les groupements de maisons et les *Fokonolona* avaient des pouvoirs leur permettant en général de faire régner la discipline sociale, faisant rarement intervenir des fonctionnaires investis du pouvoir royal. Outre les relations encore étroites entre les membres, on sait que le système de prise de décision dans ces instances était suffisamment démocratique qu'il aurait été difficile pour les phénomènes de corruption de s'y introduire. Ainsi, les pouvoirs judiciaires du roi étaient délégués jusqu'auprès de ses humbles sujets dans toute l'étendue de l'Imerina. Cette situation donnait aux populations le sentiment réel de leurs responsabilités en même temps qu'une singulière force de cohésion aux divers groupements qui les composaient. Ceci aurait pour impact d'augmenter les liens de solidarité et de rendre facile la surveillance et l'Administration d'ensemble³⁹².

On pourrait également ajouter que le système de vigilance mutuelle et de tolérance nulle, en matière de prévarications des tenants de pouvoir, favorisait la culture de l'intégrité. Il a été dit à ce titre que les sujets d'Andrianampoinimerina étaient très exigeants sur l'intégrité de ces derniers³⁹³. Durant son règne, et sans doute suivi par son fils *Laidama*, un système d'incitation à la dénonciation avait été mis en place³⁹⁴ et le souverain lui-même proclamait haut et fort que l'atteinte de la valeur équité par les phénomènes de corruption n'est pas tolérée quelqu'en soit l'auteur. Sa grande popularité était, semble-t-il, à cause de ce trait d'égalité et d'impartialité dans la Justice si bien que plus tard, au début de la colonisation, les témoignages étaient encore vivaces³⁹⁵.

Si l'on se fie à la traduction³⁹⁶, la valeur protégée contre les phénomènes de corruption était l'équité. Cependant, l'analyse des dispositions amène à conclure que la valeur protégée s'identifie mieux à l'intégrité. On peut dire que c'est la coïncidence entre la valeur fortement partagée par les sujets et le souverain législateur, les deux parties ayant été conjointement en charge de la protection de l'ordre social, qui devait rendre le système de gouvernance moins perméable à la corruption. On peut imaginer la communion qu'aurait engendré le discours public suivant : « Mais gardez-vous bien d'exiger ce que le peuple ne vous donnera pas spontanément. Le fait d'accepter telle offrande qui vous sera présentée de bonne grâce ne vous mettra certes pas en faute, mais sachez vous en tenir là si vous ne voulez pas encourir ma colère ». Et aussi : « *Miotimanta fa tsy mahandrimasaka* : les fruits mûrs, c'est tout ce dont vous voulez bien dessaisir, toutes vos libéralités au profit des *vadintani*, tandis que les fruits non mûrs sont toutes choses dont ils vous dépouilleront contre votre gré »³⁹⁷.

³⁹² Gustave J., *op. cit.*, p.364

³⁹³ Callet R.P., *Histoire des Rois, Tantaran'ny Andriana*, T I à IV, éd. Librairie de Madagascar, 1974, p.97

³⁹⁴ Voir à ce sujet les lois faites par Andrianampoinimerina en vue de se débarrasser des mauvais éléments, la prime à la dénonciation et la loi sur la recherche des suspects, in Callet R.P., *op. cit.*, p.180 et s.

³⁹⁵ Cahuzac A., *Essai sur les Institutions et le Droit malgaches*, Librairie Marocaine, 1906, p.3

³⁹⁶ Callet R.P., *op. cit.*, T.III, p.97

³⁹⁷ Gustave J., *op. cit.*, pp.373 et 374

Ce que le souverain craignait en cette époque fut surtout les formes de concussion, d'extorsion et de justice partielle qui, après lui, auraient remplacé l'honnêteté qu'il avait tant désirée³⁹⁸.

2- Perception de corruption généralisée en fin de royaume

Les auteurs français du début de la colonisation étaient unanimes en ce que la Justice royale était très largement atteinte par la corruption. En effet, la vénalité aurait été de règle et l'initiative des transactions corrompues viendrait même des magistrats³⁹⁹. Ces derniers auraient eu une cupidité légendaire qui leur donnait l'image du juge qui se faisait payer par les deux parties et la faveur devait aller à celui qui payait le plus grassement⁴⁰⁰.

Pire encore, la corruption était une pratique générale dans le système judiciaire. Lors de l'occupation en 1895, les jugements n'auraient été que des décisions rendues sans exception en faveur du plus offrant. Les juges auraient fait en sorte que les affaires restent en suspens, en gardant ainsi l'espoir d'augmenter leurs profits. Il a été ajouté que pour aboutir à une solution en leur faveur, les plaideurs empruntaient de l'argent à un taux d'intérêts élevé, quelques fois même aux amis des juges. Et quand se terminait l'affaire le gagnant se trouvait considérablement endetté et le perdant ruiné, souvent même réduit avec les siens à l'état d'esclaves pour dettes⁴⁰¹. Des affirmations plus ironiques venaient noircir un peu plus le tableau. Ainsi, les affaires auraient été tout de même examinées avec beaucoup de soins et les reproches adressés aux magistrats malagasy seraient bien exagérés. Sans doute, ces derniers se faisaient payer mais par les deux parties : en somme la balance restait égale.⁴⁰²

Après tout, on peut être facilement tenté d'exciper que ces affirmations pouvaient être le fruit d'une campagne de dénigrement du système local. Il pouvait viser la légitimation du système colonial à implanter et, notamment, de justifier le non respect du principe de non assimilation et d'autonomie des indigènes en matière judiciaire en moins d'un an après le traité de protectorat⁴⁰³. D'autant plus que des rapports officiels en vue de la colonisation confirmaient que les officiers Administrateurs, chargés des fonctions judiciaires, surent inspirer aux populations la confiance dans l'impartialité de la justice coloniale, si différente de l'ancienne justice *hova*⁴⁰⁴. Toutefois, des sources locales semblent confirmer cette généralisation de la corruption de la justice royale.

Dans un *Kabary* de la dernière reine Ranavalona III, porté par l'officier Rafanoharana, nommé gouverneur de la province du Betsileo, cette souveraine aurait proclamé que, jusque là, dans la majorité des affaires judiciaires, ceux qui payent le plus les magistrats avaient gain de cause. Cette honte pour la nation n'était plus tolérable, disait-elle, et que désormais la distribution de la justice se ferait en vertu de l'intégrité et de l'équité et non plus en fonction de la richesse des parties. Elle

³⁹⁸ Spas L., *op. cit.*, p.46

³⁹⁹ Aujas L., *Manuel de procédures et de droit indigène: les juridictions criminelles à Madagascar- tribunaux de 1ère et de 2è degré*, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1908, p.8

⁴⁰⁰ Spas L., *op. cit.*, p.51

⁴⁰¹ Ozoux L., *Droit pénal indigène*, 3è édition, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1939, p.17

⁴⁰² Guth J.M., *Les juridictions criminelles à Madagascar*, IHET, Cujas, Paris, 1961, p.35

⁴⁰³ Guth J.M., *op. cit.*, p.34

⁴⁰⁴ Tiré du rapport de tournée du Procureur Général Dubreuil en date du 15 mars 1898, *Rapport d'ensemble du Général Gallieni sur la situation générale de Madagascar*, T.I, Paris, Imprimerie des J.O, 1889, p.67

avertissait en terminant que ceux qui auraient la charge de rendre la justice devraient s'inspirer de ces idées pour ne pas être en faute et encourir une condamnation⁴⁰⁵. Bien avant elle, du temps de Ranavalona Ière, l'ordalie d'administration du tanguin aurait été instrumentalisée pour éliminer ceux que la reine n'aimait pas et n'était plus ainsi l'émanation de la justice. En conséquence, les gens n'avaient plus cru en cette institution. Néanmoins, il y a lieu de signaler que ces récits venaient des chrétiens qui ne voyaient en son règne qu'atrocités, intrigues et sévérité.⁴⁰⁶

II. AUTRE REALITE SOCIALE

Quoi qu'il en soit, la mauvaise image était si répandue que l'on se demande, tout d'abord, ce qui a pu amener une telle dégradation en un temps relativement court et, ensuite, si le mal avait atteint la société toute entière.

On a pu avancer que l'organisation judiciaire après 1810 avait réduit à néant les pouvoirs judiciaires qu'Andrianampoinimerina avait reconnus aux *Fokonolona*⁴⁰⁷. Il en résultait pendant une période assez longue une déresponsabilisation favorisée par une centralisation à outrance⁴⁰⁸. Dans l'Imerina, la création des *Sakaizambohitra* ou amis des villages, aurait causé une armée de prédateurs d'autant plus âpres à la corvée que leurs appétits multiples avaient été longtemps contenus⁴⁰⁹. Dans les provinces et les fiefs, à cause de l'absence de contrôle⁴¹⁰ et de la vigilance populaire, la confusion des fonctions administratives et judiciaires se traduisait par un pouvoir presque absolu des fonctionnaires royaux. Il a été soutenu avec raison que le jour où un peuple perd confiance dans la Justice de son pays, ce jour marque pour lui un signe de décadence et un signe d'asservissement.⁴¹¹ L'on soutient souvent que c'est ce mauvais comportement des administrateurs merina dans les provinces, en même temps magistrats, qui aurait facilité la marche de la colonne française vers la conquête d'Antananarivo.

Avant cela, des signes d'améliorations ont été rapportées. Dès la fin de 1881, le Premier Ministre se serait désintéressé des questions intérieures et aurait montré une tendance à l'autonomie de gestion des collectivités. Ce qui devait amener des résultats positifs en ce que les *Antily* auraient été efficacement surveillés et dirigés par leurs administrés et du même coup les abus diminuaient considérablement⁴¹². Il y eut un phénomène d'épuration des chefs par un système de sélection fait par le Fokonolona lui-même et qui aurait abouti à l'installation des hommes dont la probité, l'énergie et la valeur ralliait les suffrages du plus grand nombre. Il y aurait eu en quelque sorte, outre le rôle de surveillance que les *raiamandreny* et les *Fokonolona* eux-mêmes devaient exercer sur les actes de leurs gouverneurs⁴¹³, l'établissement

⁴⁰⁵ *Ny Gazety Malagasy*, n°18, 19/12/1895, p.141

⁴⁰⁶ Ravoajanahary C., Fitsarana (ala-sarona, fampinomana), *Fanasina*, n° 192, 1961

⁴⁰⁷ Spas L., *op. cit.*, p.49

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p.47

⁴⁰⁹ Gustave J. M., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, *op. cit.*, p.2

⁴¹⁰ Spas L., *op. cit.*, p.51

⁴¹¹ Sicard (Me), La réforme récente de la Justice à Madagascar, *Bulletin de l'Académie Malgache*, T.29, 1949-1950, p.111

⁴¹² Gustave J. M., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, *op. cit.*, p.3

⁴¹³ *Ibid.*, p.8

d'un contrôle permanent entre le pouvoir central et les chefs élus des populations, détenteurs d'une partie de sa propre autorité.⁴¹⁴

Rappelons que l'organisation judiciaire du royaume Merina ne s'étendait pas à toutes les parties de la Grande Ile, laquelle était appliquée dans l'*Antsihanaka*, *Bezanozano*, *Betsileo*, *Betsimisaraka*, *Antemoro*, *Antakara*⁴¹⁵. Même dans ces territoires, la société malgache était considérée comme une société policée où la grossièreté et la vulgarité brutale étaient impensables. Dans une large mesure les mœurs auraient suppléé efficacement au Droit⁴¹⁶, gardant la justice royale encore superficielle. Ce qui aurait fait que l'atteinte de l'Administration, aussi profonde soit-elle, n'avait pas encore ébranlé l'organisation sociale de base, même si des valeurs fondamentales commençaient à être entamées.

B. RESISTANCE DU FIHAVANANA

Fatalement, l'atteinte de l'Administration royale n'aurait pas laissé intactes les valeurs fondamentales de la société malagasy. Le citoyen devait nécessairement entrer en contact avec les agents du royaume corrompus et ne pouvait que composer avec eux faute de protection efficace.

Le *Fihavanana*, une *valeur source* bien partagée par les habitants de l'île, aurait fourni une immunisation suffisante à la société, par l'observation de plusieurs valeurs corollaires. Intrinsèquement, ces dernières constituent un rempart contre la corruption et autres malversations assimilées, malgré un début de dénaturation de la notion, souvent utilisée comme prétexte de comportements anti-éthiques.

I. FIHAVANANA : VALEUR SOURCE ANTI-CORRUPTION

Dès son arrivée à Madagascar, l'ancêtre de ceux qui allaient constituer le peuplement de l'Imerina était assurément un être social qui respecte son semblable et la communauté. L'histoire avait montré que les nouveaux arrivants qui allaient coloniser la grande île étaient organisés en groupe. Devant l'adversité d'une aventure en terre inconnue probablement habitée par des autochtones *protomalgache*, la meilleure des protections était sans aucun doute l'unité et la forte cohésion sociale. Ceci est d'autant plus vrai que ces groupes de nouveaux arrivants étaient des migrants délocalisés par des rivalités dans leurs contrées d'origine et qui avaient probablement affronté des hostilités multiples avant de s'installer dans les hauts plateaux centraux de Madagascar.

La norme de comportement serait le fondement de la philosophie malgache et il apparaît que ce qui était le plus fondamental pour les *razana* (ancêtres) serait le *fananam-panahy* et le *Fihavanana*⁴¹⁷. Le premier, pour savoir agir, découle surtout du second, pour savoir vivre, en société⁴¹⁸. Ce qui rend les deux indispensables pour bien se comporter dans la société malagasy. Outre cette différence de dimension, le *Fihavanana* serait plutôt capable d'être déclinée en règle de droit afin de mieux régir

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.4

⁴¹⁵ Spas L., *op. cit.*, p.52

⁴¹⁶ Deschamps H., Le fondement religieux du Droit quotidien malgache, in *Etudes de Droit africain et de Droit malgache*, Ouvrage collectif, Cujas, 1965, p.23

⁴¹⁷ Le *fananam-panahy* littéralement traduit par *être pourvu de Fanahy (esprit)* trouve difficilement une signification exacte en français. Sur des notions voisines au *Fanahy* voir Rahajarizafy R.P, *Filozofia malagasy*, Natonta fanintelony, Librairie Ambozontany, Fianarantsoa, 1970, p.22 et s.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p.60

la société, comme le roi Andrianampoinimerina le faisait par le *didim-pihavanana*⁴¹⁹. Elle constitue avant tout une valeur fondamentale de la société en ce qu'elle constitue primordialement son existence et également le noeud central de toutes les relations entre ses membres⁴²⁰ et même avec les étrangers. Pour cause, la société est pour le malgache l'émanation de la famille⁴²¹ et chaque membre veille à ce que sa relation soit la meilleure possible avec les autres membres de la société, même au prix d'être en disgrâce devant le souverain⁴²².

Ce *Fihavanana* constitue ainsi pour cette société, la vertu qui devrait garantir son bon fonctionnement et sa conservation. En effet, elle se décline, se manifeste et s'entretient par d'autres valeurs qui en fin de compte seraient les défenses avancées contre la corruption qui aurait sévi dans l'Administration. Parmi les trois fleurons du *Fihavanana*⁴²³ que Rahajarizafy avait pu identifier⁴²⁴, le *fifanajana* constitue le caractère sacré de la relation avec le vis-à-vis et le rempart des autres valeurs⁴²⁵. Elle se manifeste surtout par le respect du *zokiolona*⁴²⁶, *raimandreny*⁴²⁷, par le *zandriolona*⁴²⁸ et vice-versa. De ce fait, elle ne devrait pas tolérer la prise d'avantages aux dépens des autres et de la vérité, *ny marina*. Ces autres ne sont que les membres de la communauté, notamment du Fokonolona en cette époque, qui se composent des *tapaka sy namana ary havana aman-tsakaiza*⁴²⁹. L'absence d'intégrité constituerait en premier lieu un manquement grave du *fifanajana* méritant ainsi la réprobation de l'entourage.

Pour le *Fokonolona*, le *firaisankina*⁴³⁰, cohésion sociale et objet du *didim-pihavanana* d'Andrianampoinimerina, signifie que tout ce qui concerne la préservation de la société devrait avoir le soutien et la participation de tous⁴³¹. Et pour ce faire le contrat social constitue le *Fihavanana*⁴³². Il est connu que la corruption est d'essence individualiste en ce qu'elle tend toujours à l'obtention d'avantages indus, non agréés par la société. Cette tendance est foncièrement en contradiction avec le *Fihavanana* qui, même en temps qu'échange, ne pourrait en aucun cas avoir comme contrepartie des valeurs pécuniaires⁴³³, même en vertu du droit, par la préservation du *rarity*, l'équité en quelque sorte. On ne saurait passer sous silence le proverbe : « *Aleo very tsikalakalam-karena toy izay very tsikalakalam-pihavanana* »⁴³⁴, lequel confirme la primauté du *Fihavanana* et de ses attributs par rapport aux avantages personnels indus, contraires à l'ordre social.

⁴¹⁹ Rahajarizafy R.P., *Hanitra nentin-drazana*, ed. faha 2, Imprimerie Volamahitsy, Antananrivo, 1957, pp.10-11

⁴²⁰ *Ibid.*, p.6

⁴²¹ *Ibid.*, p.10

⁴²² *Ibid.*, p.8

⁴²³ Ce sont respectivement le *hantahanta* (gâterie), le *fifanomezana* (réciprocité de présents) et le *fifanajana* (respect réciproque)

⁴²⁴ *Ibid.*, p.6

⁴²⁵ *Ibid.*, pp.15 et s.

⁴²⁶ Litt. signifie l'aîné

⁴²⁷ Litt. signifie les parents

⁴²⁸ Litt. signifie le cadet

⁴²⁹ Litt. signifie les relations, amis et parents

⁴³⁰ Ramasindraibe P., *Ny fihavanana, fomba fifandraisan'ny samy malagasy*, Imprimerie catholique, 1971, p.8

⁴³¹ R.P. Rahajarizafy, *ibid.*, pp.10-11

⁴³² Ramasindraibe P., *Ibid.*, p.9

⁴³³ R.P. Rahajarizafy, *Ibid.*, p.9 et p51 et s.

⁴³⁴ Litt. signifie : Mieux vaut perdre une bourse que de perdre un lien de parenté ou d'amitié

Il est plus que probable que si la société malgache de l'époque avait pu conserver ses valeurs et tant d'autres⁴³⁵, c'est que dans une certaine proportion elles ont résisté à la contamination venant de l'Administration, réputée largement corrompu.

II. *FIHAVANANA* : VALEUR PERVERTIE

Cependant, si l'Administration royale, composée aussi de malgaches vivant toujours au sein de leur communauté, n'avait pas pu maintenir son intégrité, c'est constater que la notion n'avait pas pu les préserver contre les phénomènes de corruption, généralisés après Andrianampoinimerina. Au contraire, elle a été utilisée pour une justification de certaines conduites contraires à l'éthique professionnelle. Lorsqu'on analyse les comportements visés par le législateur royal, on peut distinguer trois manifestations de corruption qui le préoccupait. Il s'agit tous d'abus de l'utilisation du pouvoir royal mais aucun ne ressortissant du pouvoir exercé par le *Fokonolona*.

Du temps d'Andrianampoinimerina et aussi bien après lui, ce qui s'apparente à l'extorsion semble constituer l'abus de pouvoir le plus craint. Ce comportement consistait de la part des autorités, de par leur statut de chefs, en un abus de faiblesse des petits. Il s'agit notamment d'acquérir les biens de ces derniers sans les payer du juste prix⁴³⁶. Moins direct mais avec des résultats similaires, le prélèvement illégal d'argent, en quelque sorte de la concussion, formerait le second comportement qualifié de corruption. Enfin, la partialité des juges mais aussi des fonctionnaires constitue la dernière catégorie des abus. Une caractéristique commune à ces comportements, mais non nécessaire pour leur stigmatisation, serait l'avantage pécuniaire visé et obtenu par l'utilisation de l'autorité sur autrui. Ce qui fait qu'il faut distinguer comme une catégorie à part la dilapidation des revenus du royaume, constituant en quelque sorte un détournement des biens publics⁴³⁷.

On se demande ce que le *Fihavanana* ou ses valeurs corollaires pouvaient avoir de commun avec ces abus qui procèdent surtout du pouvoir que des relations intracommunautaires. Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que ces pouvoirs s'exercent d'une façon ou d'une autre, par l'intermédiaire du *Fokonolona* dont la base de l'ordre social n'est autre que le *Fihavanana*. En outre, en ces époques royales, le privilège royal qui est souvent source du pouvoir était sur la base de la relation de parenté, de clan et d'alliance avec le souverain, donc aussi du *Fihavanana*. Cette position était utilisée pour assurer surtout l'impunité et même pour légitimer ces pratiques. C'est pourquoi Andrianampoinimerina considérait que ces comportements ne faisaient pas jouer les règles de privilèges et d'immunités en matière pénale ; il n'y avait pas de *Tsimatimanota*⁴³⁸ et de *Levanambola*⁴³⁹ en ces cas.

Il faudrait enfin souligner les comportements guidés par le *Fihavanana* qui favorisent les pratiques de corruption. Il faut d'abord distinguer de ceux-ci le comportement des autorités royales corrompues qui ne tiennent plus compte du

⁴³⁵ Voir à ce titre la constatation de ces valeurs par l'auteur français Julien Gustave même à quelques dizaines d'années après la fin de l'Administration royale. Gustave J., *Les Malgaches, leurs valeurs morales et intellectuelles*, *Revue d'ethnographie et des traditions populaires*, 8^e an. N° 31-32, 3^e et 4^e trim., 1927, Paris

⁴³⁶ Callet R.P., *op. cit.*, T.III, éd. Librairie de Madagascar, 1974, p.97

⁴³⁷ *Ibid.*, pp.91-92

⁴³⁸ Litt. signifie ne périt pas même en ayant commis un péché mortel, une catégorie d'immunité accordée à certain rang de la noblesse

⁴³⁹ Litt. signifie trésor enfoui, une autre catégorie de privilège pénal qui assure une certaine mansuétude aux descendants de personnes ayant à leur compte des actes méritoires pour le royaume

Firaisankina et qui font pervertir les valeurs. Ils étaient déjà imbus de l'individualisme, le "*samy mila ho azy*", considéré comme un vice qui les permettait d'évoluer hors de portée du *Fihavanana* et les rendaient *fangoloka*⁴⁴⁰ sans égal⁴⁴¹. Concernant la population victime des abus, des comportements induits par le *Fihavanana* la rendaient vulnérables face à ces tenants de pouvoir. En respect et de la préservation du *Fihavanana* envers son entourage, y compris les tenants de pouvoir qui sont souvent des *mpiara-monina*⁴⁴², le malgache est enclin à être tolérant, par le biais d'une valeur aussi essentielle, le *mifandefitra*⁴⁴³. Cette vertu qui pousse à ne pas blesser son semblable peut être une cause de tolérance des malversations, même si au fond il ne les approuve pas du tout. Enfin, pour l'entretien du *Fihavanana*, *kolokolo*, le malgache favorise la culture des échanges de présents et d'avantages, comme le *valin-tànana*⁴⁴⁴ et le *tolotolotra*⁴⁴⁵. Lesquels pouvaient se muer facilement en contrepartie de transactions corrompues, la corruption qui est officiellement traduit par *kolikoly*⁴⁴⁶ dont la proximité sémantique est frappante.

Face à ces comportements gravement déstabilisateurs de la société, le législateur avait réagi en ayant essayé de les endiguer.

SECTION 2- REACTIONS DU LEGISLATEUR ROYAL

Rédigés entièrement en langue malagasy, les différents codes royaux ne mentionnaient pas une seule fois l'équivalent du mot corruption ni de la probité ni de l'intégrité. Cela ne se traduit évidemment pas par un défaut de préoccupation à l'égard des devoirs de Probité ou d'Intégrité de la part du législateur puisqu'ils étaient en réalité englobés dans ce que les auteurs avaient traduit par Equité. Ces valeurs étaient fortement protégées depuis l'époque du roi Andrianampoinimerina, avec des intensités différentes, au regard de la prohibition des comportements contraires (A), des personnes concernées (B) et des sanctions prévues pour la transgression (C).

A. LES COMPORTEMENTS INCRIMINES

Sous réserve du principe de continuité de la législation royale, il faut reconnaître que la méthode d'incrimination utilisée par Andrianampoinimerina est adéquate en ce qu'elle annonce directement la valeur protégée en préservation de la société. Contrairement, celle utilisée par les rédacteurs des codes subséquents, avec déjà l'influence des missionnaires européens⁴⁴⁷ et qui était en quelque sorte un répertoire spécifique des comportements prohibés, occultait le bien protégé.

⁴⁴⁰ Traduit librement par vénéral

⁴⁴¹ R.P Rahajarizafy, *Hanitra nentin-drazana*, op. cit., pp.10-11

⁴⁴² Litt. signifie cohabitants

⁴⁴³ R.P Rahajarizafy, *Filozofia malagasy*, op. cit., p.56

⁴⁴⁴ Litt. signifie coup de main en retour

⁴⁴⁵ Litt. signifie geste répétitif de largesses par donation de petits présents

⁴⁴⁶ Mpiadidy ny Fiainana, *Firaketana ny fiteny sy ny zavatra malagasy* (*Dictionnaire encyclopédique malgache*), n° 237, Décembre 1962, 2è éd., pp. 313, 314 et 326

⁴⁴⁷ Gustave J., *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, op. cit., p.433

I. INCRIMINATION PAR PROTECTION DIRECTE DE L'EQUITE

Dans son *Kabary* proclamant les douze grands crimes, on peut distinguer les 6^è et 9^è qui annoncent clairement les valeurs protégés, les revenus de l'Etat et l'équité auxquels les comportements attentatoires sont actuellement compris comme contraires aux devoirs d'intégrité.

1- Dilapidation des revenus du Royaume

Andrianampoinimerina déclara: « Aucune autre marmite que la mienne ne pourra servir à faire cuire ce que me procurent les revenus de l'Etat ». Lesquels sont le *hasina* offert au roi, l'argent qu'on lui offre, le *vodihena*⁴⁴⁸, l'*isam-pangady*⁴⁴⁹ et les biens en déshérence. La violation de ces prescriptions royales constitue le sixième grand crime⁴⁵⁰.

On voit ici tout de suite que, outre l'autorité du souverain, c'est l'intégrité du Trésor royal par la protection de ses revenus qui faisait l'objet de la protection. Cette intégrité appelle nécessairement la probité des agents du roi qui étaient chargés de les collecter, de les conserver et de les gérer. Celle-ci serait atteinte plutôt par le détournement de ces biens que par la dilapidation qui suppose que l'agent est en droit de dépenser sans mesure. Ce qui n'est pas ici le cas et qui suppose un détournement de destination : la marmite personnelle à la place de la marmite du roi. Les comportements contraires à la valeur protégée ne sont pas détaillés de façon à circonscrire ce qui est sanctionné, comme actuellement en matière de détournement de deniers publics. En ne faisant que définir ce qu'il veut protéger, il appartiendrait au juge de voir quels sont les comportements qui constituent une soustraction des revenus de l'Etat. Aucune limitation ni en nature ni en valeur des biens détournés ne venait aider le juge à scruter les comportements sanctionnés, des détails de l'élément matériel. Ce qui devait lui importer est de savoir si un quelconque comportement consiste à faire dévier la destination des biens protégés.

On remarquera aussi que l'incrimination ne s'embarrasse pas de la qualité des personnes qui seraient susceptibles d'être incriminés, même s'il est plus certain que ce sont les agents chargés de la gestion du trésor royal qui sont les premiers vulnérables. Cette méthode rend superflu la notion de participation à l'infraction puisque le complice et le receleur au même titre que l'auteur principal contribuent tous au détournement. Avec l'analyse comportementale, l'infraction de l'acteur est nécessairement différente de celui qui l'aide ou qui l'incite. Ces mêmes remarques sont valables pour ce qui est de l'incrimination suivante, pourtant plus explicite quant à la valeur protégée.

2- Acceptation de dons pour agir contre l'équité

Ce neuvième grand crime serait défini par Andrianampoinimerina comme le fait de se faire corrompre par des présents dans l'administration de son royaume⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Litt. signifie par la partie postérieure du zébu, part revenant de droit au souverain lors d'une immolation

⁴⁴⁹ Litt. signifie nombre de bêche traditionnelle, appellation d'un impôt synthétique calculé par tête d'homme en état de travailler la terre

⁴⁵⁰ Callet R.P., *op. cit.*, T.III, pp.91-92

⁴⁵¹ *Ibid.*, p.97

Contrairement à l'incrimination précédente, il s'élança dans son *Kabary* sur les cas typiques constituant la corruption : l'abus de faiblesse des petits par les grands du royaume en profitant de leurs biens, le juge⁴⁵² qui rend des jugements entachés de partialité en vendant la justice aux enchères, les chefs qui pressurent la population en prélevant de l'argent sur elle, le trafic de personnes libres notamment en vendant les petits qui n'ont pas de protecteurs et les accusations non fondées contre les grands⁴⁵³. Le dénominateur commun à tous ces comportements est qu'ils sont tous contre l'équité, comprise comme la partialité au détriment du faible, et contre l'intégrité, violation des devoirs officiels en contrepartie d'avantages indus.

L'on remarquera que l'éventail des comportements que le roi considérait comme des manquements à l'équité comprend les deux derniers comportements prohibés qui ne cadrent pas vraiment avec la gamme actuelle de corruption ou infractions assimilées de notre droit pénal. Néanmoins, la dénonciation abusive s'apparentant à l'accusation non fondée figure bel et bien dans la nouvelle loi 2004-030 comme mesure facilitant la répression et non comme infraction substantielle. Toutefois, dans le *Kabary*, il est plutôt considéré comme l'équivalent de la corruption des grands qui peuvent acheter la justice, de la part des petits qui usent de la calomnie. Le trafic d'hommes n'est plus d'actualité et constitue une atrocité incomparable avec les pratiques de corruption. Toutefois, le mécanisme qui consiste à profiter la position de faiblesse d'autrui afin de s'octroyer de l'argent sur leur dos ne leur est pas totalement étranger.

Compte tenu du principe de continuité ci-dessus, ces incriminations font constamment partie du droit pénal royal, nonobstant l'absence de précision particulière dans les édits de Ranavalona 1^{ère}, de Radama II et de Rasoherina. Cependant, on peut remarquer que les deux incriminations n'étaient plus reprises dans les listes de crimes capitaux ou de la plus haute gravité de ces souverains. On peut alors supposer que ces incriminations avaient simplement changé de statut, en diminuant de gravité. mais il reste que le principe de légalité des peines ne serait plus satisfait puisque aucune sanction ne leur était prévue. Il serait ainsi plus logique de considérer leur abrogation tacite, contraire au principe de continuité qui était par ailleurs non rigoureusement suivi, que de laisser au juge le soin d'en inventer discrètement des sanctions. Cette thèse est d'autant plus probable en l'absence de jugement disponible en la matière et l'on ne peut en conséquence que présumer les une certaine tolérance durant ces éclipses pénales, compte tenu de leur développement spectaculaire.

Conscient de cette lacune grave, les rédacteurs des codes de Ranavalona II avaient essayer de circonscrire d'une manière exhaustive les comportements de corruption et assimilées.

II. INCRIMINATION DES COMPORTEMENTS PROHIBES

Des deux codes de Ranavalona II qui se sont préoccupés de la corruption, on a pu reconnaître que celui de 1881 avait fait des efforts remarquables, notamment à l'endroit de la justice⁴⁵⁴. On peut cependant constater que les attentions étaient portées sur une variété de comportements indésirables avec une volonté manifeste de les encadrer individuellement, tous étant contraires aux devoirs d'intégrité.

⁴⁵² Grand juge, seigneurs féodaux et Fokonolona.

⁴⁵³ Callet R.P., *op. cit.*, p.97 à 100

⁴⁵⁴ Guth J.M., *op. cit.*, p.30

1- Le pot de vin

Les codes royaux ne contiennent pas de définition de ce qu'on peut appeler pot de vin ou corruption *stricto sensu*, contrairement à ce que font les codes pénaux actuels. Conforme à son caractère concret, le législateur avait ainsi incriminé sous divers articles⁴⁵⁵ des comportements typiques qui, par effort d'abstraction et de généralisation pour une meilleure compréhension, peuvent être regroupés sous cette appellation que l'on nomme aussi *bribery*⁴⁵⁶ en anglais. En tout cas, le comportement peut s'analyser comme le fait d'accepter des avantages indus sous forme d'argent ou de dons en nature en vue d'agir ou de s'abstenir d'agir contrairement aux devoirs officiels.

a. Acceptation de présents

Dans toutes les dispositions pertinentes, c'est l'acquiescement qui serait visé. Les textes d'incriminations ne le mentionnent pas expressément mais l'influence indue sur les devoirs officiels laisse présumer que le comportement réprimé est l'acceptation de présents. La réception des présents importe peu et n'a en principe aucune influence sur la commission de l'infraction. Une fois que le prévenu donne son accord pour faire ou s'abstenir de faire l'acte relevant de ses fonctions moyennant dons et présents, l'acte repréhensible est consommé. Il est donc comparable au comportement incriminé dans la corruption passive dans le code pénal actuel.

Concernant les avantages indus, puisque le prévenu est censé être payé par les finances royales, il devra s'agir de dons en argent ou en nature, de présents. Ni leur forme ni leur valeur n'a d'importance pour la constitution des infractions, il pourrait s'agir des sommes d'argent, des terrains et d'autres avantages matériels.

b. Manquements contraires aux devoirs officiels

La composante suivante de l'élément matériel des infractions regroupées dans la catégorie des pots de vin est le manquement aux devoirs officiels. En effet, les agents royaux doivent s'acquitter de leurs devoirs dans le respect de certaines valeurs, principes⁴⁵⁷ et règles, comme la probité et l'égalité des sujets devant les charges royales. Le principal objectif de celui qui offre le pot de vin est de détourner l'agent royal de ses devoirs qui consistent en abstention ou en action fautives.

⁴⁵⁵ Articles 119, 173 et 204 du Code des 305 articles, 20 et 32 du Code des 101 articles

⁴⁵⁶ Steidlmeier P., *Gift Giving, Bribery and Corruption: Ethical Management of Business Relationships in China*, *Journal of Business Ethics*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999, pp. 125 et s.

⁴⁵⁷ Etant plus proche des anglais, l'administration royale devait avoir des principes du *common law* qui disent que les décideurs et employés publics, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, devraient, entre autres, poursuivre seulement le but pour lequel le pouvoir leur est conféré, être objectifs et impartiaux et observer le principe d'égalité devant la loi en évitant une discrimination injuste... In Dussault J.P., *Comprendre et combattre la corruption*, Synthèse et traduction de l'ouvrage: *Combating Corruption in Asia: Legal and Institutional Reform*, Dr. Nihal Jayawickrama, Executive director, TI, Integrity in Governance in Asia, 29 June – 1 July 1998, Bangkok, Thaïlande

Ne pas exercer la puissance royale que la loi a donné aux agent royaux, c'est le comportement différemment reproché au prévenu d'une part dans l'article 173⁴⁵⁸ du code des 305 articles et, d'autre part, dans l'article 32⁴⁵⁹ du code des 101 articles. Dans le premier cas, par l'influence de dons en argent ou en nature, le prévenu néglige d'arrêter un individu reconnu dangereux. Ce devoir entraine ainsi dans l'exercice de la police judiciaire ou de maintien de l'ordre. Le cas suppose que la dangerosité de l'individu soit reconnue par la communauté dont l'un des membres est l'auteur de la dénonciation. L'agent fautif aura ainsi reçu l'ordre ou la requête de procéder à l'arrestation de l'individu reconnu dangereux et se sera abstenu de le faire à cause du pacte corrupteur.

Dans le second cas, le prévenu devait avoir agi dans le cadre de travaux d'intérêt général⁴⁶⁰ dont les sujets royaux étaient assujettis. Les travaux collectifs étaient le moyen pour l'Administration royale de réaliser des ouvrages publics comme les bâtiments, digues, ponts et routes, lesquels de nos jours seraient confiés aux grandes entreprises de travaux publics mécanisées. La disponibilité d'une importante main d'œuvre était cruciale pour le développement économique, ce qui motiva l'enrôlement de la population active par le moyen de réquisitions. Du côté de la population, toutefois, la tâche commune se répercute négativement sur le temps réservé aux besoins personnels dont dépend le bol de riz quotidien de la famille. La soustraction à la tâche commune pouvait ainsi avoir comme causes l'absence d'intérêt immédiat et la non motivation, puisque les travaux étaient après tout non rémunérés.

La surveillance de ces travaux était confiée à des chefs, agent du gouvernement, qui devaient ainsi s'assurer que toute la population active concernée y participait. L'absence injustifiée pendant les tâches communes constituait alors une faute susceptible de sanctions très lourde⁴⁶¹. Par conséquent, la tâche de surveillance conférait un pouvoir d'appréciation qui permettait au chef de dispenser les personnes ayant des motifs légitimes comme la maladie. Ce pouvoir pouvait faire l'objet de transactions corrompues entre l'agent royal et ceux qui voulaient se soustraire à la tâche. Outre la perte directe en quantité productrice, les dispenses intempestives pouvaient démotiver les autres qui n'y mettaient plus du cœur du fait de la rupture du traitement égalitaire.

Ainsi, le législateur est intervenu afin de reprocher au prévenu, le chef chargé de la surveillance, de s'abstenir d'inquiéter une personne lui ayant offert des dons en voulant se soustraire discrètement. Son manquement consiste à laisser s'abstenir auxdits travaux une personne de qui il a accepté des dons ou présents, en désignant à leur place d'autres personnes qui ne lui ont pas offert de présents. Prise à sa lettre, l'incrimination laisserait impuni l'agent royal ayant reçu des dons mais qui ne fait pas

⁴⁵⁸ Art 173/C.305 : *si un antily s'est laissée par des dons en argent ou en nature ...néglige d'arrêter un individu reconnu dangereux... mis par lui en état d'arrestation ou qui lui a été livré, il sera puni d'une amende de dix bœufs et de dix piastres et s'il ne peut pas payer, mis au fers pendant un an.*

⁴⁵⁹ Article 32/C.101 : *Les fonctionnaires investis d'une autorité ou d'un commandement (lehibe mifehi) qui, à l'occasion d'une corvée d'intérêt général, accepteront de l'argent pour ne pas inquiéter certaines personnes et désigneront à leur place celle dont ils n'ont rien reçu, seront punis de cinq ans de fers.*

⁴⁶⁰ Sur la corvée, cf. Callet R.P., *op. cit.*, t.IV, p.362 et s. . Sur le refus de participer à une corvée ou l'empêchement de s'y rendre, cf. *Ibid.*, p.465, et Callet R.P., *op. cit.*, vol.I, p.191, et vol.II, p.113 et s. et 164. Sur les dons faits à un puissant pour échapper à la corvée, cf. Callet R.P., *op. cit.*, t.IV, p.421 et 431, et Callet R.P., *op. cit.*, vol.I, p.253, et vol.II, p.93 et 240.

⁴⁶¹ Du temps d'Andrianampoinimerina, le refus de participer aux travaux d'intérêt général, comme la construction des digues, fut sanctionné par la réduction de la femme et des enfants de l'intéressé en esclavage. In Callet R.P., *op.cit.*, p.746

cette substitution de corvéables. Ce qui laisse déduire que la disposition visait plutôt l'iniquité plutôt que la vénalité par réception d'avantages indus. Ce n'était sans doute plus la vision du rédacteur du Code des 305 articles puisque ce deuxième terme de l'élément matériel avait été supprimé, en visant purement et simplement la vénalité.

Toujours dans le cadre des travaux collectifs, le comportement reproché est devenu le fait de dispenser le corrupteur des tâches communes sur réquisition du gouvernement royal⁴⁶². La dispense n'est pas une simple abstention comme le fait de ne pas inquiéter la personne concernée mais de lui donner une autorisation de ne pas effectuer les travaux, toujours en contrepartie d'avantages indus. Il apparaît néanmoins que les soucis dépassent largement le champ de l'intégrité en cherchant du même coup à protéger les valeurs égalité et impartialité.

La remarque est aussi valable dans le domaine de la justice, les faits incriminés se manifestent généralement par la modification de décision en faveur du corrupteur. C'est le cas du magistrat qui condamne un innocent par l'influence d'avantages indus, le corrupteur ayant pour objectif de faire condamner injustement ce dernier⁴⁶³ à la place d'un coupable. En outre, l'acte incriminé consiste également pour le prévenu à être partial en faveur d'un individu reconnu dangereux et auquel il est sentimentalement attaché en le relâchant, le favorisé étant mis par lui en état d'arrestation ou lui ayant été livré⁴⁶⁴. Sans la contrepartie pécuniaire octroyée au prévenu, on voit que l'infraction se rapproche plus du pur népotisme, au sens commun du terme. Néanmoins, le législateur va plus loin lorsqu'il s'agit de faire respecter cette égalité de tous devant la justice royale. L'avantage octroyé par égard humain est punissable de la même façon que le comportement précédent. En somme, la protection est plutôt dirigée vers l'égalité des sujets royaux devant la justice pénale, le pacte corrupteur n'étant pas ici déterminant. En quelque sorte, c'est un abus de la part du prévenu qui est prohibé.

Par ailleurs, ce genre d'abus est pareillement répréhensible pour un auxiliaire de justice qui, envoyé faire une assignation ou recueillir les biens perdus dans un procès par la partie succombante, change la nature des instructions dont il est porteur et, surtout, s'il se laisse corrompre⁴⁶⁵.

2- La perception indue⁴⁶⁶

En reprise de ce qu' Andrianampoinimerina a rigoureusement réprimé, Ranavalona II attachait une grande importance dans la protection du peuple contre les abus de toute sorte de la part des détenteurs de pouvoirs, notamment les seigneurs

⁴⁶² Art 119/C.305 : *si un chef, à l'occasion d'une réquisition du gouvernement, dispense les gens qui lui donnent de l'argent ...à la tâche commune, il sera mis en prison pendant un mois ; les sommes qu'il aura reçues seront confisquées au profit de l'Etat et, s'il ne peut les restituer, il sera mis en prison à raison d'un sikajy par jour jusqu'à concurrence de leur valeur.*

⁴⁶³ Art 20/ C.101 : *les magistrats qui moyennant des dons en argent ou des présents, condamneront l'innocent pour absoudre le coupable seront punis de vingt ans de fer.*

⁴⁶⁴ Art 173/C.305 : *si un antily s'est laissée par des dons en argent ou en nature ...relâche celui mis par lui en état d'arrestation ou qui lui a été livré, il sera puni d'une amende de dix bœufs et de dix piastres et s'il ne peut pas payer, mis au fers pendant un an.*

⁴⁶⁵ Art 204 : *Tout délégué du magistrat envoyé pour faire une assignation ou recueillir les biens perdus dans un procès par la partie succombante doit être muni par les juges d'un ordre portant le sceau de l'Etat et spécifiant le caractère de sa mission. Si de tels envoyés changent la nature des instructions dont ils sont porteurs et si, surtout, ils se laissent corrompre, ils seront punis chacun d'une amende de dix bœufs et de dix piastres et, s'ils ne peuvent payer, mis en prison à raison d'un kirobo par jour jusqu'à concurrence du montant de l'amende.*

⁴⁶⁶ Articles. 120,124, 125 et 126/C.305

détenteurs de *menakely*. Un des abus les plus incriminés est la perception indue de sommes ou autres valeurs, faite sous forme d'extorsion ou de concussion.

a. Extorsion

Ce comportement, par la contrainte et même par la violence physique, de la part des chefs de territoire consiste à s'approprier des biens de ses administrés. La composante clé de l'élément matériel de cette infraction est l'absence de consentement de la part de l'administré propriétaire de biens. La qualité de l'extorqueur, un chef de gouvernement local détenteur des pouvoirs royaux dans son fief, et celle du propriétaire, sujets royaux sous son autorité, permettait également de caractériser l'infraction. Il s'agit ni plus ni moins d'un abus de pouvoir qui se traduit par un manquement grave au devoir de probité et d'équité de la part du représentant du souverain. Un comportement qui est jugé inadmissible par le dernier législateur royal.

Ainsi, l'article 120 du code des 305 articles dispose que tous les chefs de gouvernement local, qu'ils soient parents de la reine (tous les nobles en général), membres de la caste libre ou de la caste noire, qui s'emparent de choses dont les propriétaires ne consentiraient pas à se dessaisir ou se feront verser par eux de l'argent, seront punissables. Les formes des biens extorqués importent peu. Il pouvait s'agir de biens mobiliers ou immobiliers, de sommes d'argent. Ce qui compte c'est au contraire que le tenant du pouvoir n'informe pas le gouvernement central de cette perception forcée. Il s'agit selon les dispositions de l'article 126 du même code d'un versement clandestin de sommes d'argent⁴⁶⁷. Cette dernière incrimination se rapproche plus de la concussion.

b. Concussion

Ce comportement était déjà réprimé du temps de la reine Rasoherina par l'incrimination de ce que son Code appelle « *humana taku-maso* »⁴⁶⁸ que les traducteurs avaient sans distinction traduit en actes de concussion et d'extorsion⁴⁶⁹. Il a fallu attendre les codes de Ranavalona II pour avoir une idée plus précise de ce qu'était ce qu'on pourrait appeler la concussion. Ici, ce qui peut faire la différence entre la concussion avec l'extorsion est que l'élément « contrainte » fait défaut dans la première. Il s'agit principalement de percevoir une somme que le percepteur savait indue sans qu'il use de la force. Ce dernier se faisait ainsi verser de l'argent par un de ses sujets à l'insu du gouvernement, ce qui se traduisait par une lésion des deux côtés, du sujet et du gouvernement.

C'est en ce sens que l'article 124 punit les seigneurs, chefs de *menakely*, qui exigent de l'argent de la population sans en avoir avisé le gouvernement ou qui feront verser ou recouvrer clandestinement de l'argent sans en avoir, au préalable, référé au gouvernement⁴⁷⁰. La différence avec l'article 125 qui réprime également la perception indue est la circonstance de la perception qui a lieu lorsque la mort d'un seigneur chef de *menakely* vient à survenir. L'incrimination vise spécialement les parents du défunt

⁴⁶⁷ *Ibid.* p.77, cf kabary d'Andrianampoinimerina (Callet R.P, *op. cit.*, t.IV, p.432) ; Gustave J., *op. cit.*, p.254

⁴⁶⁸ Qui littéralement signifie manger en cachette. Art 6 du Code de Rasoherina de 1863 : seront punis d'amende de soixante piastres ceux qui commettront des actes de concussion

⁴⁶⁹ Gustave J., *op. cit.*, p.486

⁴⁷⁰ *Ibid.* p.76

mais aussi toutes autres personnes qui se font verser de l'argent aux serfs *menakely* sans en avoir préalablement référé au gouvernement, pour que celui-ci fixe la quotité de chacun⁴⁷¹.

On peut ainsi voir que le législateur exige un comportement plus responsable de la part des détenteurs des pouvoirs royaux. Un standard qui sera encore plus élevé pour certaines catégories de fonctions.

3- Les cadeaux prohibés ⁴⁷²

Véritable délit obstacle, cette incrimination vise à lever toute ambiguïté quant à la nature corruptive ou non des présents reçus par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Elle facilite la production de preuve et permet de prévenir la corruption en se plaçant bien en amont de ces comportements en violation des devoirs de probité. L'incrimination des cadeaux paraît entrer en contradiction avec une des caractéristiques du *Fihavanana* ci-dessus, le *tolotolotra*. Toutefois, prise sans doute comme exception, le législateur l'a circonscrite uniquement dans le cercle de l'administration de la justice.

Ainsi, est punissable un fonctionnaire du gouvernement qui reçoit ou accepte de recevoir, pour lui ou pour un autre, quoi que ce soit d'une personne sous le coup d'une accusation ou ayant un procès, en dehors de ce qui lui est accordé par le gouvernement⁴⁷³. L'on aperçoit encore ici l'omnipotence du fonctionnaire qui cumule des fonctions administratives avec celles judiciaires, ces dernières étant hautement protégées. En effet, la réception de cadeaux n'aurait pas été punissable lorsqu'elle avait lieu en dehors d'une procédure judiciaire, par exemple lors d'une procédure administrative pure. Ni la nature ni le véritable bénéficiaire du cadeau n'ont pas d'influence sur la constitution de l'infraction du moment que le fonctionnaire l'a pris ou accepté d'un justiciable.

On peut ainsi apprécier le haut standard de comportement exigé de ceux qui étaient chargés d'administrer la justice. L'on ne pouvait pas tolérer une suspicion d'impartialité ni de corruption de la part des fonctionnaires de la justice, représentants du souverain dans l'une de ses attributions régaliennes. En effet, un juge qui est en relation d'hospitalité ou de familiarité avec une des parties au procès ne pourrait dans l'hypothèse la plus favorable que susciter la méfiance de l'autre partie. Cette situation entame la crédibilité du magistrat voire de la justice qui perdra la confiance des justiciables. A terme et par conséquent, elle favoriserait le développement de la justice populaire et parallèle à celle du royaume⁴⁷⁴. Cette sévérité ne pouvait être que la réponse à une malversation généralisée dans ce domaine. D'après certains

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² *Ibid.*, p.102 cf kabary d'Andrianampoinimerina (Callet R.P., *op. cit.*, t.IV, p.528 et 537), Instructions aux Sakaizambohitra, art 30 et 31 et supra, Règlement des Gouverneurs de l'Imerina, art 30, in Gustave J., *op. cit.* t.II p.141

⁴⁷³ article 186/ C. 305 : un fonctionnaire du gouvernement reçoit ou accepte de recevoir, pour lui ou pour un autre, quoi que ce soit d'une personne sous le coup d'une accusation ou ayant un procès, en dehors de ce qui lui est accordé par le gouvernement., le fonctionnaire coupable sera, de même que le donneur, puni d'une amende de cent piastres et les choses données seront confisquées au profit de l'Etat ; si les coupables ne peuvent payer l'amende ni restituer les choses reçues, ils seront mis en prison à raison d'un sikajy par jour jusqu'à concurrence du montant de l'amende et de la valeur de ces mêmes choses.

⁴⁷⁴ Ce qui apparaissait effectivement durant une partie du régime du PM Rainilaiarivony par la profusion des *Dina*, conventions communautaires. Voir Delteil P., *Le Fokon'olona (Commune Malgache) et la Conventions de Fokon'olona*, Domat-Montchrestien, Paris, 1931, pp.18 et s.

auteurs français, la corruption s'y était répandue⁴⁷⁵ jusqu'au point où, pratiquement, la justice n'aurait été rendue qu'au seul nom de l'argent.

Le législateur a cru aussi devoir étendre l'incrimination du côté du donneur d'où vient souvent l'initiative corruptrice. Cela mérite d'être signalée puisqu'elle constitue une avancée remarquable vers une protection de l'intégrité par rapport aux législations antérieures qui n'avaient prévu ni l'incrimination du donataire ni celle du donneur. Ceci étant, même dans ce domaine, le droit pénal ne s'était principalement intéressé qu'à un cercle limité d'auteurs de prévarication, ceux investis du pouvoir royaux.

B. CERCLE RESTREINT D'INCRIMINABLES

A la lumière des éléments matériels des incriminations ci-dessus, seules trois catégories de personnes sont spécialement visées. Dépositaires de l'autorité royale et nantis de pouvoirs considérables, ces personnes étaient jugées par le législateur royal comme ayant été les plus exposées et probablement les plus décriées par les sujets. La qualité de ces agents ne souffrant d'aucune difficulté d'interprétation, ce qui importe c'est donc de voir les causes probables de leur vulnérabilité.

Toutefois, bien que le législateur entendait également sanctionner le corrupteur ou le *concussé*, une grande différence est constatée entre la méthode du roi Andrianampoinimerina qui visa tout ce qui contribue dans la gestion de son royaume, y compris le Fokonolona, et celle des rédacteurs des deux derniers codes. Avec l'empreinte des techniques législatives européennes, ces derniers procédaient à un ciblage des personnes pouvant faire l'objet des incriminations, avec le risque d'avoir des standards de valeurs différentes avec le reste de la population. Le législateur avait en effet visé les personnes particulièrement vulnérables à cause de leur fonction et leur position sociale dans le royaume. On notera cependant qu'il y avait eu des omissions majeures non sans conséquences.

I. LES PERSONNES VISEES

Il s'agit principalement des agents investis de l'autorité royale et en particuliers des usagers qui concourent à la commission des infractions.

1- Les agents investis de l'autorité royale

Parmi les autorités visées par les incriminations, on distingue ceux qui les sont de par leur fonction, composés surtout des agents d'exécution dans la justice et l'administration générale, de ceux visés de par leur statut social, en tant que chef de fief.

On spécifie en premier lieu les délégués des magistrats selon la traduction, une fonction dont le statut officiel n'avait pas été précisé dans les textes officiels. Il ressort de l'article 204 qu'ils avaient une mission proche de celle des actuels huissiers, c'est-à-dire l'assignation et l'exécution des décisions de justice exécutoires. Les opportunités de corruption se présentaient pour ces agents par le fait que la plupart des justiciables étaient illettrés et il était pratiquement sans risque pour eux de changer la nature des instructions des magistrats étant donné l'inexistence de

⁴⁷⁵ V. ci-dessus pp. 80 et s.

contrôle organisée. Il s'agit de faux soit en écriture soit intellectuel perpétré sous l'influence de pot de vin.

Viennent ensuite les *antily*⁴⁷⁶, agents du pouvoir royal chargés de la police administrative et judiciaire du royaume. Ils étaient ainsi appelés dans l'exercice de leur fonction à procéder à des mesures contraignantes comme les arrestations. C'était dans ce dernier cas que des prévarications auraient été fréquemment commises. Les facteurs de vulnérabilité étaient les mêmes que ceux des délégués des magistrats, notamment celui d'absence de contrôle. Il faut en outre signaler le commencement des pressions de l'environnement social et familial, une mauvaise utilisation de la notion de *Fihavanana*, que l'incrimination a prises en compte⁴⁷⁷. Toutefois, ces opportunités de corruption auraient considérablement diminué lorsque leurs nomination et révocation avaient été confiées au Fokonolona⁴⁷⁸.

À partir du règne de Ranavalona II, le royaume merina se dota d'une Administration relativement structurée⁴⁷⁹. Il avait été institué, sous l'autorité du Premier Ministre Rainilaiarivony, huit ministères composés de fonctionnaires tout fraîchement désignés. De nombreuses dispositions concernant ces derniers figurent dans le Code des 305 articles et, parmi elles, celles qui punissaient sévèrement la corruption et infractions assimilées ou voisines⁴⁸⁰. Les fonctionnaires étaient parmi les personnes plus exposées du fait de leurs récentes attributions assorties de pouvoirs accrus, notamment dans les provinces. En effet, dans ces provinces sous protectorat merina, ces agents du gouvernement auraient surtout profité de leur position de force pour s'enrichir. Ils étaient vus par les habitants de ces régions plutôt comme des prédateurs que des agents au service de l'Administration protectrice⁴⁸¹. Ce qui amena sans doute certains auteurs à conclure en l'échec de cette Administration⁴⁸². Outre le problème de contrôle, l'exposition à la corruption était surtout due au manque de formation de telle sorte que nombreux avaient pu se comporter, sans balises éthique et technique, comme des véritables seigneurs dans leurs circonscriptions respectives.

2- Les Chef de *menakely*

Cette catégorie est citée à part puisqu'elle avait un statut autre que celui de catégories précédemment analysées. Les chefs de *menakely* étaient des seigneurs à la tête d'un fief et n'étaient pas des agents royaux salariés. Ainsi, les incriminations de manquement à l'intégrité touchaient une catégorie autre que les commis du royaume. Ils peuvent cependant être assimilés à la même catégorie de personnes investies de l'autorité royale.

⁴⁷⁶ Institué en remplacement des *Sakaizambohitra*, les *antily*, litt. signifiant surveillant, ne dura que quelques années : de 1881 jusqu'en 1886.

⁴⁷⁷ Les pressions, outre les avantages indus, sont la crainte, l'affection ou la sympathie. Article 173/C.305, Thébaud E., *op. cit.*, pp.96 et 97

⁴⁷⁸ Gustave J., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, *op. cit.*, p.3

⁴⁷⁹ Thébaud E., *op. cit.*, p.100.

⁴⁸⁰ Article 186/C.306

⁴⁸¹ Aujas L., Note sur l'histoire des Betsimisaraka (extraits), *Bulletin de l'Académie Malgache*, 1906, p.96

⁴⁸² Gustave J., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, *op. cit.*, p.3.

Leur principale tentation reste évidemment l'abus d'autorité qui consiste, entre autres, à exiger de ses serfs le paiement de sommes indues⁴⁸³. Cette fonction ayant été une des prérogatives régaliennes du souverain, la perception à l'insu de ce dernier constituait un manquement grave à l'intégrité, et à son égard et à celui de ses serfs. Elle était renforcée par l'étendue de pouvoir qu'il détenait sans contrôle de légalité bien défini et fonctionnel.

3- Le donneur de présents

Du fait du standard très élevé exigé des fonctionnaires en matière de cadeaux, il est logique que le législateur réduise sa vulnérabilité en agissant également du côté de donneur potentiel de présents, les justiciables. En effet, dans un environnement pollué par la corruption, les administrés auraient tendance à s'assurer au préalable ou *a posteriori*, de la sympathie des décideurs par les offrandes diverses. Cette culture ne serait cependant que la conséquence de la mauvaise réputation des fonctionnaires d'être influençables dans leur décision. Cela est aggravé par la dénaturation des pratiques du *Fihavanana*⁴⁸⁴, considérant le service public distribué par le fonctionnaire comme une faveur nécessitant un retour et non comme un droit.

De prime abord, il semble y avoir une identité de responsabilité pénale entre le donneur et le receveur du cadeau du fait que les deux sont punis de la même peine d'amende. Toutefois, avec la confiscation du cadeau comme peine, le donneur de cadeaux endosse une responsabilité plus grave du point de vue de la lourdeur de la sanction⁴⁸⁵. On peut dire que c'était déjà l'élément précurseur de l'incrimination de la corruption active même si elle n'était pas encore prévue par les codes royaux.

II. LES PERSONNES OMISES

Il est tentant d'affirmer que, après Andrianampoinimerina et notamment dans les codes successifs, les grands du royaume n'étaient pas inclus dans le cercle des personnes spécialement visées par les infractions, comme les juges et les hauts dignitaires. Cette différence de traitement au niveau des personnes devait nécessairement avoir une conséquence néfaste sur la position de l'intégrité dans la hiérarchie des valeurs.

1- Les juges

La justice figurait parmi les secteurs les plus décriés en matière de corruption vers la fin de cette période selon plusieurs auteurs français de la période coloniale, le corps des magistrats étant le plus touché. Cette prévarication généralisée était sans doute liée au mode de recrutement⁴⁸⁶ et à l'absence de formation professionnelle,

⁴⁸³ Article 124/C.305

⁴⁸⁴ du *fitia mifamaly*(amitié réciproque), *tia tolotootra* (largesse) et du *fisaorana* (cadeau de remerciement)

⁴⁸⁵ Article 186/C.305

⁴⁸⁶ Ils étaient désignés par le souverain durant toutes les règnes successives mais plus tard ils ont été nommés par le Premier Ministre Rainilaiarivony. Ils ne recevaient aucune formation initiale ni continue spécifique mais se recrutait sur titre nobiliaire et selon leur autorité. A ce titre, ils étaient généralistes et pouvaient être appelés à trancher toutes sortes de litiges ou d'infractions. Radama I et Ranavalona I avaient créé les « *Andriambaventy* », secondés par les « *vadintany* » dans l'exécution des décisions judiciaires. A son tour Radama II avait, outre les « *Andriambaventy* », désigné des magistrats parmi les « *Menamaso* ». C'était plus tard, sous le règne de Ranavalona II, que fut plus structuré le corps des magistrats en les recrutant aussi parmi les

notamment sur le plan éthique. Leur vulnérabilité pouvait dériver également de l'absence de règles de procédures écrites précises, du manque de contrôle et du très bas niveau de rémunération.

Curieusement, aucune des dispositions en matière de corruption et infractions assimilées ne vise les magistrats. Il est difficile de concevoir que le législateur de l'époque ait pu croire en l'inutilité de la prévention à l'égard des juges en les considérant sans doute hors de tout soupçon eu égard à leur rang dans la société. L'on est plus enclin à concéder que ce corps avait eu de l'influence dans l'élaboration des normes tout comme les autres dignitaires du régime dans la même situation. Par conséquent, cette immunité de fait en matière de corruption semble être l'explication la plus plausible de l'atteinte généralisée de la justice plutôt que les causes ci-dessus.

2- Les autres dignitaires du royaume

Le dernier Code de Ranavalona II semble avoir comme principe l'égalité de tous devant la loi, y compris le souverain⁴⁸⁷. Bien qu'il ait été impensable de rechercher la responsabilité pénale de ce dernier du fait de sa position sociale relativement intouchable, celle des autres dignitaires du régime semble plutôt infirmer le principe. Cette égalité était sans doute réelle dans le cas des autres infractions graves, comme la révolte et l'homicide, et non en matière de corruption.

En effet, après avoir été un des crimes capitaux du temps d'Andrianampoinimerina qui disait n'admettre aucun privilège ni immunité, la corruption était devenu une infraction de gravité moindre et ne concernait pas les hauts dignitaires du régime. Ainsi, le Premier Ministre et ses conseillers, les ministres et les *loholona*, pour ne citer que ceux là qu'on ne saurait considérer comme fonctionnaire, ne figuraient pas parmi les justiciables des incriminations de corruption prévues dans le code.

Cette discrimination pénale n'aurait pas également manqué d'avoir des répercussions négatives dans le respect des valeurs protégées, notamment l'intégrité, tout comme l'organisation des sanctions.

C. SANCTIONS REVELATRICES

Il est vrai que les sanctions s'adoucissent progressivement en fonction du temps et de l'évolution des théories de la peine. Le passage d'un extrême à un autre constatée durant la période royale ne saurait avoir une explication autre qu'une différence de considération des valeurs correspondantes dans la préservation de l'ordre social.

I. DE LA PLUS HAUTE EXPRESSION...

Il est déjà connu que les atteintes à l'équité avaient fait l'objet de la peine capitale, la plus rigoureuse à l'époque, du temps d'Andrianampoinimerina. Ce qui faisait que, en matière de sanction, la corruption figurait à coté de la révolte, de la sorcellerie, de l'homicide et du vol sur la hiérarchie des infractions. De ce point de vue, en conséquence, le législateur considérait l'intégrité, traduite par équité, comme

« *Manamboninahitra* » et les « *Loholona* ». On peut également y ajouter la désignation des gouverneurs comme juge dans les affaires de la compétence des tribunaux provinciaux.

⁴⁸⁷ Thébault E., *op. cit.*, p.21

ayant relativement la même importance que l'autorité royale, la sécurité publique, la vie et la propriété dans le bon fonctionnement et la conservation de la société.

Dans la catégorie des atteintes à l'équité, 9^e infraction punie de mort, on peut constater d'autres peines de moindre rigueur, comme le chassé du fief, la confiscation, la réduction en esclavage et l'amende. Ces sanctions étaient réservées à des comportements de partialité où la réception d'avantages indus n'est apparemment pas un élément de l'infraction. C'est par exemple le cas de seigneurs féodaux et des Fokonolona qui faisaient preuve de partialité en condamnant les justes et justifiant les coupables. Le critère déterminant pour encourir la peine capitale était donc la prise d'avantages pécuniaires par les abus dans l'administration du royaume.

Comme avec tout crime capital, la mise à mort était faite soit en fonction de l'effet recherché soit en fonction de la qualité ou du nombre de condamnés. Tout d'abord le condamné de corruption devait être exécuté par décapitation et sa tête suspendue dans un lieu nommé *Ampanantonandoha*⁴⁸⁸ au bord du chemin. Ici on peut constater le rôle de prévention générale que le législateur voulut donner à la peine puisque l'exposition des têtes était faite pour prévenir le comportement futur du reste de la population. Il en était un peu différemment pour le second procédé de mise à mort qu'est la précipitation sur un lieu dit *Ampamarinana*, laquelle consistait à ligoter le condamné et à le faire rouler vivant par-dessus la falaise. On aperçoit dans cette exécution la fonction rétributive voulue par le roi qui disait que « ils (les condamnés) ont occasionné aux autres de grandes souffrances ; on les laisse souffrir, étant encore vivants et en proie à des douleurs cuisantes »⁴⁸⁹.

La mise à mort était faite avec une connotation plus infamante lorsque le condamné était un grand personnage ou une personne qui était chère au roi. Son sort serait la mort par coup de sagaie suivie d'une livraison de la dépouille pour être dévorée par les chiens sur un lieu appelé *Ambohipytsy*. Le lieu fut différent dans le cas où il y avait plusieurs condamnés, on exécutait les condamnés à *Ambatotsimahasoaolona* où une stèle fut érigée en souvenir du fils du roi nommé Ramavolahy, condamné et mis à mort pour révolte contre son père. On ne savait pas si ce prince avait subi les coups de sagaie puisqu'en ces temps il était interdit de faire couler le sang des nobles dont la mise à mort fut par strangulation. Enfin, compte tenu d'une croyance de la force des sorciers, ces derniers furent mis à mort d'une autre façon plus atroce, par l'ensevelissement vivant.

La peine de mort pouvait aussi être commuée en peines moins fortes en cas d'aveux de culpabilité. Dans cette situation, il faudrait que le délinquant prenne le premier pas en se dénonçant et non en attendant qu'on l'accuse. Cette autoaccusation devrait s'accompagner de rituels et d'une somme constituant un *hasina* pour le rachat de la tête. La peine sera réduite en amende en pareille circonstance. Sauf le cas de récidive, les statuts de *Tsimatimanota et du Levenambola* faisaient également changer la peine de mort encourue en paiement d'un amende ou d'un *hasina*. Il faut mentionner que les mesures de clémence s'apparentaient plus à des excuses atténuantes.

II. ...A LA MOINS RIGOUREUSE

A partir du moment où les lois pénales étaient consignées dans les codes, la corruption perdait son statut de crime capital avec les conclusions que l'on peut tirer

⁴⁸⁸ Signifie lieu où on suspend la tête, situé au-dessus d'Andranobevava et au Sud.

⁴⁸⁹ Callet R.P., *op. cit.*, p.113

au regard de la considération des valeurs qui lui sont antinomiques. Entre-temps, on peut concéder avant l'avènement du Code des 101 articles que la corruption n'était pas une infraction puisque aucune sanction ne lui était réservée, sauf les cas du détournement des biens du royaume, lesquelles infractions étaient très légèrement punies par rapport au 6^e crime capital d'Andrianampoinimerina. Les peines étaient toutes des amendes en nature, tête de bœufs, ou en numéraire.

Réintroduits dans la législation pénale, les autres faits de corruption n'avaient plus retrouvé leur ancienne place dans l'échelle de gravité des infractions. Parmi les infractions de corruption, le degré de gravité des sanctions se range de la perte du fier⁴⁹⁰ à la simple amende⁴⁹¹ en passant par l'emprisonnement⁴⁹² de 3 mois au maximum, assortie de la confiscation des biens du condamné ou de la restitution des biens détournés. De ce fait, les atteintes, bien que réintégréées de nouveau dans l'échelle pénale, auraient diminué en importance au regard de l'ordre social, au même rang que la souillure des sources. Elles sont punies de 3 mois d'emprisonnement, pour les plus graves et d'amende très modique pour les moins graves.

Pendant la période royale, on a pu constater que les valeurs protégées contre les phénomènes de corruption avaient connu des considérations très contrastées de la part du législateur. En fin de règne, la perception d'une corruption généralisée au sein de l'Administration a été rapportée. La situation semblait se stabiliser pendant la colonisation.

⁴⁹⁰ Article 124: dépossession de *menakely* qui deviendra un *menabe* ; Article 125: peine en fonction de la qualité: chef *menakely*- dépossession, intermédiaire *folovohitra*- amende de 10 boeufs et de dix piastres, chefs quelconques (*mpifehy*)- idem assortis de contrainte par corps à raison d'1 *sikajy/j*

⁴⁹¹ Article 126: amende de *kirobo* par personne ayant cédé au paiement indu ou à défaut prison de 2 jours chacun ; art 173: amende 10 boeufs et dix piastres assortie de contrainte par corps (peine de fers à temps 1an) ; Article 186: amende 100 piastres et confiscation de la chose donnée assortie de contrainte par corps 1 *sikajy /j* jusqu'à concurrence du montant de l'amende et de la valeur de la chose donnée ; Article 191: amende de 100 piastres assortie de contrainte par corps 1 *kirobo /j* ; Article 204: amende de 10 boeufs et de 10 piastres assorti de contrainte par corps 1 *kirobo /j*

⁴⁹² Article 119: prison 1 mois, confiscation des sommes reçues au profit de l'Etat assortie de contrainte par corps(prison 1 *sikajy/j*) ; Article120: prison 3 mois, restitution ou prélèvement sur le patrimoine assorti de contrainte par corps 1 *sikajy/j*

CHAPITRE II- DROIT PENAL COLONIAL: RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE LA FONCTION PUBLIQUE

La colonisation de l'île de Madagascar par la France était devenue effective⁴⁹³ par la fin de l'éphémère régime de protectorat⁴⁹⁴, pendant lequel seules les relations internationales du royaume dominant de Madagascar étaient sous contrôle de l'Etat français. La colonisation se traduisait immédiatement par la suppression de ce qui restait du pouvoir royal merina et sa substitution par le pouvoir colonial français, et partant de la soumission progressive des autres territoires encore autonomes en ce moment. Ce qui à terme conduisait à l'unification effective de tout le territoire de Madagascar sous un même pouvoir.

Sur le plan politique juridique, cette nouvelle situation apportera un changement notable tout à fait original dans le pays dans la mesure où pendant une certaine période deux législations coexistaient⁴⁹⁵, un contexte propice aux phénomènes de corruption (SECTION 1). Cette nouvelle donne juridique allait renforcer l'encadrement de plus nombreuses phénomènes de corruption sans qu'on eut vraiment reconnu l'intégrité comme valeur fondamentale à protéger (SECTION 2).

SECTION 1- CONTEXTE PROPICE A LA CORRUPTION

L'ancienneté du droit français et son degré d'évolution lui ont permis d'avoir un encadrement plus élaboré en matière de corruption, en relation avec le développement du phénomène dans le pays d'origine. Cet encadrement élargi a été transposé dans la colonie afin de contenir les phénomènes de corruption qui avaient cours pendant la royauté et, surtout, les fortes potentialités occasionnées par le système administratif colonial.

L'inexistence de données à l'époque coloniale rend difficile l'appréciation de l'ampleur de la corruption, laquelle ne pouvait pas non plus être évaluée par la littérature nationale, encore balbutiant et censurée. L'on ne peut cependant que suspecter l'évolution du phénomène à travers les difficultés de transposition du système étranger (A) et l'apparition de nouveaux facteurs déterminants (B).

A. DIFFICULTES DE TRANSPOSITION

Un des objectifs avoués de la colonisation était d'apporter la civilisation dans les nouvelles possessions. Cela consiste à introduire certains idées, principes et pratiques considérés par l'occupant comme plus avancé par rapport à l'existant ou comblant l'inexistant. Dans l'organisation judiciaire, l'introduction du système français a beaucoup contribué à la modernisation de la justice sans pour autant effacer significativement les réticences des nationaux envers la justice coloniale.

⁴⁹³ Madagascar fut effectivement occupé à la date du 30 septembre 1896. Voir Piolet J-B., *De la colonisation à Madagascar*, Augustin Challamel, 1896, p.3

⁴⁹⁴ Par traité du 18 décembre 1885 entre la reine Ranaivalona III reconnue comme reine de Madagascar et la France

⁴⁹⁵ Principe de maintien de la législation indigène par un arrêté du 28 février 1896. Voir pour des détails Spas L., *op. cit.*, pp. 66 et 67

I. MODERNISATION DE LA JUSTICE

L'introduction de l'organisation judiciaire pénale française a apporté des principes nouveaux tant sur le plan procédural que sur le plan organisationnel.

1- Au niveau des principes procéduraux

Au fur et à mesure que le droit pénal français occupait le terrain de la justice criminelle à Madagascar, l'utilisation du Code de l'Instruction Criminelle était devenue la règle en matière procédurale. Ce code est rendu intégralement applicable à partir de 1946, mais avant cette date les tribunaux français l'avaient progressivement appliqué depuis leur institution dans l'île. Non seulement de ce code mais aussi de la jurisprudence, des principes inconnus ou non explicites dans les anciens systèmes pénaux furent alors introduits et graduellement appliqués. Certains nombres de principes procéduraux existaient déjà dans ces anciens systèmes telles l'oralité et la publicité des débats et l'autorité de la chose jugée⁴⁹⁶, mais en général les règles de procédures ne concernaient que la matière non pénale avec des procédures distinctes avec chaque catégorie distincte d'affaire. Quelques uns de ces nouveaux principes méritent d'être passés en revue à cause de leur importance dans la construction d'une justice pénale impartiale et équitable.

En premier lieu, le principe jurisprudentiel de la présomption d'innocence semble être une innovation introduite par le droit français. Là, il est traditionnellement de principe, en matière criminelle, qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence⁴⁹⁷. Consacré par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, cette règle considère une personne poursuivie comme innocente avant une condamnation définitive et, depuis, elle a été constamment appliquée par les juges français. Dans les droits coutumiers malgaches, certaines pratiques semblent attester tout le contraire de cette règle dans la conduite des procès, en ce qu'il appartient à l'accusé de prouver son innocence. C'est ce qui explique par exemple la pratique des ordalies judiciaires comme le tanguin avant l'avènement des codes de Ranavalona II. Des principes corollaires comme : la charge de la preuve incombant au poursuivant et le doute bénéficiant à l'accusé étaient de fait introduits. Dans ce dernier cas, la pratique desdites ordalies judiciaires était en droit local le moyen de dissiper le doute tout comme la charge pour l'accusé d'apporter volontairement son innocence.

Toujours en faveur de la présomption d'innocence mais aussi de l'efficacité des enquêtes, le secret d'information semble également une règle inconnue du droit local. Dans ce dernier cadre, très souvent, c'est le *Fokonolona* qui joue le rôle de la police judiciaire sinon pousse le délinquant entre les mains de la justice. Dans le droit français, la recherche de cette efficacité laisse aux procureurs du roi l'opportunité des poursuites, une règle aussi absente du droit local du fait que la fonction d'autorité de poursuite n'était pas suffisamment structurée avant les nouvelles organisations judiciaires effectuées par la nouvelle administration coloniale.

Par ailleurs, le respect des droits de la défense qui essentiellement est garanti par la faculté d'avoir un défenseur lors du procès est expressément prévu par le CIC. Très avancé, le principe protège même le secret des correspondances échangées

⁴⁹⁶ Plus qu'un principe, en droit royal la violation de l'autorité de la chose jugée est une infraction pénale. Article 213 C.305

⁴⁹⁷ Conseil d'État, 29 prairial, an VIII

entre les accusés et leurs défenseurs et est d'ordre public selon la jurisprudence française de l'époque⁴⁹⁸. Ce qui comble une grosse lacune du droit local qui ne connaissait pas encore la présence du défenseur professionnel.

Enfin, un des principes qui caractérisent la procédure pénale française est l'intime conviction du juge pour statuer sur la culpabilité d'un accusé. Aucune indication ne permet d'affirmer l'existence d'une règle analogue en droit local guidant le juge dans la détermination de la culpabilité ou non d'un prévenu. Néanmoins, il a été dit que les ordalies avaient été utilisées afin d'aider le juge dans son processus décisionnel.

2- Au niveau de l'organisation et du fonctionnement

Il faut dire que l'organisation judiciaire était une des pièces à compléter du droit écrit local, le code des 305 articles par exemple n'a pas de dispositions spécifiques à ce sujet sauf quelques unes concernant le personnel judiciaire : les magistrats⁴⁹⁹ et les *antily*⁵⁰⁰. Dans le royaume merina, il faudra prendre le temps de passer en revue les législations des souverains successifs pour pouvoir constater qu'il y avait une hiérarchie de juridictions, l'organisation de leur compétence territoriale et matérielle, la collégialité au siège et un ensemble relativement élaboré de personnel judiciaire. On peine cependant à trouver des règles de base qui devrait garantir dans son organisation et son fonctionnement une justice indépendante, professionnelle et impartiale.

En ce qui concerne en premier lieu le principe d'indépendance, les juridictions locales étaient l'émanation du souverain qui était le grand juge, statuant en dernier ressort et ayant une plénitude de juridiction. Les juges n'exerçaient qu'en vertu d'un pouvoir délégué par le souverain qui les désignait lui-même en fonction du rang social et des services rendus au royaume. On peut dire que cet état de dépendance totale au gouvernement royale fut quelque peu atténuée aux instances juridictionnelles de base, le *Fokonolona* et les gouverneurs *madinika* lorsqu'ils furent choisis par la communauté.

La confusion entre la fonction de juger avec celle d'administrer ne permettait surtout pas d'apprécier dans la pratique cette indépendance face au gouvernement dans l'exercice de la première fonction. Cette confusion continuait pendant un certain temps pendant la colonisation pour la justice française et indigène⁵⁰¹, les administrateurs et les officiers exerçant en même temps en tant que juge. Il a fallu attendre la réforme de 1946 pour remettre le principe de séparation de pouvoirs, sacrifié par nécessités conjoncturelles, pour les intérêts des justiciables⁵⁰². Quoi qu'il en soit, l'existence des magistrats professionnels français ayant un statut particulier garantissant leur indépendance vis-à-vis de l'Administration a introduit ce principe dans le système judiciaire de l'île pendant la colonisation, renforcé plus tard par l'uniformisation de la justice en 1946. Il convient cependant de signaler que, même dans l'organisation judiciaire française, certaines règles corollaires comme

⁴⁹⁸ Cass.crim. 15 février 1906 (S. 1909 I 225 note Roux)

⁴⁹⁹ Articles 189 à 212

⁵⁰⁰ Articles 163 à 173

⁵⁰¹ Spas L., *op. cit.*, pp. 16 et 22

⁵⁰² *Ibid.*, p.22

l'inamovibilité des juges n'étaient pas respectées au début de la colonisation pour des raisons budgétaires et pratiques⁵⁰³.

Par ailleurs, vis-à-vis des justiciables, on a pu constater que des règles existaient afin de protéger les juges et les autres personnels de la justice. Déjà et à titre de rappel, du temps d'Andrianampoinimerina, les accusations gratuites contre les grands, ceux qui rendent la justice entre autres, étaient comprises dans la neuvième catégorie de crimes punis de la peine de mort⁵⁰⁴. Le code des 305 articles a repris cette protection en son article 208 qui punit le fait d'accuser sans justification un magistrat ou son délégué d'avoir commis une infraction pénale quelconque. La protection contre les agressions physiques est également prévue contre tous les fonctionnaires dont ceux qui administraient la justice⁵⁰⁵. Ces protections constituent une garantie d'indépendance, vis-à-vis des particuliers, que le droit colonial renforçât par la mise en vigueur du code pénal de 1810 qui contient des articles plus élaborés⁵⁰⁶.

En second lieu, il est rappelé que les juges royaux se recrutaient selon leur statut social et, dans certains cas, en fonction de services rendus au royaume. Ils apprenaient ainsi leur fonction certainement en la pratiquant et par traditions orales. D'un côté, le professionnalisme est assuré par la formation initiale spécialisée pour permettre au juge d'être en mesure d'exercer sa fonction dans les règles de l'art et avec l'éthique requise. Ce qui fut partiellement introduite par l'organisation judiciaire coloniale, notamment dans la présidence des juridictions pénales françaises ou indigènes, par la technique de l'échevinage dont l'importance pour l'assurance d'une meilleure justice pour les citoyens n'est plus à démontrer. D'un autre côté, le juge professionnel se consacre entièrement à sa fonction et y évolue en permanence sur un parcours de carrière bien défini. Sans statut particulier, les juges royaux semblent n'y faire office qu'en surplus de fonctions autres que la justice, l'administration ou d'autres emplois. Ce qui n'était pas le cas des magistrats français qui avaient un parcours professionnel bien tracé par leur statut et exercent leurs missions juridictionnelles en tant que carrière.

Sauf la séparation de la fonction de police judiciaire et de juge, aucune autre séparation de fonction n'a été clairement distinguée dans l'ancien système royal. La procédure ayant été essentiellement accusatoire⁵⁰⁷, les juridictions répressives royales ne connaissaient pas la séparation entre la fonction de poursuite, d'instruction et de jugement. Une confusion que le droit pénal indigène l'a aussi momentanément maintenue⁵⁰⁸ avant l'application uniforme du code d'instruction criminelle. La jurisprudence française en ces temps avait précisé que le ministère public, inconnu dans le système royal, est partie intégrante et nécessaire des juridictions répressives. C'est-à-dire que, semble-t-il, « les juridictions répressives ne peuvent régulièrement siéger hors la présence du ministère public ». Toutefois, il est nécessaire que cette présence n'est systématiquement pas obligatoire à Madagascar même de nos jours. Enfin, la fonction d'instruction n'a été introduite que bien plus tard et la règle selon

⁵⁰³ *Ibid.*, pp.10 et s.

⁵⁰⁴ Callet R.P., *op.cit.*, p.100

⁵⁰⁵ Article 185 du C.305

⁵⁰⁶ Articles 208 et s., 222 à 233

⁵⁰⁷ C'est la partie victime d'une infraction qui soutient l'accusation devant le juge en l'inexistence de la fonction de Ministère public

⁵⁰⁸ Décret de 1898 ; v. Aujas L., *op.cit.*, p.75

laquelle celui qui instruit ne doit pas juger recevait application à un certain niveau d'instance.

Malgré toutes ces innovations qui en principe constituaient des mesures préventives anti-corrptions et devaient inspirer la confiance des justiciables malgaches, la littérature témoigne d'une certaine méfiance de leur part.

II. MEFIANCE DES MALGACHES A L'EGARD DE LA JUSTICE COLONIALE

Tout changement de régime, semble-t-il, amène une crise politique et économique, temporaire et artificielle, comme les mouvements insurrectionnels et les arrêts de production et du commerce. Ce qui n'aurait pas été le cas dans le domaine de la justice où les nouveaux administrateurs coloniaux auraient pu inspirer aux populations la confiance dans son impartialité.⁵⁰⁹ Cette affirmation est à relativiser puisque malgré la modernisation ci-dessus relatée, la réticence envers la justice coloniale avait été rapportée, notamment au niveau de l'accès à la justice et de l'exécution de ses décisions. En effet, la logique classique et propre à la colonisation aurait comme conséquence, entre autres, l'existence d'une distance culturelle entre les sociétés et les droits qui les régissent⁵¹⁰, avec évidemment l'appareil judiciaire chargé de les appliquer.

1- Accès très limitée à la justice

Avec une tradition de justice de proximité très poussée du temps d'Andrianampoinimerina, les sujets du royaume merina portaient rarement leur litige devant les tribunaux. Ils sont réglés dans une grande partie en amiable dans la famille ou le clan ou à plus grande échelle par le Fokonolona. Cette situation aurait perduré tout au moins jusque sous Radama 1^{er}, pendant lequel les procès civils déjà peu nombreux sous Andrianampoinimerina n'augmentèrent pas beaucoup, pour rareté de querelles et aussi par l'étendue encore réduite des régions administrées.⁵¹¹ Par la suite, la mauvaise réputation de corruption des juges pendant la période royale ne favorisait guère l'accès aux juridictions officielles conjuguée avec la dissuasion apportée par la sévérité des peines, malgré les adoucissements du dernier code de 1881. Ce qui fut qu'en matière pénale, en dépit de l'existence de six tribunaux à partir du règne de Ranavalona II, les décisions de justice, du moins celles encore conservées dans les archives nationales sont relativement peu nombreuses⁵¹².

Au début de l'occupation française et surtout après les campagnes de pacification menées par le Général Galliéni, les relations des populations locales avec la nouvelle administration n'étaient pas faciles. Il a fallu rétablir rapidement l'institution de *Fokonolona* afin d'éviter les contacts permanents.⁵¹³ En matière pénale, le risque de commission de criantes injustices était accru par l'ignorance du droit indigène par

⁵⁰⁹ Rapport d'ensemble du Général Galliéni, *op.cit.*, pp.236-237

⁵¹⁰ Alou M. T., La justice au plus offrant : les infortunes du système judiciaire en Afrique de l'Ouest (autour du cas du Niger), *Politique africaine*, n° 83, octobre 2001, p.62

⁵¹¹ Aujas L., *op.cit.*, p.7

⁵¹² En tout, la série FF des archives nationales compte juste plus d'une centaine de recueil de jurisprudence (environ 124 répertoriées), dont certains concernent des consignes royales, et parmi lesquelles les affaires pénales n'atteignent même pas le tiers.

⁵¹³ Delteil P., *op.cit.*, p.76

les juges français⁵¹⁴, malgré la présence d'assesseurs locaux. L'application des lois pénales aurait engendré des problèmes psychologiques de la part des administrés locaux. On a pu noter en effet que les délinquants se croyaient justifiés et recevaient les sanctions comme des brimades. Les sanctions collectives étaient comprises comme colonialistes tandis que des sanctions ont été souvent désavouées et des amendes détournées par les agents d'applications.⁵¹⁵ A ce titre, une circulaire du Procureur Général du 26 mai 1931 a été provoquée par les retards apportés dans la notification des décisions rendues par certains tribunaux, notamment en matière de délits forestiers⁵¹⁶.

La lecture des infractions prévues par les textes sur l'indigénat⁵¹⁷ amène à constater que la plupart tendent à imposer la collaboration avec l'administration coloniale, notamment la justice⁵¹⁸. Ce qui milite en faveur l'existence d'une certaine méfiance envers l'autorité coloniale voire une véritable absence de coopération⁵¹⁹, laquelle se traduisait par un très faible taux de fréquentation des juridictions étatiques. Il semblerait que le grand nombre des tribunaux de 1^{er} degré n'avait jamais siégé, outre les conciliations appuyées par certains présidents de tribunal. En moyenne, en 1908, il y aurait eu 7 affaires par tribunal. Ce qui semble confirmer le rapport du Procureur Général Dubreuil en date du 15 mars 1898 relatant que les tribunaux indigènes ont assez peu d'affaires et les crimes de droit commun sont assez rares⁵²⁰. Le tempérament processif des malgaches avait été avancé comme la principale cause, les affaires étaient toujours soumis au préalable au notables et *Fokonolona* avant d'être porté devant le tribunal le cas échéant, et ce dans les rares cas où la crainte du *vazaha* n'aurait pas constitué un frein⁵²¹. La réforme de 1909 en matière répressive indigène élargissant la compétence des tribunaux de 1^{er} degré aurait cependant fait intervenir un assez grand nombre de jugement. Le problème d'accès serait ainsi résolu en partie par une meilleure proximité de la justice pénale⁵²². Mais

⁵¹⁴ Delteil P., *op.cit.*, p.94

⁵¹⁵ Alain B. et Michel S., *Feux et déforestation à Madagascar*, revue bibliographique, CIRAD-ORTOM-CITE, 1998, DEZ (1963, 1965, 1968), p.38 ; sur le recouvrement des amendes pécuniaires v. arrêté n°568 investissant les greffiers de la Cour d'Appel et des Tribunaux de Première Instance d'attributions spéciales, *JOMD*, 17 avril 1897, n°81, p.367

⁵¹⁶ Ozoux L., *op.cit.*, p.139

⁵¹⁷ Composé d'infractions rassemblées dans un corpus spécial en appui de celui-ci, le code de l'indigénat a été d'une utilité sans conteste pour les autorités coloniales de proximité qui pouvaient brandir à chaque manquement aux règles les plus élémentaires de la vie sociale l'outil sanction (Ozoux L., *op. cit.*, p.201). Sont qualifiés indigènes, justiciables du système dans le sens de l'arrêté de 1899, les personnes résidant dans la Colonie et dans ses dépendances nées, soit à Madagascar, soit dans d'autres possessions françaises et n'ayant pas la qualité de citoyens français (1^{er} de l'arrêté du 13 novembre 1899 sur l'indigénat à Madagascar, *JOMD*, 1899, p.3775). Les infractions, au nombre de trente sept au début et réduites à cinq catégories par l'arrêté du 12 février 1937, sont très variées et certaines sont également prévus par le code pénal, des textes particuliers ou le droit local, de nature contraventionnelle ou correctionnelle. On peut citer comme exemple l'enlèvement de bornes, l'incendie de forêts, vagabondage et mendicité. Il semble dans certains cas exister une différence de gravité entre les infractions d'indigénat et les délits de droit commun, comme en matière de tapage, ivresse, scandale dispute et autres actes de désordre sur la voie publique (Titre II-XXXII de l'arrêté du 13 novembre 1899 sur l'indigénat à Madagascar, *JOMD*, 1899, p.3776) ; les premières étant considérées moins graves.

⁵¹⁸ Par exemple les n°II à V, VII, XXII de l'arrêté du 13 novembre 1899 sur l'indigénat

⁵¹⁹ Coolidge J., Rose-Ackerman S., *High-Level Rent Seeking and Corruption in African Regimes: Theory and Cases*, World Bank Group, p.30

⁵²⁰ Rapport d'ensemble du Général Galliéni sur la situation générale de Madagascar, *op. cit.*, p.67

⁵²¹ Spas L., *op.cit.*, p.76

⁵²² *Ibid.*, pp.117 à 121

cela, en matière pénale, n'avait pas joué en faveur de l'exécution des sanctions prononcées.

2- Esquive à l'exécution des décisions judiciaires

L'exécution des jugements en matière indigène était confiée à des agents indigènes, par l'article 15 *in fine* du décret du 24 novembre 1898.⁵²³ Cette touche de légitimation pour sans doute une meilleure effectivité des décisions n'aurait pas beaucoup arrangé les choses. Beaucoup de nationaux semblaient ne pas acquiescer facilement aux décisions des juges coloniaux.

L'on se souvient que le législateur de 1909 avait refusé aux indigènes le bénéfice de la prescription de la peine à cause des disparitions des condamnés dans la forêt⁵²⁴. Ces disparitions ne seraient certainement pas des cas isolés pour attirer la préoccupation du législateur qui avait pris en conséquence une mesure générale allant à l'encontre d'une des principes du droit pénal français. En matière de vol de bœufs, en cas de recherches infructueuses des coupables, les villages traversés par les bœufs volés étaient rendus responsables, civilement ou pénalement, pour sanctionner la non coopération⁵²⁵.

En outre, l'impossibilité d'appliquer l'article 113 du CIC a été rapportée, les indigènes pouvant assez rarement y justifier d'un domicile. On a pu avancer que la liberté provisoire ne devrait pas être appliquée aux indigènes qui ont tendance à croire à la faiblesse de la part de l'autorité ou à l'insuffisance des charges relevées contre les prévenus⁵²⁶. Cette mesure était encore aggravée par l'effet suspensif des voies de recours au regard de la détention préventive, ce qui a valu à l'accusé indigène acquitté d'être retenu en détention jusqu'à l'arrêt d'homologation⁵²⁷ au mépris total du principe de présomption d'innocence.

L'une des raisons avancées pour instaurer le régime de l'indigénat était de mettre à terme aux agissements de certains agitateurs influents et aux idées de rébellion que pourrait nourrir la population indigène. L'autre effet recherché était l'immédiateté de la sanction, minimisant ainsi les esquives par trop fréquentes causées par les délais utiles aux formalités d'exécution des peines en matière de droit commun.⁵²⁸ Cette mesure aurait cependant renforcé l'illégitimité de la sanction par l'introduction des peines de travail pénal⁵²⁹ qui n'existait pas pendant le régime monarchique. Emanant de l'autorité coloniale, elles furent perçues comme une nouvelle forme d'oppression voire d'esclavage. Conscient sans doute de l'absence de légitimité de la sanction, dont l'effectivité ne se mesurerait ni par son affliction ni par son infamie, le législateur colonial avait jugé le sursis sans effet en matière indigène. Ce qui l'avait amené à rendre la loi de sursis de 1891 inapplicable dans ce domaine jusqu'en 1940⁵³⁰.

⁵²³ Aujas L., *op.cit.*, p.89

⁵²⁴ Spas L., *op.cit.*, p.148

⁵²⁵ Circulaire au sujet des vols de bœufs du 29 juillet 1905, *JOMD*, n°1009, p.12910. Cette mesure inspirée des articles 169 du C.305 et des articles 10 et 25 du décret du 9 mars 1902 a été repris avec certaines modifications par l'ordonnance 60.106 sur la répression des vols de bovidés encore en vigueur actuellement.

⁵²⁶ Spas L., *op.cit.*, p.190

⁵²⁷ Ozoux L., *op.cit.*, pp.73 et 74

⁵²⁸ Spas L., *op.cit.*, pp.201 et 212

⁵²⁹ *Ibid.*, *op.cit.*, pp.225 et s.

⁵³⁰ Article 77 du décret 1909 modifié par le décret du 03 mars 1929 ; Sicard (Me), *op.cit.*, p.108

Enfin dans de nombreuses régions de Madagascar, la population avait toujours évité toute forme de justice étrangère à leur mode de vie, comme les piroguiers vezo⁵³¹. L'on a pu conclure ainsi qu'une justice imprégnée de règles étrangères ne pouvait être maintenue dans une ligne traditionnelle. Ce qui expliquerait pourquoi les populations qui maintiennent en partie les usages anciens évitent le plus possible, le recours au tribunal⁵³² et de subir ses décisions. Dans la coutume malgache traditionnelle, l'ensemble des règles sociales est l'héritage des ancêtres et il est ainsi sacrilège d'y porter la main, de contrevenir à ses règles⁵³³. La justice pénale coloniale manquait évidemment ce fondement religieux du droit quotidien des malgaches.

Il conviendrait, pour conclure sur l'organisation de la justice coloniale, de ne pas perdre de vue que la législation tout comme la justice, en tant qu'organes essentiels de la Nation, porte en elles les reflets des activités et les besoins immédiats d'une époque. La sévérité de la justice d'autrefois à l'égard de la sorcellerie resterait toujours fonction des idées, des besoins, des opinions et de la spiritualité d'un peuple, à une phase donnée de son histoire.⁵³⁴ Ce qui fut sans doute vrai également à l'égard des phénomènes de corruption qui ont hérité d'un encadrement élargi du droit pénal français.

B. APPARITION DE NOUVEAUX DETERMINANTS DE LA CORRUPTION

L'avènement de la colonisation engendrait des bouleversements de l'organisation administrative et judiciaire, notamment la substitution des systèmes locaux par le système colonial. Ce dernier essayait rapidement de couvrir toute l'étendue du territoire et administrait avec des agents de la colonie, nouveaux détenteurs de pouvoirs. Ce nouvel agencement comportait des foyers potentiels de corruption.

I. NOUVEAUX DETENTEURS DE POUVOIRS

Par souci de facilitation du contrôle des collectivités, la nouvelle administration coloniale avait maintenu certains aspects de l'organisation administrative traditionnelle⁵³⁵, par un mode de gouvernance dit de décharge⁵³⁶, tout en l'ayant intégrée à la base de sa propre organisation. En réalité, l'apparition de nouveaux détenteurs de pouvoirs n'a été constatée que dans cette dernière.

1- Administration indirecte

Il convient de rappeler que l'autorité coloniale avait compris l'importance du *Fokonolona* dans l'administration de la nouvelle colonie et dès 1897 elle prit

⁵³¹ Faublée J., Notes quelques points du droit coutumier du Sud de Madagascar, *Etudes de droit africain et malgache*, Cujas, 1965, p.44

⁵³² Faublée J., *op.cit.*, p.45

⁵³³ Deschamps H., *op.cit.*, pp.19 et 20

⁵³⁴ Rafamantanantsoa Zafimahery G., Justice malgache d'autrefois, Discours de rentrée de la Cour Suprême prononcée à Tananarive le 10 octobre 1962, *IMCF*, 1963, p.9

⁵³⁵ Raharijaona H., Le droit malgache et les conventions de Fokonolona, *Etudes de droit africain et malgache*, Cujas, 1965, p.55

⁵³⁶ Mamadou Diouf, Privatisations des économies et des États africains : Commentaires d'un historien, *Politique africaine*, n° 73, mars 1999, pp.16 à 23

officiellement la résolution de ne pas y toucher⁵³⁷. Le décret du 09 mars 1902 portant organisation de la vie administrative indigène a par la suite consacré le rôle administratif et judiciaire du *Fokonolona*, avec quelques modifications. Cela était caractérisé par l'autorisation par lui d'établir des conventions ayant pratiquement le même objet que les anciennes, celles qui étaient encouragées vers la fin de l'Administration Rainilaiarivony⁵³⁸.

Plus tard, l'institution, qui existait ailleurs dans les autres territoires que l'Imerina sous d'autres formes ou dénominations⁵³⁹, allait être légalement étendue. L'extension commençait en 1904 par l'organisation des *Fokonolona* dans les circonscriptions administratives de la côte Est et du Nord, pour s'étendre dans presque toute l'île et même au delà⁵⁴⁰ vers 1915. L'Administration centrale fut ainsi soulagée des charges de l'administration et de la justice de proximité et s'occupait principalement du contrôle de l'exercice par le *Fokonolona* des pouvoirs qui lui sont accordés⁵⁴¹.

Les pouvoirs du *Fokonolona* n'auraient pratiquement pas varié puisque le décret de 1902 lui redonnait ceux que contenaient les conventions d'avant la colonisation. A vrai dire, l'institution avait continué à fonctionner malgré les bouleversements du début de la colonisation du fait de son essence autonome par rapport à tout pouvoir étatique. Les attributions de police générale, administrative et judiciaire que leur donnaient les nouveaux textes avaient été déjà les leurs auparavant. Parmi ceux-ci, on peut citer le pouvoir d'arrestation et de déferrement de l'auteur d'une transgression aux lois, celui de maintien de l'ordre en assurant la garde de nuit et la protection de l'environnement, celui d'arbitrage en matière civile et celui de statuer sur les infractions à la convention locale. A ceux là était ajouté le rôle d'auxiliaire de l'administration coloniale notamment en matière de recouvrement fiscale et de police judiciaire et administrative.

Néanmoins, l'organisation du *Fokonolona* fut relativement modifiée pour permettre un contrôle de ses activités. Il a été placé à la tête de chaque *Fokonolona* un chef de village élu par la majorité de ses membres pour un mandat déterminé et qui peut être assisté par des sous-chefs de village désignés par un ou plusieurs groupements de cases. Ses principales attributions consistaient en l'exécution des ordres, règles et prescriptions du chef de l'administration coloniale locale et à être son intermédiaire avec les anciens et notables du *Fokonolona*. Doté officiellement d'une personnalité morale qu'elle avait déjà en fait, le *Fokonolona* était représenté dans tous les actes de la vie civile soit par les chefs de districts⁵⁴² soit par les chefs de province⁵⁴³. Ces derniers pouvaient retenir la responsabilité collective et pécuniaire des membres du *Fokonolona*, par exemple en cas d'infractions, négligences ou mauvais vouloir constatés dans l'exécution des obligations qui leur incombaient. Ce fut le cas lorsqu'il survenait une insuffisance de cultures indispensables pour procurer les productions nécessaires à la consommation du village et à la constitution des excédents de sécurité.

⁵³⁷ Circulaire du 06 mai 1897 ; Cahuzac A., *op.cit.*, p.76

⁵³⁸ Id. ; pour un avis contraire sur la consistance du pouvoir rétabli, v. Spas L., *op.cit.*, p.86

⁵³⁹ *Fokon'ondaty* dans la région du sud, l'organisation établissait de nouvelles dispositions focalisées sur les questions d'élevage.

⁵⁴⁰ Curieusement, l'institution fut également étendue vers les îles Comores par un arrêté du 27 janvier 1915

⁵⁴¹ Cahuzac A., *op.cit.*, pp.77 et s.

⁵⁴² Depuis le décret du 9 mars 1922. Ozoux L., *op. cit.*, p.38; Delteil P., *op. cit.*, p.85

⁵⁴³ Article 21 de l'arrêté du 3 décembre 1904

Le contrôle collectif du pouvoir par les membres de la communauté était ainsi renforcé par le contrôle de tutelle des représentants de l'administration coloniale. Ce qui en principe devait maintenir l'intégrité de la gouvernance du *Fokonolona* dont l'exercice du pouvoir n'aurait pas été menacé par les phénomènes de corruption. On ne peut cependant s'empêcher de penser qu'il devait y présenter des situations de conflits entre les intérêts coloniaux défendus en principe par l'administrateur colonial et ses assistants, le chef de village et ses adjoints, et les intérêts sociaux, représentés par les autorités traditionnelles du *Fokonolona*. Sans doute, les contradictions n'auraient pas manqué d'avoir des conséquences sur la considération des valeurs fondamentales comme l'intégrité et aussi de la justice.

2- Organisation administrative et judiciaire coloniale

Greffée à l'institution du *Fokonolona*, l'organisation administrative coloniale se subdivisait, comme en matière d'organisation judiciaire, en administration française et administration indigène, toutes les deux sous l'autorité du Gouverneur Général. En 1904⁵⁴⁴, la première était constituée des provinces qui se subdivisaient en districts pouvant posséder des postes administratifs et des postes de surveillance. L'administration indigène se situait à l'intérieur de chaque district qui comprend hiérarchiquement des gouvernements, canton ou *saina* et des villages.

D'une manière générale, à chaque branche de l'administration étaient placés des fonctionnaires qui lui étaient propres : les fonctionnaires français à l'administration française et, à partir du niveau gouvernement, les fonctionnaires indigènes à l'administration indigène. A l'instar de ce qui s'organisait dans presque toutes les colonies françaises, au sommet de la hiérarchie se trouve le Gouverneur Général qui avait à la fois des pouvoirs civils et militaires⁵⁴⁵. Il est le chef de l'administration coloniale, représente le Président de la République Française dont il en est le dépositaire de son autorité. En principe, similaire à la position d'un préfet des départements français à l'époque, il est chargé d'exécuter les décisions d'une instance délibérative appelé Conseil Général dont les membres sont désignés par moitié, respectivement par le Gouverneur et par les conseils municipaux. Dans son cabinet, le Gouverneur Général se trouve flanqué de deux chefs d'administrations qui s'occupent pour l'un de l'administration intérieure de la colonie, de la police générale et de l'administration des contributions directes et indirectes et pour l'autre de l'administration judiciaire. Ces administrations comprennent des chefs de services et des employés subalternes pour leur fonctionnement⁵⁴⁶.

A l'échelon suivant, le Chef de province avait à sa disposition des fonctionnaires et agents parmi lesquels il choisit les chefs des différents échelons de l'administration française. A son tour le Chef de district avait seul des relations de service avec les non indigènes, à l'exclusion des fonctionnaires indigènes par l'intermédiaire desquels, suivant la hiérarchie de l'administration indigène, il dirige la population indigène de son ressort. Les gouverneurs et chefs de canton sont ainsi des fonctionnaires indigènes qui ont sous leur autorité des fonctionnaires et agents indigènes dont les chefs de village élus aux sommets des *Fokonolona*.

⁵⁴⁴ Organisation fixée par l'arrêté de 1904 déterminant les attributions des fonctionnaires de l'administration française et de l'administration indigène dans les provinces de Vohemar, des Betsimisaraka du Nord, des Betsimisaraka du Centre, des Betanimena et des Betsimisaraka du Sud. *JOMD*, 1904, p.12239

⁵⁴⁵ Ordonnance du 21 août 1825

⁵⁴⁶ Rougier P. J.-C., *Précis de législation et d'économie coloniale*, L. Larose éditeur, 1895, pp.116 et s.

A cette organisation administrative, se juxtapose et aussi se distingue l'organisation judiciaire. Cette dernière, suivant les branches françaises ou indigènes, comprenait du personnel français ou indigène, différent dans certaines situations du personnel de l'administration territoriale. Il convient également de mentionner une autre organisation pourvoyeurs de fonctionnaires et agents, autant français que locaux, qu'est l'instruction publique. L'administration coloniale avait procédé à la décentralisation de l'enseignement public qui avant la colonisation n'existait pratiquement pas en dehors de l'Imerina⁵⁴⁷. Enfin, l'organisation militaire et paramilitaire apportait de nombreux postes dans la fonction publique coloniale⁵⁴⁸.

Ainsi, par l'effet de la colonisation, le pouvoir central fut déconcentré à travers les services publics de toute l'île. Cela multipliait considérablement le nombre de personnes, françaises ou indigènes, détenant une parcelle du pouvoir colonial pouvant dans certaines conditions constituer l'objet de malversations.

II. CONDITIONS D'EXERCICE DE POUVOIRS, SOURCES D'ABUS A DES FINS PRIVEES

Bien qu'installés progressivement, les différents services de l'administration coloniale placèrent en un laps de temps assez court de nombreux fonctionnaires et agents à des postes d'autorité dont la plupart n'aurait pas été préparée ni intellectuellement ni déontologiquement. Il convient de souligner que ces circonstances ont été rendues nécessaires par les besoins de consolidation de l'autorité coloniale dans tout le territoire de Madagascar, malgré les insuffisances en ressources humaines et en infrastructures. Constituant déjà une vulnérabilité avancée en matière de corruption, la situation devait s'aggraver à cause de circonstances relevant du cumul de pouvoirs et de l'absence d'un système de contrôle effectif.

1- Cumul de pouvoirs

Par excellence, le cumul de pouvoirs se traduit par le monopole d'exercice discrétionnaire de pouvoirs traditionnellement séparés. La situation est considérée comme facteur majeur de corruption⁵⁴⁹. D'après Robert Klitgaard, la corruption prospère lorsque les agents ont le monopole du pouvoir sur les clients, quand ils ont une grande discrétion, et quand leur redevabilité envers leur supérieur est faible⁵⁵⁰. Inconnue pendant la période royale, la séparation de pouvoirs qui suppose un contrôle horizontal entre les différentes fonctions de l'Etat continuait d'être ignorée pendant une grande partie de la colonisation. N'impliquant forcément pas une aggravation des phénomènes de corruption dans la société, cette situation n'en constitue pas moins un terrain favorable à leur développement.

⁵⁴⁷ Ouverture des premières écoles régionales

⁵⁴⁸ La force publique de gendarmerie employée à Madagascar et dépendances a été organisée par le décret du 18 juillet 1901 attribuant à Madagascar les fonctions d'Officier de Police Judiciaire aux sous-officiers et commandants de brigade et de postes de gendarmerie du 27 mars 1902. *JOMD*, 17 mai 1902, n°704, p.7463 ; Décret portant suppression de la garde civile indigène de Madagascar et création d'un corps de police régionale qui comprend du personnel européen et du personnel indigène. *JOMD*, 07 juin 1902, n.709, p.7555 et s.

⁵⁴⁹ Pour un avis contraire, voir Carbonara E., *op.cit.*, p.3

⁵⁵⁰ Klitgaard R., *Controlling Corruption*, Berkeley: University of California Press, 1988, p.75

Bien que l'une des attributions du Gouverneur Général fut de veiller à l'observation de la séparation de pouvoir⁵⁵¹, le mode de gouvernance de l'administration coloniale française était depuis l'origine caractérisée par le cumul de pouvoirs presque à tous les échelons, notamment en matière indigène⁵⁵². Ce cumul est caractérisé par l'existence de la confusion non seulement dans l'exercice de pouvoirs de nature différente mais également à l'intérieur d'un type de pouvoir, notamment du pouvoir judiciaire.

A commencer par le Gouverneur Général, en tant que chef de l'administration coloniale, il promulguait les lois et règlements et en assurait leur bonne exécution. Il veillait aussi à l'administration de la justice en se faisant rendre compte par le procureur général. Ce pouvoir, somme toute normale en rapport avec le rôle du Président de la République française dans la justice, prête à confusion lorsqu'il comprend la surveillance des magistrats⁵⁵³. Ce cumul se perpétue au fur et à mesure que l'on descend dans la hiérarchie. Le Chef de province assure aussi l'administration et la justice dans sa circonscription. En matière de justice toutefois, son rôle se limite aux indigènes dont il assure une bonne et prompte justice tant par lui-même, en tant que président de tribunal de 2nd degré, que par ses chefs de district. Ces derniers, outre leurs pouvoirs administratifs et fiscaux, rendaient en effet la justice dans sa circonscription en siégeant comme président du tribunal de 1^{er} degré. La séparation avec la fonction administrative n'était donc effective dans l'organisation judiciaire qu'au niveau de la Cour d'Appel statuant en matière indigène. A cette instance, la présidence était confiée à un magistrat conseiller désigné par le président de la cour⁵⁵⁴.

A l'intérieur de la fonction judiciaire, le cumul régnait également, parfois par souci d'efficacité. Au mépris des règles du Code d'Instruction Criminelle, on a pu constater que les trois pouvoirs redoutables de juge de paix, procureur et juge d'instruction, avaient été rassemblés par le décret de 1896 sur la seule tête du chef de la province, un magistrat improvisé, dans un ressort aussi étendu que populeux. Cette haute concentration de rôles est considérée comme une des incitations à la pratique des phénomènes de corruption⁵⁵⁵. Les greffiers, quant à eux, recevaient une attribution spéciale de recouvrement, par motif d'inexistence d'agent spécial chargé de la perception et du recouvrement du montant des condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux au profit du trésor⁵⁵⁶.

A la base de la justice pénale, le cumul a été finalement consacré par le décret du 19 décembre 1901 investissant les administrateurs des colonies à Madagascar des fonctions d'officier de police judiciaire. Egalement, les gouverneurs et les chefs de canton jouaient le rôle d'officier de police judiciaire tandis que les assesseurs des tribunaux indigènes exerçaient en même temps la fonction d'agent de police judiciaire, auxiliaire des procureurs et des juridictions. En effet, au commencement de la colonisation, aux termes de l'article 33 du décret du 9 juin 1896, les administrateurs chefs des provinces et districts situés dans le ressort des tribunaux français n'étaient pas investis de la qualité d'officier de police judiciaire. Il se trouvait cependant que les

⁵⁵¹ Rougier P. J.-C., *op.cit.*, p.119

⁵⁵² *Ibid.*, p.116

⁵⁵³ *Ibid.*, p.119

⁵⁵⁴ Articles 3 à 8 du décret de 1909

⁵⁵⁵ Buscaglia E. and Dakolias M., An analysis of causes of corruption in the judiciary, *Law & policy in international business*, vol.30, 1999, p.100

⁵⁵⁶ arrêté n°568, *JOMD*, 17 avril 1897, n°81 ; arrêté du 9 novembre 1896 ; arrêté du 01 novembre 1899, *JOMD*, n°445, p.3731

officiers de police judiciaire ne pouvaient pas toujours se porter sur les divers points des vastes divisions administratives en raison des distances et de la difficulté de communication. Il en résultait ainsi des entraves sérieuses au bon fonctionnement de la justice répressive⁵⁵⁷.

2- Insuffisance de contrôle

Nombreux écrits sur la corrélation entre la décentralisation et la corruption ont affirmé que la diminution des contrôles peut entraîner une aggravation de la corruption, du fait que le délégataire du pouvoir perçoit un risque faible d'être détecté⁵⁵⁸. Cette situation diminue le coût de la transaction corrompue et la rend ainsi plus accessible aussi bien par l'agent détenteur du pouvoir que par le client. Compte tenu du cumul de pouvoirs ci-dessus et d'autres facteurs, le contrôle tant vertical que horizontal était insignifiant notamment au début de la colonisation.

La dévolution de pouvoirs qui accompagnait le déploiement territorial assez rapide de l'administration coloniale n'était pas suivie d'un système de contrôle effectif, à cause notamment des difficultés d'accès. Pour cause, afin de minimiser le risque d'agression étrangère, le pouvoir merina aurait empêché l'amélioration des sentiers existants et l'ouverture de toute voie de communication. De cette façon, l'Imerina et sa capitale Antananarivo étaient plus inaccessibles aux entreprises de conquête⁵⁵⁹.

On a pu relever quelques témoignages de l'insuffisance des contrôles hiérarchiques et de leurs impacts. En matière judiciaire, les juges d'exception n'auraient pas subi assez fréquemment de contrôle, minutieux et sévère, d'un représentant du parquet général dont la crainte minimiserait les abus. Il a été jugé cependant que ces abus seraient en moins grand nombre et moins grave en ce qui touche le respect de la liberté individuelle des justiciables. Les récits restaient sous silence sur les autres types possibles d'abus comme la corruption. En l'absence de statistiques, le fait énorme suivant permettra sans doute d'apprécier les grandes avenues possibles pour les prévarications. Un simple commis des affaires civiles, faisant fonction de greffier du juge de paix par intérim et en l'absence de ce dernier, avec ou sans son assentiment, s'était tout simplement substitué à lui.⁵⁶⁰

L'attitude passive du public envers les fonctionnaires et agents de l'administration peut aussi constituer un levain pour le développement des phénomènes de corruption⁵⁶¹. En effet, l'exigence et surtout l'intolérance des usagers des services publics forment le système de contrôle horizontal plus efficace mais lorsque ils sont insignifiants, les agents de l'Etat ne se sentent plus redevables envers ces derniers. Dans le contexte de l'administration coloniale à Madagascar, on a pu apprendre que le contact entre les autorités coloniales et les administrés indigènes était minimisé par la remise en vigueur du *Fokonolona*. Cependant, entre l'occupant

⁵⁵⁷ *JOMD*, 15 février 1902, n°679, p.1902

⁵⁵⁸ Fjeldstad O-H., *Decentralisation and corruption: A review of the literature*, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, *CMI working papers*, 2004, p.4; Shah A., *Corruption and Decentralized Public Governance*, *World Bank Policy Research*, Working Paper 3824, January 2006; Carbonara E., *Corruption and Decentralization*, September 1999, JEL, p.3 ;

⁵⁵⁹ Rapport d'ensemble du Général Galliéni, *op.cit.*, Tome I, p.376; Foucard G., *Le commerce et la colonisation de Madagascar*, Augustin Chalamel, 1894, pp.366 et 367

⁵⁶⁰ Dasarac R., *Nos tribunaux résidentiels*, *La Tribune de Madagascar et dépendances*, 04 octobre 1912, n°551, p.1

⁵⁶¹ Dwivedi O.P., *Bureaucratic corruption in developing countries*, *Asian Survey*, n°4, vol.7, 1967, p.249

et le colonisé, il subsistait toujours une relation difficile et une certaine méfiance qui rendaient la distribution des services publics à la discrétion du premier.

B. DUALITE DE SYSTEME DE VALEURS

La dualité juridique mentionnée précédemment a comme corollaire une dualité de système de valeurs. Elle devient très prononcée en ce qui concerne les valeurs protégées par le droit civil mais atténuée en matière pénale. Cela engendrait un conflit de valeurs n'épargnant pas l'observation de la valeur intégrité.

I. CONFLIT DE VALEURS

A titre de rappel, l'une des justifications de l'utilité de la colonisation était d'introduire une civilisation dite supérieure aux indigènes. Cette ambition suppose de la part du civilisateur une conviction de la supériorité de ses valeurs face à celles existantes dans la société à modeler. Le conflit permanent entre le colon et le colonisé était le reflet d'un conflit de valeurs et se traduisait par une certaine difficulté de réception des valeurs occidentales nouvellement introduites.

1- Nouvelles valeurs introduites

L'avènement de la colonisation avait modifié le système de valeurs existant en faisant sortir de l'échelle quelques valeurs fortement protégées par le royaume merina, tels évidemment le pouvoir royal, la stratification clanique de la société, l'équité, la fidélité matrimoniale, l'esclavage etc. Surtout, faudra-t-il le rappeler, le système dominant avait pris soin détruire les valeurs non compatibles avec les principes et valeurs de la civilisation française. Le nouvel occupant, en ayant assis son autorité et introduit un nouveau type de gouvernance, avait apporté des valeurs jusqu'alors inobservées par la communauté locale ou n'ayant pas eu les mêmes importances sur son échelle.

Outre les valeurs religieuses répandues avant le processus de conquête, d'autres valeurs étaient introduites dans la société malgache par l'application des lois françaises dans l'administration et pour régler les litiges. Pour celles qui sont fortement protégées, on peut les recenser dans le code pénal de 1810 devenu progressivement applicable. On a pu dire sur ce système de valeurs pénalement protégées que celui du colonisateur s'était superposé sur celui du colonisé, en dictant finalement dans toute la colonie ce qui est ou non socialement acceptable ou éthique⁵⁶². Il a été dit que certaines valeurs sont réputées universelles même si leur dénomination et leur importance varie d'un système à un autre. En réalité, il convient de reconnaître que le système français, plus abondant en ce qui concerne la protection d'une société plus individualiste et mercantiliste⁵⁶³, orienta la société locale en ce sens et de ce point de vue l'étoffait considérablement. Cette orientation ne se faisait évidemment pas sans la perte de certaines valeurs et intérêts propres de la société malagasy.

⁵⁶² Bankole T. & Potter G., Governmental corruption in Africa: Sierra Leone as a case study, *Crime, Law and Social change*, vol.28, 2, sept. 1997, p.146

⁵⁶³ Mamadou Diouf, *op.cit.*, p.20

Comme le code d'instruction criminelle, le code pénal de 1810 n'était pas uniformément rendu applicable à Madagascar⁵⁶⁴. Les territoires de Diégo Suarez, Nosy Be et Sainte Marie l'ont vu déjà en vigueur avant 1895, année de mise en vigueur pour le reste du territoire avec les nuances d'application. Ces codes répressifs reflétaient et protégeaient des valeurs françaises de l'époque. L'on remarquera cependant que même si ces valeurs étaient identiques à celles protégées dans le Métropole, leurs protections et leurs perceptions dans la colonie pouvaient différer. Il semble qu'une acquisition de territoire comme la colonisation put servir un autre intérêt et non l'intérêt public, ici celui des gouvernants en petit nombre et jamais ceux de la masse des gouvernés. Ce qui ne fut pas sans danger pour l'intégrité et les autres valeurs tendant à protéger la société des phénomènes de corruption et d'autres injustices⁵⁶⁵.

Dans la colonie, cette différence de protection se ressentait au niveau des incriminations qui étaient dans le droit français plus élaborées, assurant en principe un niveau de protection plus sûre. Tout particulièrement, l'on notera une sophistication sur la qualité des personnes concernées, sur les circonstances de la commission de l'infraction et sur les peines. En ce qui concerne par exemple la protection de la vie, si dans le code des 305 articles l'homicide volontaire ne marque une différence que sur la vie du souverain, le droit pénal français punit plus gravement le parricide et l'infanticide⁵⁶⁶. Toujours sur cette valeur primordiale, l'assassinat qui se caractérise par l'existence d'une préméditation ou d'un *guet apens*⁵⁶⁷ est aussi gravement réprimé tandis que ces circonstances n'étaient pas explicitement prises en compte par le code royal⁵⁶⁸. Dans tous les cas, la variété des incriminations tendant à la protection d'une valeur est accompagnée d'une gradation des peines, plus appropriée aux objectifs de rétribution et d'utilité. Cette différence d'intensité de protection est enfin remarquée sur toutes les valeurs communément préservées par les deux systèmes pénaux, telle la propriété et la monnaie...

La différence est aussi notée sur l'étendue de la protection, le droit pénal français protégeant des valeurs et intérêts ne figurant explicitement pas dans les divers *kabary* et codes royaux d'avant la colonisation⁵⁶⁹. Outre les intérêts relatifs à la protection de l'Etat logiquement substitués à ceux protégeant l'autorité royale et le souverain, on peut citer quelques uns qui étaient plus ou moins étrangères au

⁵⁶⁴ C'est une loi du 1810 qui a rendu applicable le code napoléonien à toutes les colonies françaises, avant cette date un code spécial dit code pénal colonial les régissait. Il est utile de rappeler qu'avant les promulgations de ce dernier à partir de 1828, la matière criminelle dans les colonies était régie par l'ordonnance de Colbert de 1670. Pour des détails voir Rougier P. J.-C., *op.cit.*, p.108 et s.

⁵⁶⁵ Bentham, *op.cit.*, p.59

⁵⁶⁶ Article 300 du CP de 1810 ; *Loi du 21 novembre 1901*

⁵⁶⁷ Articles 297 à 299 et 301 du CP de 1810, cette différence est sans doute expliquée par le fait que dans le code des 305 articles l'homicide est déjà puni des peines les plus rigoureuses rendant inutile une aggravation même en raison de circonstances rendant l'infraction plus ignoble.

⁵⁶⁸ On peut être induit en erreur en lisant la traduction française par Thébaud (*op.cit.*, p.25) de la huitième crime puni de mort de l'article 1 du Code des 305 articles. En effet, le « *mamono olona* » (article 4 et 5) n'est pas pleinement traduit par « homicide », en dialecte merina il signifie plus exactement par « agression physique », ce qui est justifié par l'expression bien connue des pénalistes malagasy lorsqu'il traduisent le meurtre par « *namono nahafaty olona* » (douzième crime capital de l'article 1 et article du Code Pénal malgache de 1962). Ainsi, le « *mihevitra hamono olona hikomy* » ne devrait pas se traduire par une méditation d'assassinat mais plutôt un complot d'agression en vue d'une révolte.

⁵⁶⁹ Ce qui ne voudrait évidemment signifier que de telles valeurs ou intérêts n'étaient pas toutes ignorées du système de valeurs malagasy, mais elle sont observées par d'autres instruments de mise en conformité sociale comme les tabous, les règles morales et religieuses.

système de valeurs malgaches. Les premiers pouvaient parfois même entrer en contradiction avec le dernier. On notera avec intérêt, la protection des valeurs républicaines inscrites dans la Constitution française qui est d'ailleurs largement protégée par le Code de 1810. A ce titre, on peut par exemple distinguer l'incrimination des comportements attentatoires à la liberté individuelle⁵⁷⁰, les droits civiques⁵⁷¹ et la séparation des pouvoirs⁵⁷². En ce qui concerne la personne, sa vie privée a reçu une protection appropriée par l'incrimination de la violation de l'intimité d'autrui⁵⁷³, la publication des éléments de cette intimité et la violation de certains renseignements confidentiels⁵⁷⁴. Tempérant l'importance accordée à l'individu, le droit pénal français a néanmoins apporté la protection de la famille⁵⁷⁵, de l'enfance⁵⁷⁶ et de la confiance publique⁵⁷⁷. Il y a lieu de rappeler que même si le code de 1810 n'étaient pas applicables par les tribunaux indigènes, les protections apportées par ce corpus étaient supposées connues et observées par les indigènes qui avaient affaires ou étaient en relation avec les juridictions françaises, notamment les agents indigènes de l'Administration coloniale. Ce qui supposait que tous les nationaux étaient censés recevoir ces nouvelles valeurs ou plutôt le nouveau système de protection de ces valeurs.

2- Réception des valeurs imposées

Dans une société colonisée, la superposition de systèmes de valeurs avait eu inmanquablement comme conséquence des contradictions flagrantes. Néanmoins, dans de telles situations, il existerait toujours des aspirations conscientes ou non vers l'appropriation des valeurs de l'occupant de la part d'une partie considérable de la population. Des notions comme criminalité, déviance, corruption, comportement immoral, conflit d'intérêt, abus de fonction et népotisme basées sur les conceptualisations du colonisateur, mais appliqués dans des cadres culturels ou sociopolitiques d'orientations différentes, conduisent inéluctablement à des anomalies et contradictions dans les sociétés soumises. Cela, semble-t-il, réunit les conditions d'un conflit social entre les tenants des normes étrangères dominantes et ceux dont le comportement doit s'y conformer.⁵⁷⁸

En matière de justice, bien que celle du colonisateur fut qualifiée plus impartiale et objective⁵⁷⁹, avec ainsi une image non empreinte de corruption, nombreux sont les auteurs qui ont conclu qu'elle n'était pas reçue par la société locale. Il est compréhensible d'avoir des doutes sur cette forme de justice nouvelle en se demandant si elle incarne véritablement « l'institution » de la justice pour la population locale. Ces nouveaux juges sont-ils perçus comme la personne « investie » de la

⁵⁷⁰ Articles 114 à 122 et 341 à 344 du CP de 1810

⁵⁷¹ Articles 109 à 113 du CP de 1810

⁵⁷² Articles 127 à 131 du CP de 1810

⁵⁷³ Article 368 et 369 du CP de 1810

⁵⁷⁴ Article 370 et s. du CP de 1810

⁵⁷⁵ Par l'incrimination de l'abandon de famille introduite par l'Ordonnance 58-1298 du 23 décembre 1958, article 357-1 et s.

⁵⁷⁶ Article 345 et s. concernant les crimes et délits contre les enfants et l'enlèvement des mineurs introduits par les Lois du 13 mai 1863 et du 19 avril 1898 et de l'Ordonnance du 28 juin 1945.

⁵⁷⁷ Par les diverses incriminations relatives aux banqueroutes, escroqueries et autres espèces de fraudes

⁵⁷⁸ Bankole Thompson & Gary Potter, *op. cit.*, p.146

⁵⁷⁹ Fall A. B., le juge, le justiciable et les pouvoirs publics en Afrique : pour une appréciation de la place du juge dans le système politique africain, *Revue électronique Afrilex*, n°3, 2003, p.5

sagesse et de la capacité de juger⁵⁸⁰ ? En effet, intrinsèquement basés sur des principes diamétralement opposés, le juge traditionnel aurait cherché avant tout à apaiser les esprits et pacifier la communauté tandis que la justice européenne nourrit malgré elle cette fâcheuse tendance à envenimer le conflit par un formalisme non comprise par les nationaux. L'institution des tribunaux indigènes avait pour rôle, dans une certaine mesure, de tenir compte de cette différence et adoucir les contradictions.⁵⁸¹

De ce fait, les valeurs que cette justice étrangère cherchait à faire respecter seraient non convenablement reçues comme telles. A l'instar d'autres royaumes de Madagascar non rassemblés dans le royaume merina, la justice Bara, par exemple, aurait été dénuée de tout formalisme et avec une rapidité qui certainement surprendrait les juristes français. Cependant, la compréhension de la culture et de la mentalité de ce peuple expliquerait sa non admission d'un jugement ou d'un châtement différé, atténué ou même non subi pour cause de vice de forme⁵⁸². Il serait facile pour les indigènes de voir au formalisme procédural de la justice française une forme plus subtile de corruption, d'absence d'honnêteté, bref une forme d'injustice dont il en est dans une certaine mesure porteur. Sur le fond ce problème de réception existe aussi. Le droit pénal coutumier des Bara, à titre d'exemple, ne punit nullement l'adultère ordinaire de l'homme, seul celui de la femme était puni, sauf commis avec l'une des épouses royales⁵⁸³. L'application des articles 336 et s. de l'ancien Code pénal français entra en flagrante contradiction avec la coutume qui considère autrement le devoir de fidélité matrimoniale et par conséquent viderait la protection pénale française de tout sens au regard de la communauté.

Compte tenu encore de cette contradiction, l'agent indigène ne pouvait se retenir d'agir parfois en faveur des siens dans leurs attributions, légitimement justifié parfois par le *Fihavanana* et le sentiment national. Cette recherche permanente de concilier les exigences du *Fihavanana* et la rigueur de la loi étrangère était sans doute à l'origine du caractère « *moramora* » que l'européen caractérise péjorativement le malagasy. Ce comportement pouvait être facilement traduit en forme de népotisme ou de corruption lorsque celui qui bénéficiait de la faveur use d'un autre élément du *Fihavanana* par l'offre de présents en guise de remerciements. L'attitude les différenciait des autres agents coloniaux africains qui étaient sur place pour le compte de l'administration coloniale, comme les sénégalais dont les malgaches se souviennent encore de leurs rigueurs absolus dans l'exécution des ordres⁵⁸⁴.

Cette forme de défense contre le pouvoir du colon rendait légitimes et courageux certains comportements visant à soustraire des nationaux des rigueurs de la loi coloniale, le SMOTIG⁵⁸⁵ et l'indigénat, ou récupérer des biens considérés

⁵⁸⁰ *Ibid.*, pp.6 et 7

⁵⁸¹ *Ibid.*, p.17

⁵⁸² Louis M., Mœurs et coutumes des Bara, *Mémoires de l'Académie Malgache*, Tananarive, Imprimerie Officielle, 1957, fasc. XL, pp.41 et 48

⁵⁸³ *Ibid.*, p.49

⁵⁸⁴ A ce titre, un adage malgache encore en usage dit « *sonagaly nahazo baiko* » pour désigner ironiquement une personne qui se conforme rigidement à la lettre d'un ordre donné.

⁵⁸⁵ Service de la Main-d'Oeuvre pour les Travaux d'Intérêt Général créé par le décret du 3 juin 1926, Frémigacci J., Les chemins de fer de Madagascar (1901-1936). Une modernisation manquée, Verdier, *Afrique & histoire*, 2, n° 6, 2006, pp. 180 et s.

comme illégitimement appropriés par les occupants. Ce qui, sans aucun doute, avait eu des répercussions négatives sur la valeur intégrité.

II. ETAT DE L'INTEGRITE

Il est difficile de se rendre compte de l'état de l'intégrité pendant la période coloniale où les nationaux n'avaient pas la liberté de s'exprimer, se traduisant ainsi par le silence de la littérature locale en ce qui concerne la corruption.

1- Silence de la littérature coloniale

On a pu voir que la littérature du début de la colonisation sur la justice a proclamé une meilleure intégrité de la justice coloniale par rapport à celle de la royauté merina⁵⁸⁶. Curieusement, elle s'était tue par la suite concernant ce sujet en ne relatant que les autres dysfonctionnements dus au cumul de pouvoirs, source potentielle de corruption. Ce silence pourrait recevoir explication de deux manières : soit l'insignifiance des prévarications au sein de l'administration coloniale n'interpellant pas les auteurs français assez vigilants, soit le silence volontaire ou non pour des raisons difficiles à déterrer. Certes, si l'on concède qu'il n'y avait pas encore eu d'études complètes concernant l'impact de la colonisation sur le niveau de corruption, il serait tout de même surprenant que ce mode de gouvernance basé sur des contradictions n'aurait pas amplifié les phénomènes de corruption⁵⁸⁷.

Ce n'est que vers le milieu des années soixante, c'est-à-dire bien après la fin de la colonisation qu'on arrive à entendre des voix insinuant des atteintes partielles à l'intégrité. En effet, sans directement affirmer que la corruption a continué de se développer du temps de la colonisation, l'auteur rapporte tout simplement la conclusion de quelques observateurs selon laquelle l'aggravation de la corruption dans les pays en développement serait une séquelle de la colonisation. Il y aurait existé une certaine tolérance lorsque le népotisme, le pot de vin, le favoritisme et autres prévarications concernaient exclusivement des indigènes. En effet, ces comportements normalement répréhensibles entre colons auraient été considérés comme suggérant une infériorité de race et de normes. Ce qui aurait amené les autorités coloniales à observer une politique de double standard en matière d'intégrité.⁵⁸⁸

Tout récemment encore, d'autres auteurs ont conclu que les anciennes colonies autres que celles de la Grande Bretagne sont plus touchées par la corruption⁵⁸⁹. Ce qui tend à confirmer que les modes d'administration coloniale avaient favorisé le développement de la corruption, supposant des pratiques attentatoires à l'intégrité, consciemment utilisées pour mieux régner. Les politiques discriminatoires à l'égard des tribus ou face aux religions afin de mieux asseoir l'autorité coloniale et atteindre les visées de la colonisation auraient fait comprendre aux indigènes l'attitude équivoque de l'autorité coloniale face à l'intégrité. Le favoritisme basé sur la religion aurait par exemple été considéré par cette dernière comme un comportement éthiquement normal et aurait servi à recruter les agents indigènes ou à sélectionner

⁵⁸⁶ Voir supra p.91

⁵⁸⁷ Lambsdorff J. G., *Corruption in Empirical Research - A Review, TI Working Paper*, November 1999, n°4-4

⁵⁸⁸ Dwivedi O.P., *op. cit.*, pp.246-247

⁵⁸⁹ Treisman D., *The Causes of Corruption: A Cross-National Study*, Conference Paper, The Nobel Symposium in Economics - The Economics of Transition, Stockholm, September 1999, pp. 25 et ss.; Swamy A., Knack S., Young L. and Azfar O., Gender and corruption, *Journal of Development Economics*, Vol. 64, 2001, p.41

ceux qui devaient recevoir une éducation meilleure. Ce qui répond à ceux qui se demandent si la persistance de la corruption dans les pays anciennement colonisés ne serait-elle pas un héritage de la colonisation.⁵⁹⁰

Enfin, on a pu lister un ensemble de logiques sociales et culturelles qui s'étaient mises en place ou s'étaient développées sous la colonisation et pouvaient contribuer à l'extension ou à la légitimation de la corruption quotidienne⁵⁹¹. Dans le cas de Madagascar et s'inscrivant sur ce qui a été dit plus haut, le pluralisme des normes semble déterminant sur l'état de l'intégrité. La dualité officielle des normes et valeurs pendant la colonisation n'était en fait que le reflet de cette pluralité. Celles des autres territoires encore autonomes au moment de la colonisation, comme des Bara et des Sakalava par exemple, se juxtaposaient à celles du royaume merina et de l'occupant. En de telle situation, les acteurs naviguent le plus souvent entre plusieurs normes applicables possibles, en fonction de leurs ressources, de leurs stratégies et du contexte.⁵⁹²

Si la littérature est limitée à une série de déductions, il convient de se tourner vers les réalités judiciaires pour essayer d'apprécier le développement des phénomènes de corruption.

2- Témoins judiciaires inexistants

Il a été vu précédemment que pendant la période précoloniale, pour diverses raisons, les infractions de corruption n'étaient pas parvenues aux mains de la justice. Du moins, les registres des décisions judiciaires ne comprenaient presque pas de manquements à l'intégrité et ce malgré l'endémicité alléguée de la corruption dans l'administration et la justice royale. Une nouvelle organisation judiciaire et policière accompagnée par une meilleure tenue des registres et des plumitifs devait par la suite permettre d'enregistrer les cas de corruption apparents.

Toutefois, il convient de tenir compte du faible accès à la justice qui se traduisait nécessairement à la non correspondance de l'apparence avec la réalité. Il rend difficile la tentative de trouver les réponses à la question de savoir si pendant la colonisation les phénomènes de corruption s'étaient réellement développés ou non, en confirmation de la déduction doctrinale, et dans l'affirmative de quelle manière.

On ne peut pas dire qu'il y avait eu pendant la période coloniale une réaction particulière du législateur coloniale face aux phénomènes de corruption dans la colonie. La législation positive à Madagascar n'était que la transplantation des règles adoptées en réponse aux besoins du fonctionnement de la société métropolitaine. Cependant, comparée à la législation royale, celle-ci offre un encadrement plus élargi des dits phénomènes.

⁵⁹⁰ Dwivedi O.P., *op. cit.*, pp.246-247

⁵⁹¹ Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., *op. cit.*, pp.28 et 29

⁵⁹² *Id.*

SECTION 2- ELARGISSEMENT DE L'ENCADREMENT

Il faudra reconnaître que, même avec quelques adaptations nécessaires, la transplantation de l'organisation administrative et judiciaire française à Madagascar devait inéluctablement produire les mêmes phénomènes de corruption qu'elle aurait engendrés en France. Ceux qui avaient conduit le législateur napoléonien de prendre les diverses incriminations pertinentes du Code de 1810. Celles-ci sont évidemment les produits de l'effectivité ou non des normes qui leur sont antérieures, notamment celles contenues essentiellement dans l'ordonnance de Colbert de 1670. Vu sous cet angle, les dispositions anti-corruption du Code de 1810 mises en vigueur au moment de la colonisation étaient en quelque sorte un encadrement anticipé des phénomènes. Lesquels devaient se développer nécessairement après et déborder les prévisions du législateur royal de 1881.

Pendant la période de non assimilation législative, il est clair que conformément aux textes régissant le droit criminel indigène, les infractions de corruption étaient uniquement prises en charge par le droit pénal de 1810. En effet, elles concernaient l'Administration coloniale et non les rapports entre indigènes, sauf plus tard le cas de corruption passive d'employés du secteur privé. Ce qui implique que, du coup, les incriminations de corruption du droit royal durent tomber en désuétude. La comparaison des deux droits permettra de constater une évolution de l'encadrement pénal des phénomènes de corruption. Elle est perçue non seulement au niveau des comportements communément incriminés (A) mais particulièrement par l'existence d'autres incriminations que le droit merina n'avait pas (B).

A. LES COMPORTEMENTS COMMUNEMENT INCRIMINES

Sur cette première approche, il y a lieu de signaler qu'il ne s'agit pas ici d'une étude morphologique des infractions, pour laquelle il conviendrait mieux de se tourner vers les magistraux ouvrages de droit pénal spécial français de l'époque. Plutôt, l'on essaiera d'analyser comparativement des deux incriminations qui semblent mettre en accord les deux droits pénaux face aux phénomènes de corruption : la concussion et la corruption passive. Cette comparaison donne l'avantage de mieux apprécier les évolutions successives de l'encadrement des comportements similaires.

I. LA CONCUSSION

Selon une approche imagée, la concussion évoque le fait de cueillir plus de fruits en secouant un arbre, c'est-à-dire en plus de ceux qui tombent normalement par mûrissement naturel⁵⁹³. Le fait de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir, pour un agent public, des sommes indues ou excédant le dû est communément incriminé par les deux droits avec quelques différences constatées au niveau du comportement prohibé, de la personne responsable et des peines applicables.

Juridiquement, ce qui est ici communément protégé, outre l'intégrité des caisses de l'Etat, est l'image et la légitimité de l'autorité publique, à travers ses agents, ainsi que la vulnérabilité des contribuables devant le pouvoir discrétionnaire des premiers. A ce stade, la concussion vise déjà à affermir l'intégrité des agents publics⁵⁹⁴ même si celle-ci n'est pas expressément affichée comme intérêt protégé.

⁵⁹³ Beau P., Concussion, Recueil, Vè Fonctionnaire public, *Rép. Pén. Dalloz*, mars 1977, p.1

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p.2

1- Le comportement prohibé

En sa première version distincte de la corruption, du code pénal français de 1791, l'acte incriminé n'était pas clairement défini. Ce que corrigea plus tard l'article 174 du code pénal français de 1810 en précisant que l'infraction consiste en un ordre de percevoir ou d'exiger ou de recevoir ce que le fonctionnaire savait n'être pas dû ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires et traitements.⁵⁹⁵ C'est cette version, ayant distingué la concussion criminelle, celle commise par un fonctionnaire, de la concussion correctionnelle, perpétrée par un commis, qui fut introduite à Madagascar au moment de la colonisation. Le tout fut correctionnalisé par la suite par la loi du 24 novembre 1943, validée par une Ordonnance de 1945⁵⁹⁶.

Si l'on passe en revue les éléments qui caractérisent le comportement incriminé par l'article 174 du code pénal français, il ressort que l'acte comprend des éléments matériels qui s'apparentent à ceux du comportement fortement incriminé par l'article 6 du code de Rasoherina et des articles 124 et 125 du codes des 305 articles. Dans tous les cas et en termes généraux, les infractions consistent en un abus de l'autorité par le biais d'une perception indue d'une somme ou valeur sous forme de deniers publics. Le texte français présente cependant quelques variantes qui font la différence du point de vue de l'étendue de la répression. Il convient aussi de noter que le droit royal se distingue en exprimant clairement la prohibition de la perception indue. Cette interdiction, même n'ayant qu'une portée psychologique sans influence sur la constitution matérielle de l'infraction, n'en a pas moins une grande valeur sur l'élément moral et le rôle de prévention de la loi criminelle.

Le droit français gagne aussi en précision par l'énumération de la nature de la somme dont le paiement est exigé, reçu ou ordonnée d'être perçu : droits, taxes, contributions ou deniers, ou pour salaires ou traitements. C'est précisément cette destination présumée de la somme indue remise par la victime que la concussion se distingue de l'escroquerie par abus d'une qualité vraie, à laquelle elle semblerait être en confusion⁵⁹⁷. Par contre, la précision limite considérablement la portée de la répression puisque la perception indue d'un bien n'entrant pas dans les catégories listées était considérée par la jurisprudence française comme hors de champ d'application de la concussion⁵⁹⁸. Ce qui semble conférer un champ plus vaste pour le droit royal dans lequel la perception indue pouvait concerner plus que de l'argent⁵⁹⁹. En outre, la différence majeure réside sur l'aspect négatif de la concussion que le droit local n'avait pas expressément prévu. En effet, il est aussi reproché par la nouvelle incrimination l'accord illégal d'exonérations ou de franchises, et dans la même foulée la délivrance gratuite de produits des établissements de l'Etat. On peut enfin constater que l'incrimination française a prévu la tentative, notion jadis inconnue du droit pénal royal et non applicable en droit pénal indigène. La tentative est en l'occurrence punie des mêmes peines que la commission de l'infraction de concussion proprement dite.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p.1

⁵⁹⁶ Ordonnance n° 45-1420 du 28 juin 1945

⁵⁹⁷ Beau P., *op. cit.*, p.2

⁵⁹⁸ Cass. Crim. 31 mars 1905, *Bull. crim.*, n°159 ; Cass. Crim. 30 juillet 1925, *Bull. crim.*, n°245

⁵⁹⁹ L'article 124 du C.305 semble permettre cette extension puisque selon les traductions conformes l'infraction consiste aussi à exiger de faire n'importe quelle prestation « ...*na hanao inona na hanao inona...* »

2- Les personnes incriminables

Un trait commun aussi se dégage si l'on compare les personnes susceptibles d'être incriminées du comportement illicite : des agents publics c'est-à-dire travaillant au nom et pour le compte de l'Etat. Ici encore le droit français est encore plus précis, ce qui est dans la logique du principe de légalité qui gouverne essentiellement ce droit. Il s'agit selon les termes de l'article précité, de tous fonctionnaires ou officiers publics, tous percepteurs des droits, contributions ou deniers publics, leurs commis ou préposés. L'article 174 en son alinéa 3 a spécifié le cas des greffiers et officiers ministériels qui ne sont concernés que lorsque la perception indue a eu lieu à l'occasion des recettes dont ils sont chargés par la loi, et que la concussion négative peut atteindre tout détenteur de l'autorité publique. Cette dernière notion serait l'équivalent de l'expression « dépositaire de l'autorité » consacrée ultérieurement dans le nouveau code pénal français. Elle inclurait tous les titulaires d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus ou sur les choses, pouvoir qu'elles manifestent dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elles sont investies par délégation de la puissance publique⁶⁰⁰. En tous cas, n'ayant pas atteint le degré de complexité du système fiscal français, le législateur royal ne visait que ses gouverneurs qui étaient surtout ses percepteurs dans leurs circonscriptions ou fiefs respectifs.

C'est ainsi que dans le droit français, la concussion rentre dans la catégorie des délits de fonction parce qu'elle ne pouvait être commise que par une personne exerçant une fonction publique, uniquement par ceux limitativement énumérés. Par contre, le droit royal se préoccupait aussi des parents malhonnêtes d'un défunt gouverneur par le truchement de l'incrimination de l'article 125 du code des 305 articles. Cette extension est bien entendu possible à cause du caractère personnel et héréditaire de la charge de chef de fief. Bien qu'excluant les autorités politiques, la qualité du prévenu, un fonctionnaire d'autorité, peut suffisamment troubler l'ordre public puisqu'il émane d'une personne dépositaire d'un pouvoir fiscal, supposée digne de confiance.

Il convient de rappeler qu'avant l'entière correctionnalisation de la concussion, les personnes concernées étaient de deux catégories : les fonctionnaires et les commis. La qualité de la personne emporte ainsi la nature de l'infraction, criminelle pour le premier et correctionnelle pour le second. L'article 174 du code de 1810 a mis fin à la distinction par l'énumération ci-dessus, jugée lourde et souvent inutile⁶⁰¹. En tous cas, la concussion met nécessairement en présence deux protagonistes : le concussionnaire et sa victime, le *concussé*, qui peut être un individu ou une personne morale privé ou public. Eventuellement, elle peut néanmoins mettre en présence un troisième personnage qui est le bénéficiaire du trop perçu, considéré par le droit français comme complice, l'auteur principal pouvant ne pas être nécessairement ce bénéficiaire⁶⁰².

⁶⁰⁰ Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *Encyclopédie Dalloz pénal*, Ed. Juris-Classeur, fasc.10, 1999, p.19

⁶⁰¹ Beau P., *op. cit.*, p.2

⁶⁰² *Ibid.*, p.3

3- La peine

Outre l'amende de 300 F à 40.000 F qui sera toujours prononcée, l'article 174 du code de 1810 punit différemment les fonctionnaires, officiers publics ou percepteurs, qui encourent une peine d'emprisonnement de deux à dix ans. Leurs commis ou préposés risquent la moitié, soit d'un emprisonnement d'un à cinq ans. D'emblée, on peut tout de suite constater que le droit français excelle en sévérité par rapport au droit royal et fait une double mesure selon la qualité du concussé. La législation royale insistait sur l'effectivité de la sanction en intégrant l'astreinte dans les termes de l'incrimination.

Du coup, il serait difficile de procéder à une quelconque comparaison sur les peines en raison de cette différence de nature. Cependant, au moment de l'application du code de 1810, il était évident que la concussion des fonctionnaires, en raison de sa nature criminelle, pouvait être considérée comme nettement plus grave que la privation de fief et les amendes prévus par le droit royal. Ce qui amène à conclure qu'en France l'infraction était sérieusement considérée par le législateur comme une menace grave aux intérêts protégés voire de l'ordre social. Un souci constant même après la réforme de 1943 qui adoucissait le maximum de la réclusion à la peine d'emprisonnement de dix ans.

En ce qui concerne les sanctions prévues pour chaque violation de la prohibition d'une perception indue, la comparaison passe aussi par le rappel d'une différence sur le système pénal entre les deux juridictions. Le législateur royal visait principalement à priver le concussionnaire de la possibilité de récidiver en lui retirant l'autorité sur les contribuables. Tandis que dans le droit français, il s'agit principalement de rétribuer le concussionnaire en lui infligeant une sanction afflictive et infamante, du moins jusqu'au mouvement de correctionnalisation de 1943, la privation de droits n'en étant que complémentaire. Après l'expiration de la peine d'emprisonnement, le condamné pourrait se voir interdire en tout l'exercice des plusieurs droits⁶⁰³. On remarquera qu'en ce cas, le condamné sera mis au ban de la société pendant un temps relativement long, dix ans au plus, au détriment de l'objectif de réadaptation du condamné.

II. LA CORRUPTION PASSIVE

La corruption se distinguerait de la concussion en ce que par cette dernière le fonctionnaire exige indûment une chose que la loi imposerait de verser⁶⁰⁴, tandis par la première, semble-t-il, il réclame ou reçoit une somme à titre de cadeau⁶⁰⁵. On parlerait traditionnellement de corruption active pour la personne qui corrompt l'agent public, qui est donc le corrupteur, et de corruption passive pour cet agent qui se fait corrompre, qui est désigné comme le corrompu. Il n'est pas rare que cette distinction soit elle-même source de confusion d'ordre sémantique par l'usage du critère initiative de la transaction corrompue. Celui qui sollicite en premier est à tort qualifié de corrupteur, auteur d'une corruption active, et celui qui est sollicité serait le passif. En réalité, pour faire une distinction conforme aux textes, on doit considérer le sens du flux du cadeau : celui qui le donne même s'il est sollicité se trouve du côté actif et celui qui l'accepte est le passif, délégataire d'un pouvoir ou d'une position à échanger

⁶⁰³ Droits énumérés en l'article 42 du code pénal de 1810

⁶⁰⁴ Gattegno P., *Droit pénal spécial*, Cours Dalloz, 5^e éd., 2003, p.339

⁶⁰⁵ Vitu A., Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers, *op. cit.*, p. 19

contre. C'est de ce dernier coté que le droit royal⁶⁰⁶ semble rejoindre le droit colonial⁶⁰⁷, avec des nuances permettant de constater une certaine évolution.

1- Le comportement prohibé

D'une manière générale, la conduite illicite consiste ici en la demande ou en l'acceptation d'avantage indu en échange d'une action ou d'une abstention contraires aux devoirs publics professionnels. En termes plus concis, c'est la sollicitation ou l'acceptation de pots de vin. Cette incrimination, comprise communément comme la vraie corruption, est prévue aussi bien par les différents codes royaux que le code pénal de 1810. Selon l'article 177 de ce dernier code, l'acte incriminé consiste principalement pour un agent public à solliciter ou agréer des offres ou promesses, solliciter ou recevoir des dons ou présents pour faire ou s'abstenir de faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, ou facilité par ceux-ci. Compte tenu de nombreux abus commis par les employés du commerce et de l'industrie pendant la Première Guerre mondiale, une loi du 16 février 1919 a complété l'article 177 afin de réprimer le même comportement corrompu d'un employé des entreprises privées⁶⁰⁸.

Dans le droit indigène, le législateur semble n'avoir prévu que l'acceptation si l'on se tient strictement à la lettre des articles pertinents. Ceci apparaît comme un handicap considérable puisqu'il suppose l'existence préalable d'une offre sans laquelle une acceptation, voire l'infraction, ne saurait être constituée. Or dans la pratique, cela suppose soit que les personnes incriminables n'aient pas cette conduite déplorable de quémander un avantage avant d'agir ou s'abstenir d'agir en contradiction avec ce que ses charges officielles lui imposent, soit que cette conduite ne fut pas considérée comme une violation de la valeur juridique protégée. Aucun de ces deux hypothèses ne semblent convaincre compte tenu de la vénalité des intéressés potentiels relatée par beaucoup d'auteurs et on ne voit pas pourquoi, si tel serait vraiment le cas, ils auraient eu une telle retenue ou une consécration. Ce qui conduit à admettre qu'il y a là une lacune sérieuse que le droit colonial devait combler. En effet, ce dernier incrimine également la sollicitation par l'agent public sans considération de la réaction de son interlocuteur, le demandeur du service public.

En ce qui concerne l'avantage sollicité ou agréé, le droit français gagne encore une fois en efficience puisque les offres ou promesses étaient également prohibées, outre les dons matériels. Pour l'employé du secteur privé, la liste est étendue aux commissions, escomptes ou primes, sans doute en raison de la nature commerciale des avantages susceptibles d'être sollicités ou reçus. A son tour, le droit indigène ne semblait prohiber que l'acceptation de choses matérielles, tels que argent et dons ou présents en nature. La valeur de la restitution exigée au condamné de corruption passive étant toujours en proportion avec la chose acceptée ou reçue.

La grande nuance au niveau de la précision réside sur la nature du devoir officiel détourné. Tandis que le droit indigène énumère limitativement les devoirs susceptibles d'être violés, tels que le relâchement abusif d'un criminel dangereux, la dispense non justifiée de travaux royaux, le droit pénal de 1810 embrasse grand en englobant en premier tous les actes non sujets à salaire de la fonction ou de l'emploi,

⁶⁰⁶ Article 186 du code des 305 articles

⁶⁰⁷ Article 177 du Code pénal de 1810

⁶⁰⁸ Vitu A., Corruption de salariés, *op. cit.*, pp.2 et 3

juste ou non. En outre, des devoirs spécifiques⁶⁰⁹ sont précisés en raison de leur sensibilité au niveau de l'ordre public médical ou judiciaire. Toutefois, le droit indigène qui devait reprendre l'incrimination plus englobante par le *Kabary* du Roi Andrianampoinimerina conformément à la tradition législative merina, rend cette limitation incertaine quand à son application exhaustive.

Il convient enfin de signaler qu'en droit français, l'acte dont l'abus est sollicité n'est uniquement pas un acte de la fonction du corrompu mais peut aussi bien concerner un acte en dehors de ses attributions propres, mais qui était ou aurait été facilité par sa fonction ou par le service qu'elle assurait. Initialement prévu uniquement dans le cas des agents publics corrompus, l'ordonnance du 8 février 1945 a suppléé à l'omission de la loi de 1919 qui n'avait pas prévu une telle hypothèse en consacrant les extensions jurisprudentielles aux actes facilités par la fonction ou l'emploi du salarié des entreprises privées⁶¹⁰.

L'agent royal, qui avait pu continuer à servir comme agent de l'administration coloniale, s'était vu ainsi accroître son encadrement pénal contre toute forme de corruption dans son emploi. Encore plus, le changement radical de statut concerne le salarié privé qui n'avait pas du tout été concerné pendant le régime royal et une bonne partie au début la période de colonisation.

2- Les personnes incriminables

Aussi bien les derniers codes royaux, contrastant à l'incrimination d'Andrianampoinimerina, que le code pénal de 1810 procédaient à la spécification de la qualité des personnes susceptibles d'être un sujet passif de la corruption, avec une certaine différence quantitative et qualitative à l'avantage du droit français. On a pu constater que le droit royal n'avait prévu que la corruption passive commise par le chef d'une administration, l'*antily* ou le délégué du magistrat. Certainement à cause de l'envergure de l'Administration de l'époque, le droit français a une palette plus riche. On peut citer le fonctionnaire public de l'ordre judiciaire, militaire ou assimilé, et agent ou préposé d'une administration publique ou d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique. Ce qui enrichit en outre cette catégorie de personne publique est l'incrimination possible des élus publics et des personnes chargées d'une mission de service public, des qualités qui n'existaient sans doute pas pendant la royauté.

Enfin, les incriminations du droit pénal français pouvaient atteindre des personnes autres que des agents publics mais susceptibles de succomber à la tentation d'être corrompu. On peut recenser arbitre ou expert nommé soit par le tribunal, soit par les parties dans une procédure judiciaire ; des personnels de la médecine tels que médecin, chirurgien, dentiste, sage-femme ; et plus particulièrement des personnels du strict secteur commercial et industriel comme le commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque.

⁶⁰⁹ Il s'agit par exemple de certifier faussement ou dissimuler l'existence de maladies ou d'infirmités ou un état de grossesse ou fournir des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou infirmité ou la cause d'un décès, ou de rendre une décision ou donner une opinion favorable ou défavorable à une partie. Article 177 du CP de 1810.

⁶¹⁰ Vitu A., Corruption de salariés, *op. cit.*, p. 3

3- La peine

La différence au niveau de la peine applicable ne devrait pas nécessiter de développement singulier, tellement la différence est flagrante. Il importe seulement de rappeler que la différence de nature sur la fixité ou non des peines réside non seulement à la différence de stade de développement des droits respectifs mais aussi au niveau de la conception de la peine. Dans le droit pénal français, la mise à la disposition du juge d'une fourchette de peine correspond au rôle de correction et de préparation à la réintégration sociale de la peine, outre le rôle de rétribution. Ce qui suppose une faculté d'individualisation des quantum prononcés en fonction de la personnalité du condamné et des circonstances de commission de l'infraction. La fixité de la sanction en droit royal ne devait par contre que répondre à la dernière préoccupation.

On peut en outre noter la sévérité des sanctions prévues par le droit français aussi bien sur le volet pécuniaire que sur le volet corporel, comparée au droit indigène après Andrianampoinimerina. En général, la peine d'amende ne pouvait être inférieure à 900 F et la peine d'emprisonnement pouvait aller jusqu'à 10 ans. Il convient enfin de signaler que le législateur français avait accordé plus de gravité à la corruption commise par les agents publics que celle commise par les salariés privés. Concernant la nature de devoir, il punit lourdement les actes de fonction par rapport à ceux facilités par la fonction ou l'emploi. Une telle différenciation dans une même famille d'incrimination devait constituer une avancée remarquable quant à l'utilisation de la peine, un apport supplémentaire qui enrichit également la liste des comportements répréhensibles.

B. LES INFRACTIONS INCONNUES DU DROIT PENAL INDIGENE

La revue du droit pénal spécial français de 1810 sur la répression de la corruption ou comportements assimilés permet de distinguer des nouvelles incriminations que le législateur royal n'avait pas envisagées, en raison des besoins de protection de l'époque. L'introduction de ces nouvelles incriminations étoffe l'ordre des biens juridiques à protéger et renforce la protection des valeurs existantes sapées par le développement de la corruption. Principalement, ces biens sont en ces temps là relatifs à l'autorité publique, au fonctionnariat et au service public. Dans le contexte du colonialisme naissant, la protection de ces biens est d'autant plus cruciale en raison du critère d'extranéité toute récente au regard de la population autochtone, notamment des nouveaux incriminables. Ceux-ci sont constitués essentiellement des agents publics coloniaux.

On doit dire que les besoins de l'intégrité de l'Administration coloniale en pleine structuration nécessitaient un accompagnement pénal adéquat, réalisé par l'adjonction d'un droit pénal déjà éprouvé. Ainsi, un survol rapide des nouveaux comportements prohibés permettra de mettre en exergue leurs apports dans la protection de l'intégrité du système colonial. On constate alors que, outre celles contre les malversations d'agents coloniaux, les incriminations intéressent de plus en plus les usagers pour des comportements nocifs. Ce qui en principe élève le niveau d'encadrement.

I. INCRIMINATIONS CONTRE LES MALVERSATIONS DES AGENTS COLONIAUX

Il convient de rappeler que les administrateurs et agents royaux auraient été perçus comme des tout-puissants intouchables par les populations sous protectorat du royaume de l'Imerina. Bien que la nouvelle administration coloniale s'attelaît à recruter ses agents parmi les castes non dirigeantes, leurs autorités furent encore perçues comme celles exercées avant. L'Administrateur, le fonctionnaire et autre agent colonial étaient toujours considéré comme le puissant privilégié protégé par la carapace dénommée « impunité ». L'existence de quelques incriminations dans le droit pénal colonial devait changer cette perception.

1- La forfaiture

Il est vrai que le droit pénal royal n'avait prévu des cas d'incrimination de ses agents que dans des rares cas précis dont l'effectivité n'était pas assurée. La notion de forfaiture devait correspondre à la trahison des seigneurs de leurs devoirs vis-à-vis du souverain, si l'on s'en tient à la nature de la sanction de dégradation. Toutefois, les textes pénaux royaux n'avaient pas prévu un traitement général de manquement criminel des agents du royaume dans l'exercice de leur fonction.

La forfaiture consiste en tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions⁶¹¹. Elle apparaît comme une incrimination au second degré, c'est-à-dire accessoire aux crimes que les fonctionnaires publics pouvaient avoir commis dans l'exercice de leurs fonctions. Il nécessite donc la qualification criminelle de l'acte qui se traduise ensuite en forfaiture. Par contre, la sanction a un caractère supplétif de sorte que si la sanction prévue normalement pour le crime est moins sévère que la dégradation, celle-ci doit être prononcée par le juge.

Aux yeux de tous, ce que cette incrimination ajoute dans la protection de la valeur intégrité publique serait que l'exercice de la fonction publique nécessite une conduite spécifique et qu'elle doit être irréprochable quant à certains comportements criminels gravissimes. En d'autres termes, le fonctionnariat ne devait pas compter en son sein des personnes convaincues de conduites criminelles, quelle qu'elle soit.

On voit bien que cette incrimination renforce l'idée que la valeur juridique protégée ici n'est principalement pas le devoir général d'intégrité mais la crédibilité du fonctionnariat public. En effet, elle n'est généralement plus censée renforcer la prévention de commission des délits tels que la corruption et infractions assimilées. L'article 168 énonce clairement que les simples délits ne constituent pas les fonctionnaires en forfaiture⁶¹². La protection de l'image du fonctionnariat public se répercute cependant dans les peines accessoires ou complémentaires, lorsque le fonctionnaire convaincu d'un délit pourrait se trouver privé de ses droits civiques. Le droit administratif vient ainsi en renfort par son volet disciplinaire, en permettant aux organes disciplinaires de prendre des mesures à l'encontre des fonctionnaires convaincus de prévarication.

On retrouve également la notion de forfaiture dans l'article 183⁶¹³ du même code, dans le chapitre traitant de la partialité ou favoritisme. Cette infraction s'analyse

⁶¹¹ Article 166 du CP de 1810

⁶¹² Article 168 du CP de 1810

⁶¹³ Article 183 du CP de 1810 : Tout juge ou administrateur qui se sera décidé par faveur pour une partie, ou par inimitié contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de la dégradation civique.

en une prise de décision sur des bases teintées de subjectivité et notamment par le sentiment de l'autorité publique envers ou pour une partie. Elle suppose ainsi l'existence d'une procédure contentieuse dans laquelle une des parties bénéficie d'une décision partielle ou est lésée par elle. A l'analyse de la structure de l'incrimination, cette dernière incrimination n'était pas totalement nouvelle par rapport au droit criminel royal puisqu'on retrouve une équivalence dans les articles 205 à 207 du code des 305 articles.

2- Le détournement de deniers, biens ou actes et titres publics

Au même titre que l'incrimination précédente, le détournement de biens publics qui a pour objectif de protéger l'Administration publique et le patrimoine public paraît être une omission des codes royaux, outre le *Kabary* d'Andrianampoinimerina. Ce qui laisse à supposer que le royaume n'encourait pas le risque d'être dépouillé par des commis chargés de détenir des biens à son nom et pour son compte. Il est vrai que le royaume Merina n'avait une véritable Administration qu'à partir de 1881 lorsque la Reine Ranavalona II institua quelques départements ministériels⁶¹⁴. Cette supposition n'est que partiellement vraie puisque le royaume, que ce soit en Imerina ou dans les régions sous protectorat, a eu des administrateurs et des officiers qui agissaient au nom de l'Etat. Toutefois, en raison de l'inexistence d'un système de finances publiques élaborées, les biens du royaume étaient aussi détenus par des particuliers de confiance. Il arrivait évidemment que des détournements de ces biens publics fussent perpétrés et on trouve en conséquence des incriminations en ce sens dans le code des 305 articles en ses articles 36, 37 et 38.⁶¹⁵ Ces dispositions, en ce qui concerne les personnes visées, ne distinguent pas les agents royaux des simples sujets. C'est la raison pour laquelle les incriminations correspondantes entre dans la famille de vol si l'on tient à l'organisation rédactionnelle dudit code.

L'introduction de code napoléonien comblait cette lacune en incriminant l'abus de confiance spécial à certains agents de la fonction publique. Qualifiée de *péculation* dans le droit romain et dans l'ancien droit français⁶¹⁶, cette incrimination connaissait aussi une évolution pendant la période coloniale, notamment en ce qui concerne les peines encourues par les percepteurs, dépositaires ou comptables publics⁶¹⁷.

Les incriminations des articles 169 à 173, 254 et 255 du code napoléonien apportent la différence tout d'abord sur la précision au niveau des personnes qui peuvent en faire l'objet. S'agissant de personnes exerçant une fonction publique sauf pour les articles 254 et 255⁶¹⁸, l'incrimination visait des personnes de confiance à qui

⁶¹⁴ Thébault E., *op. cit.*, p.100

⁶¹⁵ *Ibid.*, p.38 et 39

⁶¹⁶ Vitu A., *Soustraction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique*, Editions Techniques- *Juris-Classeurs Pénal*, 1994, p. 3 et 4

⁶¹⁷ Loi ordinaire 46-1186 du 24/05/1946 :

- Article 4: modifie l'Article 169 du code pénal de 1810: peines encourues par les percepteurs, dépositaires ou comptables publics ayant détourné ou soustrait des deniers publics ou privés, pour une valeur supérieure a 1000frs.
- Article 5: modifie l'Article 171 (al. 1) du code pénal de 1810: peines encourues par ces mêmes dépositaires si les sommes sont inférieures a 1000frs.

⁶¹⁸ Article 254

Quant aux soustractions, destructions et enlèvements de pièces ou de procédures criminelles, ou d'autres papiers, registres, actes et effets, contenus dans les archives, greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public en

l'Etat confiait des deniers publics ou privés, ou effets actifs en tenant lieu, ou des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains en vertu de leurs fonctions. On peut citer en premier lieu les personnes qui ont pour fonction de manier des deniers, savoir le percepteur, le commis à une perception, le dépositaire ou comptable public⁶¹⁹. Une loi de du 9 mars 1928 était venue ajouter les militaires exerçant une fonction similaire dans cette catégorie⁶²⁰. Une autre catégorie de personnes chargées en raison de leur fonction de détenir des actes ou titres est également distinguée. Il s'agit de juge, administrateur, fonctionnaire ou officier public et d'autres agents.

L'apport se situe ensuite au niveau du comportement reproché, l'incrimination ratisse large puisque tout agissement contraire à la destination légitime des biens en détention était visé. Les dispositions emploient les verbes d'actions suivants : détruire, supprimer, soustraire, dissiper ou détourner. Il a été relevé l'emploi inadéquat du terme soustraction du fait que le bien objet de l'agissement frauduleux était remis entre les mains du coupable⁶²¹. En effet, même dans la rédaction du code napoléonien, on peut déjà noter l'utilisation impropre face à un objet dont le coupable est dépositaire ou détenteur légitime même de façon précaire. Il en découle que la soustraction est plus appropriée si le bien public objet de la malversation n'était accessible au coupable que par des circonstances facilitées par sa fonction. Par exemple, si l'objet est placé dans un endroit dont l'agent peut avoir accès mais qu'il ne lui est pas remis spécialement.

On peut noter aussi que le législateur de 1810 a voulu atteindre un haut degré de précision dans l'incrimination de l'infraction de détournement de biens publics, jusqu'au point de rendre complexe pour les praticiens la qualification des faits⁶²². Il faudrait enfin signaler que l'infraction peut changer de nature en fonction de la valeur du bien détourné. L'appréciation de cette valeur peut être doublement appréciée soit par rapport à une somme fixe soit en proportion de la somme totale en détention. Elle devient ainsi un crime lorsque la somme détournée excède la valeur de 1000F ou le tiers de la somme totale remise.

La lourdeur des peines prévues est ajoutée par l'existence de peines accessoires se traduisant par des amendes obligatoires et de l'incapacité de n'exercer aucune fonction publique à perpétuité. Cela témoigne de la sévérité de la répression à l'encontre des personnes exerçant une charge publique et qui abusent de la confiance placée en elles. Cette rigueur est exceptionnelle sans doute du fait que les personnes visées sont toutes des personnes à qui un standard d'intégrité plus élevé est attendu, la plupart assermentée. En effet, on ne la retrouve pas dans les autres incriminations qui atteignaient au même titre la confiance publique, le patrimoine de l'Etat et la crédibilité de l'Administration publique.

cette qualité, les peines seront, contre les greffiers, archivistes, notaires ou autres dépositaires négligents, de trois mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de 500 F à 15.000 F.

Article 255

Quiconque se sera rendu coupable des soustractions, enlèvements ou destructions mentionnés dans l'article précédent, sera puni de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.

Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera puni de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans.

⁶¹⁹ Article 169 à 171 al 1^{er} du CP de 1810.

⁶²⁰ Article 171 al 2

⁶²¹ Vitu A., *op. cit.*, p. 11 : il excuse cette erreur de terminologie du fait de l'acception du terme en ces temps là par rapport à la nouvelle rédaction du nouveau code pénal français qui a repris le verbe.

⁶²² *Ibid.*, p.4

3- La confusion indésirable d'intérêts

La coïncidence entre les intérêts privés d'un agent public et les intérêts publics non seulement sème souvent la confusion des intérêts mais surtout mine la confiance du public à la fonction publique. Elle est traduite en conflits d'intérêts qui se font (parfois) au détriment du service public et de l'intérêt financier et économique de l'Etat.

Du temps de la royauté de l'Imerina, cette confusion n'était pas répréhensible en soi puisque l'intérêt public se trouvait confondu à l'intérêt de la personne du souverain⁶²³. L'économie de marché n'était aussi qu'à ses premiers balbutiements. C'est sans doute la raison de l'absence de ces infractions de prise illégale d'intérêts dans les codes royaux successifs. Toutefois, à titre de comparaison, jadis le droit romain interdisait aux gouverneurs de ne rien acquérir, par achat, donation ou quelque autre contrat que ce fût, dans les provinces où ils étaient établis et pendant le temps de leur administration. En droit français, des dispositions similaires avaient déjà existé depuis le milieu du treizième siècle⁶²⁴.

Beaucoup d'explications sont avancées par la doctrine sur la raison d'être des incriminations d'ingérence et de commerce incompatible, prévues par les articles 175, 175-1 et 176 du code pénal de 1810. Toutefois, c'est leur aspect préventif qui semble plus plausible. Au temps où ce code fut mis en application dans l'Ile, la pertinence de l'incrimination de l'ingérence sur le plan strictement local n'apparaissait pas encore du fait que l'entreprenariat n'était sans doute qu'au stade embryonnaire. Il est vrai par la suite qu'avec la colonisation, les entreprises et les opérations commerciales allaient rapidement se multiplier et avec elles le développement de l'administration, d'où la pertinence de l'incrimination. Il en découle clairement qu'une grande partie des agissements pouvant porter atteinte à la valeur intégrité étaient également contenus par les dispositions de l'article 175 et 175-1. Il en allait de même pour le commerce incompatible qui, même au début de la colonisation, devait trouver prédilection si l'on considère seulement l'existence des autorités royales au niveau des régions.

a. L'ingérence⁶²⁵

La constitution de l'infraction suppose la réunion de quelques éléments indispensables : la qualité du coupable, la nature de la surveillance exercée, l'intérêt prohibé et l'élément intentionnel. En ce qui concerne les personnes visées par les dispositions des articles précités, il s'agit globalement des agents publics suivants : fonctionnaire, officier public, agent du Gouvernement⁶²⁶.

On voit apparaître clairement qu'il s'agit aussi de protéger une certaine image de l'Administration, outre la sauvegarde des principes d'objectivité et d'égalité de tous devant elle. En effet, c'est le nom de l'Administration en tant que serviteur de l'intérêt général que le législateur a voulu se débarrasser de l'image des agents qui se servent grassement au détriment de l'intérêt public. C'est ce qui explique l'emploi du terme

⁶²³ On se souvient ici de la fameuse phrase du grand roi Andrianampoinimerina qui disait « *ny ranomasina no valamparihiko* », littéralement traduit par la mer est la limite de ma plaine, c'est-à-dire la grande île toute entière.

⁶²⁴ Vitu A., *op. cit.*, fasc. 10, p.5 et 6

⁶²⁵ Article 175 CP de 1810

⁶²⁶ Article 175 du CP de 1810

agent du gouvernement, si l'on s'aligne à une partie de la doctrine qui lui donne un sens large. Il semble que l'incrimination visait toute personne qui avait reçu mission de délibérer, d'administrer, de surveiller ou de liquider une affaire au nom de la puissance publique⁶²⁷.

Durant la période coloniale, l'agent du Gouvernement serait ainsi toute personne qui agissait au nom du Gouvernement français et de l'Administration coloniale. On pourrait se poser par conséquent la question de savoir si les membres du Fokonolona à qui des prérogatives de puissance publique avait été octroyées pourraient être qualifiés d'agents du Gouvernement. Dans l'affirmatif, cela élargissait de façon considérable le cercle des personnes pouvant faire l'objet de cette incrimination. La question n'est seulement que d'intérêt purement théorique vu que les personnes visées par la loi sont ceux uniquement chargés de la surveillance de certains actes ou certaines affaires sur lesquelles l'autorité publique entend exercer un droit de regard⁶²⁸. Dans la pratique, le Fokonolona n'a pas la prérogative de surveiller une entreprise et même en ce qui concerne certaines affaires, les prises d'intérêts étaient tout simplement quasi improbables.

La surveillance, seconde condition exigée et qui rétrécit la cercle des personnes visées, consistait aussi en une administration selon l'article 175. Cela supposerait donc un pouvoir de contrôle direct et effectif, en excluant le simple rattachement organique ou fonctionnel. Le terme donc ne devrait pas être d'une interprétation large, tellement la notion de surveillance ne prête pas à équivoque. L'émission de simples avis, et non de recommandation ni de sanction, ne constituerait pas un activité de surveillance⁶²⁹. Cette dernière devrait s'inscrire dans un cadre légal strict posant les limites des actes de contrôle que l'agent pourrait amener à exercer. Si en effet, dans l'article 175-1 le législateur a ajouté une précision concernant les avis exprimés sur certaines affaires, c'est que dans la prise d'intérêt autre que la participation, les avis ne formeraient pas une activité de surveillance.

Sur les intérêts prohibés, la loi n'a pas précisé leur nature contrairement aux opérations qui étaient limitativement énumérées. En effet, la loi avec l'expression « quelques intérêts que ce soit » a voulu interdire la prise de n'importe quel gain. Il semblerait que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française ait reconnu depuis longtemps que le délit de prise illégale d'intérêts est constitué par l'intérêt personnel patrimonial pris par une personne exerçant des fonctions publiques dans une affaire sur laquelle elle exerce l'une des formes de contrôle prévues par la loi. Elle ne s'est clairement prononcée que récemment en ce qui concerne les intérêts de nature morale ou familiale.⁶³⁰ En effet, le droit pénal français a par la suite évolué mais du temps où il n'était plus applicable à Madagascar, c'est-à-dire juste après le retour de l'indépendance et l'adoption du code pénal malgache⁶³¹. Enfin, l'ingérence

⁶²⁷ A., *op. cit.*, fasc. 10, p.7 ; voir pour la conception plus restrictive, *D. jurispr.* p.246

⁶²⁸ *Id.*

⁶²⁹ *Ibid.*, p.10

⁶³⁰ Samuel X., *Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics*, <http://www.courdecassation.fr/article5798.html>

⁶³¹ Toutefois, dans les communes dont la population ne dépasse pas 1.500 habitants, les maires, les adjoints et les conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire pourront soit traiter sur mémoires ou sur simples factures, soit passer des marchés avec les communes qu'ils représentent pour l'exécution de menus travaux ou la livraison de fournitures courantes, sous la réserve que le montant global des marchés et commandes passés dans l'année n'excède pas 75.000 F (L. 86-29 du 9 janvier 1986).

En ce cas, la commune sera représentée dans les conditions prévues à l'article 65 du Code de l'administration communale. Le maire, les adjoints ou les conseillers municipaux visés à l'alinéa précédent devront s'abstenir

est essentiellement une infraction instantanée si l'on s'en tient uniquement aux termes qui définissent les agissements coupables. Les termes « prendre ou recevoir » supposent une action instantanée qui se caractérise par l'entrée en possession de l'intérêt prohibé.

b. Le commerce incompatible⁶³²

Les mêmes remarques sont valables sur cette autre activité susceptible d'atteindre les mêmes biens juridiques protégées mais à un cercle plus restreint. L'incompatibilité s'adresse à quelques fonctionnaires d'autorités : les commandants des divisions militaires, des départements ou des places et villes, les préfets ou sous-préfets. Elle intéressait moins les fonctionnaires indigènes du fait du niveau de responsabilité administrative ou militaire qui leur sont confiées. Ceux-ci étaient présents en administration territoriale indigène, faut-il le rappeler, qu'à partir du niveau subalterne au chef de district. Ainsi, la prohibition de tenir certains commerces devait s'adresser principalement aux fonctionnaires d'autorité français.

Outre les conflits d'intérêts, l'infraction vise clairement à protéger la concurrence loyale et les interdictions sont ainsi territorialement circonscrites uniquement dans l'étendue des lieux où il a le droit d'exercer son autorité. L'incrimination ne demande pas l'abstention à toute activité économique ou commerciale, en limitant l'incompatibilité au commerce de produits de nécessité première pour la population : grains, grenailles, farines, substances farineuses, vins ou boissons, autres que ceux provenant des propriétés du fonctionnaire d'autorité. Ceci étant, l'on se demanderait de l'utilité de cette incrimination durant la période royale, le commerce n'aurait pas été le terrain de prédilection des agents publics européens mais plutôt des autres étrangers tels que les arabes, les chinois et les indiens, bref des corrupteurs potentiels.

II. INCRIMINATIONS CONTRE LES USAGERS CORRUPTEURS

L'apport du droit pénal français se distingue clairement sur les incriminations de quelques catégories de personnes autres que l'agent public, partenaires souvent présentes lorsque l'on est en présence de corruption relativement organisée. On parle alors de trafic d'influence, passif ou actif. Ce dernier peut être analysé ensemble avec la corruption active en raison de la similitude de leurs éléments constitutifs respectifs.

1- Trafic d'influence passive⁶³³

De fait que l'ancien droit pénal royal n'avait pas prévu l'incrimination du trafic d'influence, il convient de mettre dans cette rubrique les observations qu'il appelle, puisqu'il est incontestablement une des valeurs ajoutées par le droit criminel colonial. Dans la pratique, le corrupteur ordinaire hésite souvent à aborder directement le détenteur du pouvoir qu'il voudrait détourner en raison de son statut, à moins que sa réputation est de nature à le permettre. Cette situation favorise l'émergence d'un tiers

d'assister et de participer à toute délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation de ces marchés (Loi n° 67-467 du 17 juin 1967).

⁶³² Article 176 CP de 1810

⁶³³ Article 178 du code pénal (Ordonnance du 8 février 1945)

personnage qui joue l'intermédiaire entre les deux acteurs de la corruption. C'est cet entremetteur qui use de son influence réelle ou fictive et se fait rémunérer en conséquence qui est visé par l'article 178 du code pénal napoléonien.

Dans le contexte colonial, a fortiori dès les premières années de la conquête, la peur du *vazaha* devait s'installer rapidement chez l'indigène et se posait comme une barrière presque infranchissable entre le fonctionnaire colonial et lui. Du coup, l'intermédiaire se voyait ouvrir devant lui un énorme marché de rapprochement entre les agents de l'Administration coloniale et l'administré. L'influence pourrait venir du privilège du savoir, linguistique ou administrative, et elle peut évidemment être réelle ou destinée à tromper le malheureux administré. Ce qui devait justifier amplement l'utilité de l'incrimination du monnayage de l'intermédiation par influence.

Dans ses éléments constitutifs, l'incrimination répond suffisamment au besoin de la répression, qui vient d'être relaté. Concernant le cercle des personnes incriminables, il s'agit en premier lieu d'un particulier qui ait ou prétendait avoir une influence sur une personne détenteur d'un pouvoir officiel. Cette qualité devenait plus tard source d'aggravation des peines. Sur le comportement prohibé, on note une certaine identité avec l'élément équivalent de la corruption passive⁶³⁴, la différence réside dans une des finalités des agissements coupables. Si l'ultime objectif est d'obtenir l'exercice d'un pouvoir dans un sens favorable à la personne active, dont par ailleurs la réalité ou l'éventuelle régularité ou non n'ont pas d'importance, le but pris en compte concerne l'utilisation abusive d'une influence réelle ou supposée.

Ainsi, la doctrine a décomposée le trafic d'influence en divers composantes : l'influence abusée, les faveurs dont le trafic est interdit et le destinataire de l'influence abusive⁶³⁵. Cette analyse est confortée par la jurisprudence qui a confirmé en effet que le coupable trafique, non de sa fonction comme le ferait le corrompu, mais de sa qualité qui est la possession d'un crédit imaginaire ou réel⁶³⁶. Quant aux faveurs à faire obtenir, l'énumération⁶³⁷ se termine par l'expression toute autre décision favorable qui élargit de façon considérable les cas d'espèce possibles. La décision peut être de différente nature : judiciaire, administrative ou militaire⁶³⁸.

Concernant les détenteurs de pouvoirs à influencer, la loi n'en a spécifié que l'autorité publique ou une administration placée sous le contrôle de la puissance publique. Il s'agissait ainsi dans le contexte d'une autorité de l'Administration coloniale et des administrations placées sous le contrôle de la puissance coloniale. Elle pouvait donc s'étendre d'un côté aux autorités publiques de la Métropole desquelles relevaient les autorités coloniales stationnées à Madagascar et de l'autre côté aux chefs de village et ses adjoints.

Sur les pénalités, l'incrimination avait également connu une certaine évolution, en ayant bénéficié, d'une part, d'une simplification et, d'autre part, du mouvement de correctionnalisation de la corruption. La distinction en raison de la qualité du coupable

⁶³⁴ Voir supra p.141

⁶³⁵ Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *op. cit.*, p.21

⁶³⁶ Garraud R., *op. cit.*, n° 1526 et 1527 ; en ce qui concerne la jurisprudence, par exemple Cass. Crim., 6 juin 1989 : *Dr. Pén.* 1990, comm. N° 44

⁶³⁷ Il pouvait s'agir de décorations, médailles, distinctions ou récompenses, des places, fonctions ou emplois ou des faveurs quelconques accordées par l'autorité publique, des marchés, entreprises ou autres bénéfices résultant de traités conclus avec l'autorité publique ou avec une administration placée sous le contrôle de la puissance publique. (art 178 CP de 1810)

⁶³⁸ Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *op. cit.*, p.22

subsistait et avait comme conséquence l'aggravation de peines dans le cas où l'influenceur tombe dans l'une des catégories des personnes visées par l'article 177-1⁶³⁹, dont l'article 178 fait renvoi, et que l'influence trafiquée est tirée de la fonction. La peine d'emprisonnement encourue sera le double, soit de deux années au moins et de dix ans au plus.

Seulement, les deux infractions voisines que sont la corruption et le trafic d'influence passives se conçoivent moins sans la présence d'une personne demandeur d'un service public, un autre apport du droit français.

2- Corruption et trafic d'influence actifs⁶⁴⁰

La corruption active peut se définir par les agissements par lesquels un tiers obtient ou essaie d'obtenir, moyennant un avantage quelconque, d'une personne délégataire d'un pouvoir officiel, qu'elle abuse de sa fonction⁶⁴¹. Le droit royal Merina n'a pas érigé en incrimination le comportement décrit ci-dessus, en se limitant de citer comme punissable de la même pénalité que le fonctionnaire bénéficiaire le donneur de cadeaux prohibés. Par conséquent, dans son volet corruption, le comportement reproché par l'article 179 du CP de 1810 n'a pas à proprement dit son équivalent dans le droit royal⁶⁴². L'incrimination de la corruption active témoigne sans conteste une protection plus élaborée qu'a offerte le droit français à la valeur intégrité.

En effet, il ne se contente pas de réglementer les personnes principalement perçues comme vulnérables mais considère également comme illicite le fait d'offrir ou de proposer un pot de vin, bref de corrompre. Il est vrai cependant que cette incrimination n'a fait son entrée dans le droit criminel français qu'en 1945, près d'une cinquantaine d'année après le début de la colonisation. L'introduction de cette incrimination implique un renforcement de la répression de la corruption puisque désormais l'interlocuteur de la personne investie de l'autorité publique aura à contrôler ses actes. En l'occurrence, tous les moyens ne sont pas bons pour obtenir une décision favorable. De ce fait, cette incrimination met en quelque sorte l'agent public à l'abri des manœuvres *attrape-corrompu*, par lesquels les usagers douteux piègent les agents publics qui ne leur sont pas favorables.

Sur la physionomie de l'incrimination, on peut noter les éléments caractéristiques suivants confirmant une protection pénale plus élaborée de l'intégrité. L'incrimination de la corruption active a bénéficié de l'évolution de la politique criminelle de la Métropole en devenant une infraction autonome en 1945 et par la suite par un mouvement de correctionnalisation. Cette progression touchait également le cercle des personnes pouvant faire l'objet de l'infraction et le comportement reproché⁶⁴³. Contrairement à l'analyse faite par certains auteurs, il

⁶³⁹ Il s'agit de personnes investies d'un mandat électif, fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, militaire ou assimilé, agent ou préposé d'une administration publique ou d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique, ou citoyen chargé d'un ministère de service public, faire ou s'abstenir de faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, juste ou non, mais non sujet à salaire.

⁶⁴⁰ Le Code pénal de 1810 combine les deux infractions dans les dispositions pertinentes. Voir Vitu A., Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers, *op.cit.*, p.3

⁶⁴¹ *Id.*

⁶⁴² Article 179 : Quiconque, pour obtenir, soit l'accomplissement ou l'abstention d'un acte, soit une des faveurs ou avantages prévus aux articles 177 et 178, aura usé de voies de fait ou menaces, de promesses, offres, dons ou présents, ou cédé à des sollicitations tendant à la corruption, même s'il n'en a pas pris l'initiative, sera, que la contrainte ou la corruption ait ou non produit son effet, puni des mêmes peines que celles prévues aux-dits articles contre la personne corrompue. (Ordonnance du 8 février 1945)

⁶⁴³ Boizette E., corruption, *Rép. Pén. Dalloz*, 1997, p.5

apparaît nettement ici que le pacte préalable ne constituait plus exclusivement un indispensable élément caractéristique de l'infraction puisque le texte de l'incrimination précise bien que l'usage de la contrainte ou de proposition suffit. Toutefois, ce pacte existe nécessairement lorsqu'il s'agit pour le demandeur de service de céder à une sollicitation de la personne à corrompre.

Le volet trafic d'influence⁶⁴⁴ actif n'appelle pas d'ample développement puisque les éléments de l'infraction sont presque identiques à celui de la corruption active, sauf en ce qui concerne le bénéfice attendu. Tandis que pour le corrupteur il s'agirait d'obtenir sans intermédiaire le détournement d'un pouvoir par son détenteur, pour l'acheteur d'influence il consiste à avoir le même genre d'avantage par la voie d'un intermédiaire rémunéré. En parallèle, le trafic d'influence actif a été défini comme les agissements d'un tiers, s'il en a pris l'initiative, qui offre une rémunération, soit à un personne exerçant un fonction officielle, soit à un simple particulier, qu'il sait ou qu'il croit posséder une influence sur les pouvoirs publics, en vue d'obtenir d'eux des avantages ou des faveurs. La même qualification tient lorsque l'initiative vient, sous forme de demande, du sujet passif, la personne possédant l'influence ou se targuant comme telle, et que le tiers demandeur de service public cède par la suite à cette sollicitation⁶⁴⁵.

La qualité des personnes concernées n'appelle pas de remarques particulières puisque tout demandeur de service auprès de l'Administration est potentiellement vulnérable. Il convient cependant de souligner que la prise de l'initiative importe peu, tout comme l'effet de la proposition ou de la cession. La gravité de la peine encourue apparaît également comme une protection plus relevée de l'intégrité par la dissuasion qu'elle pourrait générer auprès des usagers de l'Administration coloniale. On peut noter ici que cette protection distincte se profilait déjà si l'on considère seulement l'identité de peines encourues entre le passif et l'actif de l'acte corrompu ou du trafic d'influence.

En terminant la période de colonisation, on peut dire que l'utilisation de la technique d'aggravation dans le domaine de la corruption constitue un relèvement de la protection de la société. Elle est utilisée contre certaines prévarications jugées plus nuisibles et ignobles à cause de la qualité des personnes qui les commettent, de la délicatesse de la fonction et de certaines circonstances de sa commission⁶⁴⁶. En général, ces apports avaient été capitalisés par le législateur malagasy au lendemain de l'indépendance lorsqu'il a adopté son propre code pénal. Cependant, conservés presque en l'état pendant des décennies, ils n'ont pu suivre l'évolution phénoménale de la corruption et des comportements assimilés.

CONCLUSION DU TITRE I

La période avant 1960 est marquée par la construction d'un Etat naissant mais qui serait déjà en proie avec les phénomènes de corruption. Selon la littérature dominante, ces derniers sembleraient avoir connu un développement contribuant au déclin du pouvoir royal et l'évolution du droit pénal à cet égard apparaissait insignifiante, allant au contraire vers un adoucissement des mesures. Le déficit

⁶⁴⁴ Sur la notion d'influence, voir Vitu A., *op.cit.*, p.7

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p.3

⁶⁴⁶ Articles 180 à 182 du code de 1810

d'intégrité engendré a sans doute facilité la conquête coloniale, bref a bouleversé le développement en cours. La période coloniale a par contre transposé un droit pénal moderne comportant des dispositions anti-corrptions bien élaborées par rapport aux phénomènes locaux. Cependant elle n'aurait pas, avec son système de domination, manqué de créer des foyers de corruption. Cette situation ne serait pas étrangère, plus tard, au développement spectaculaire de la corruption et à l'aggravation de la pauvreté.

TITRE II- LA PROTECTION INAPPROPRIÉE DE L'INTEGRITE, UNE DES CAUSES DE L'APPAUVRISSMENT

L'avènement de l'Indépendance en juin 1960 était logiquement suivi d'intensives réformes pour avoir un cadre juridique approprié au nouveau contexte. Même si ce nouveau cadre ne contraste pas trop de celui de l'ère précédente, il témoigne un effort de prise en compte plus poussée des réalités nationales. Cette adaptation n'était pas trop prononcée du côté du droit criminel à la grande différence du droit civil pour lequel un large inventaire des coutumes et pratiques a été effectué avant les travaux de légalisation⁶⁴⁷. La situation est caractérisée au début par une reprise dans sa quasi-totalité du droit pénal français basé sur le code pénal de 1810. On notera que même l'agencement et la structure du code sont presque identiques de telle sorte qu'un habitué du code français se retrouve facilement dans l'utilisation de code pénal malagasy. En conséquence, l'attitude des justiciables à l'égard de la justice pénale n'aurait pas connu une évolution significative, notamment en ce qui concerne la confiance. A l'égard de la corruption, la situation du droit pénal est restée presque inchangée jusqu'aux récentes réformes de 2004.

De ce fait, ce droit pénal pratiquement en stagnation pendant des décennies donnait libre cours au développement rapide et durable de la corruption, suite à l'accroissement des opportunités et des vulnérabilités au sein de l'Administration et de la société en général (Chapitre I). Néanmoins, cette dernière a, à maintes reprises, réclamé un encadrement approprié de la valeur intégrité et l'amorce de changement n'est arrivée que tardivement (Chapitre II).

CHAPITRE I- STAGNATION DU DROIT PENAL ANTI-CORRUPTION

Comparée à l'ampleur de la corruption (SECTION 1), on peut dire que le droit pénal n'a pas su se mettre à la hauteur pour la contenir ni encore moins participer efficacement à la protection d'une intégrité en déclin (SECTION 2).

SECTION 1- UNE CORRUPTION DEVENUE SYSTEMIQUE

Dans cette section, l'étude va se focaliser sur les facteurs externes ou internes qui ont contribué à l'expansion et à l'enracinement de la corruption à Madagascar. Elle s'avère incontournable si l'on veut apprécier l'état du droit pénal face à cette évolution ayant engendrée inévitablement des nouveaux comportements anti-éthiques. Ceux-ci sont devenus des comportements normaux grâce à un environnement propice à leur généralisation (A). A l'analyse, cette normalisation est due non seulement à cause de l'inefficacité du droit pénal mais aussi à son déclin (B).

A. ENVIRONNEMENT PROPICE

Dans son rapport mondial sur la corruption de l'année 2003, Transparency International a fait ressortir que l'absence de sanction était considérée comme la principale raison de la persistance de la corruption. Les enquêtes qu'elle a commandées ont montré qu'au Maroc, par exemple, 80 % des familles et 93 % des

⁶⁴⁷ Sur les travaux de rédaction des lois civiles malagasy, voir Ramangasoavina A., « Rapport de synthèse », in *Recueil des Lois civiles*, t.1, Ministère de la Justice, Tananarive, 1964, pp.2 et s.

entreprises ont considéré l'impunité comme principale cause de la corruption. A Madagascar, la perception est tout autre, plus de 80 % des personnes interrogées ont estimé que le profit personnel était la principale cause de la corruption, suivi du bas niveau des salaires et de l'absence de sanction⁶⁴⁸.

Le CSLCC, mis en place au cours de la même année, a mené plusieurs études sectorielles sur la corruption et a ainsi mis en évidence les différentes causes déterminantes du développement de la corruption à Madagascar. Ces constats ont surtout permis de mettre en évidence les grandes opportunités qui ont permis l'échappée de la corruption. Le survol historique de la période post-coloniale permettra en outre de remarquer que l'environnement était devenu progressivement favorable au développement exponentiel de la corruption à cause d'une carence au niveau de la disposition des nationaux à assumer les nouvelles responsabilités et de l'inadéquation du système de contrôle. Il semblerait cependant que la corruption s'était imposée de façon flagrante, ressentie par la population, peu après l'avènement de la seconde République⁶⁴⁹ et s'était par la suite installée dans les mœurs. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette expansion mais il s'avère que, presque communément dans les pays en développement, la décentralisation, les choix économiques et la politisation de l'administration figurent parmi les plus déterminants.

I. LES MOUVEMENTS DE DECENTRALISATION

En soi, la décentralisation constitue une des mesures de gouvernance destinées à la maîtrise de la corruption. En effet, consistant en un transfert de compétences, la décentralisation vise à donner aux collectivités locales des capacités propres, distinctes de celles de l'Administration centrale, et à faire élire leurs autorités par la population. Elle rapproche ainsi le processus de décision des citoyens, favorisant ainsi un contrôle démocratique de proximité. Elle se distinguerait de la déconcentration qui, elle, vise à améliorer l'efficacité de l'action de l'État en déléguant certaines attributions de l'échelon administratif central aux fonctionnaires locaux⁶⁵⁰. Cependant, il est admis que la première s'accompagne nécessairement de la seconde pour permettre au pouvoir central d'observer les actes des collectivités et de conserver la liaison filiale. La décentralisation peut ainsi être définie comme l'action d'attribuer à des collectivités locales élues des pouvoirs de décisions et de gestion et, elle est nécessairement organisée autour de la notion de pouvoir, de son exercice et de son contrôle⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Wolkers M., Enquêtes nationales sur la corruption en Afrique francophone, *Rapport mondial sur la corruption 2003*, TI, p.356

⁶⁴⁹ Cabinet ALTERNATIVES, Analyse diagnostic de la corruption dans des zones ciblées à Madagascar, Rapport final, CSLCC, 2004, p.34. Selon le rapport « *Les résultats des enquêtes de terrain menées à Ihosy, Manakara, Ikongo, Tanjombato, Moramanga, Ambatondrazaka, Maintirano, Sambava, Taolagnaro, Ambovombe présentent à la fois des similarités de situation et des différences. Les similarités rencontrées sont : le caractère exsangue de l'administration, l'enclavement de la majorité des régions, la pauvreté, le bas niveau d'instruction de la population qui influe sur la connaissance des lois et de ses droits. L'on constate toutefois une différence entre les zones riches et les zones pauvres : la corruption y est plus virulente, les agents de l'administration plus agressifs. Sont qualifiées ici de riches les zones où la circulation de l'argent est intense, où les activités économiques sont florissantes, où les ressources naturelles sont abondantes (boeufs à Ihosy et à Maintirano, terrains irrigables dans l'Alaotra, vanille dans la région de la Sava, activités touristiques à Taolagnaro, etc.)* ».

⁶⁵⁰ <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/decentralisation.asp>

⁶⁵¹ Andrianirina L., *Décentralisation et institutions publiques territoriales à Madagascar : processus et perspectives*, Mémoire de master en administration publique, février 2000, ENA, p.6

Le mouvement devient à haut risque lorsque certaines conditions essentielles de sa mise en œuvre ne sont respectées.

1- Une décentralisation mal engagée

La décentralisation peut devenir une arme à double tranchant lorsque tous les ingrédients nécessaires à sa réussite ne sont pas tous rassemblés. Elle doit constituer un antidote efficace à la corruption par la précision des responsabilités publiques aux yeux des citoyens. Par contre, mal engagée, elle peut comporter des circonstances par lesquelles la corruption peut se développer, comme l'analyse de la Banque Mondiale sur les Philippines dans les années 90 le confirme⁶⁵². Un bref aperçu historique de la décentralisation à Madagascar montre des processus en perpétuelle remise en cause, caractérisés par des défaillances au niveau du système de contrôle.

a. Processus répétés

La décentralisation effective était de toujours dans l'histoire sociopolitique post indépendance de Madagascar, une des revendications populaires constantes.⁶⁵³ Pour maximiser les chances de réussite du mouvement, trois dimensions doivent être prises en compte d'une manière rationnelle : la dimension administrative, la dimension politique et la dimension budgétaire. Apparemment à Madagascar, seule la première a connu des essais relativement avancés⁶⁵⁴. Celle-ci peut prendre aussi trois formes principales que sont la déconcentration, la délégation et la dévolution. Son histoire montre également qu'elle a contribué au développement de la corruption, principalement parce qu'elle est restée imparfaite dans la mise en place.

Le premier mouvement de décentralisation a été lancé dès les premières années de la première république. Héritant la structure administrative coloniale, le premier gouvernement de l'après colonisation de Madagascar s'était tout de suite attelé à réorganiser l'exercice des pouvoirs publics pour une administration plus proche et plus adaptée aux aspirations des administrés et des réalités sociopolitiques⁶⁵⁵. Cette première expérience, basée sur l'article 59 de la Constitution de 1958, s'effectua par un mouvement de communalisation et le renforcement de capacités des provinces. Après plus d'une décennie, le mouvement a été remis en cause pendant la transition politique issue du mouvement étudiant de mai 1972 par la reprise de la cellule sociale traditionnelle de base : le *Fokonolona*. Cette période, qui durât jusqu'en 1975, était aussi marquée par une régression en matière de décentralisation budgétaire par la centralisation de toutes les procédures financières conséquentes dans la Capitale.

⁶⁵² Shah A. and Schacter M., Combating corruption : look before you leap, *Finance & Development*, December 2004, p.42

⁶⁵³ Andrianirina L., *op. cit.*, p.6

⁶⁵⁴ (i) La déconcentration est le transfert de fonctions décisionnelles, financières et de gestion définies à des services techniques présents sur le terrain, mais dépendant directement des ministères centraux.
(ii) La délégation est le transfert d'un pouvoir de décision à des instances semi autonomes qui ne sont pas complètement contrôlées par l'Etat, mais qui doivent lui rendre des comptes. On peut prendre comme exemples les entreprises publiques ou les organismes publics de logement ou de transport.
(iii) La dévolution est la modalité de transfert probablement la plus proche de ce que l'on entend généralement par décentralisation. Elle comprend le transfert du pouvoir de décision à des collectivités publiques territoriales juridiquement et politiquement autonomes en matière budgétaire et de gestion. Id. p.8

⁶⁵⁵ Andrianirina L., *op. cit.*, p.6

Aussi, sans avoir eu le temps d'être menée à terme, le mouvement était-il supplanté par un autre initié au début de la deuxième République. C'est ainsi que quatre échelons de l'administration décentralisée, à savoir le *Fokontany*, le *Firaisampokontany*, le *Fivondronampokontany* et le *Faritany* ont été mis en place. La Constitution de 1975 et la Charte de la Révolution Socialiste préconisaient une organisation basée sur les principes de démocratie populaire et du centralisme démocratique. Ce système aurait instauré au sein des collectivités locales une organisation pyramidale et une superposition des structures⁶⁵⁶. Cette deuxième tentative a été considérée comme n'ayant pas pu satisfaire les revendications des régions périphériques du fait de la non effectivité des pouvoirs dévolus. La décentralisation va encore subir une radicale modification lors de l'avènement de la troisième république. Cette dernière est artificiellement divisée en deux législatures provoquées par les résultats de consultations populaires significatives.

La Constitution du 18 septembre 1992 a en effet tenté en premier lieu une autonomie effective à l'égard des collectivités⁶⁵⁷. L'organisation, ramenée à trois niveaux, est constituée par la commune, la région et le département. Elle était supposée supprimer le contrôle d'opportunité et le régime d'approbation préalable en rendant les actes des collectivités territoriales exécutoires de plein droit, sauf dans les cas prévus où la transmission des actes est obligatoire⁶⁵⁸. Encore une fois, sans avoir permis les dites collectivités d'exister, la révision constitutionnelle de 1996 a apporté une nouvelle organisation avec la mise en place des provinces autonomes. Les six provinces ne sont pas qualifiées de "collectivités territoriales décentralisées" mais de "collectivités publiques", dotées d'une personnalité juridique et d'une autonomie administrative. Elles sont organisées en interne en collectivités territoriales décentralisées, à savoir en région (deuxième niveau) et en commune (niveau de base).⁶⁵⁹

Comme dans de nombreux autres pays en développement, de fortes contraintes structurelles s'étaient opposés et s'opposent encore à l'aboutissement du processus de décentralisation. Il s'agit entre autres de large déséquilibre financier entre le centre et les niveaux inférieurs, l'absence de capacité à assurer des services décentralisés et un système juridique faible⁶⁶⁰. Ce dernier constitue un des symptômes d'un système de contrôle défaillant.

b. système de contrôle défaillant

D'une manière générale, quand le degré de décentralisation est dans une organisation très poussée, l'autorité supérieure aurait moins de motivation à effectuer le contrôle et la détection parce qu'elle aurait un pouvoir très limité de stopper les décisions de ses subordonnés. De principe, la décentralisation réduit ainsi l'ampleur de la supervision, en laissant aux autorités locales plus de liberté à poursuivre leurs activités corrompues. Elle diminue également la supervision par les autorités hiérarchiques à cause d'une autre raison plus fréquemment citée, l'accès plus difficile

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p.15

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p.17

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p.18

⁶⁵⁹ Article 126 de la constitution de 1992 révisée en 1997, *Ibid.* p.23 ; tout récemment, en avril 2007, une autre amendement a ramené l'organisation à deux niveaux (commune et région) par la suppression des provinces autonomes

⁶⁶⁰ The World Bank, *Décentralisation à Madagascar*, Une étude de la Banque Mondiale sur un pays, 2004, p.2

aux données détenues par les subalternes⁶⁶¹. Ses vertus anticorruptions semblent ainsi plier devant le risque favorisé par les limites du contrôle vertical et de la détection. Elle devient entièrement vulnérable en cas de défaillance d'un contrôle horizontal.

A Madagascar, pour minimiser les risques de dérives par les nouveaux détenteurs de pouvoir, que ce soit sur l'étendue des compétences que sur les malversations, un système de contrôle adéquat aurait dû nécessairement accompagner les mouvements de décentralisation⁶⁶². Les incertitudes et les incohérences légales et réglementaires auraient cependant affecté l'efficacité du régime de contrôle des collectivités décentralisées et le contrôle de légalité. Par ailleurs, les fonctions de contrôle et de vérification financiers seraient rarement assurées en raison d'un manque de capacité au niveau local et de la faiblesse des dépenses effectuées par les collectivités locales.⁶⁶³ En outre, l'absence de tribunaux administratifs et financiers déconcentrés rendrait difficile la répression et la résolution des conflits entre collectivités locales et organes de contrôle et rend le système de contrôle vulnérable aux immixtions politiques⁶⁶⁴. Enfin, Le contrôle horizontal sur les décisions de dépenses et les pratiques comptables serait souvent limité par l'insuffisance de la formation qu'ont reçue les acteurs non étatiques et leur responsabilisation serait encore insignifiante.

S'agissant du contrôle sur les services déconcentrés des ministères d'exécution, il se limiterait essentiellement à un contrôle des dépenses. Cependant, la plupart des fonctions de contrôle seraient handicapées par des procédures lourdes et par une préférence donnée aux contrôles *a priori* (au stade des engagements budgétaires), au détriment des contrôles *a posteriori*. En conséquence, des déperditions de fonds publics dans les services déconcentrés des ministères d'exécution sont courantes et se manifestent particulièrement par des passations de marchés à des tarifs supérieurs au prix du marché et/ou à l'incapacité à faire parvenir les biens acquis aux établissements locaux destinataires. Ceci serait le cas des services de district des secteurs de la santé et de l'enseignement, où sont gérés la plupart des fonds déconcentrés.⁶⁶⁵ Toutes ces carences se résumeraient par le manque de crédibilité

⁶⁶¹ Carbonara E., *op. cit.*, p.2 et 3

⁶⁶² D'une manière générale, les contrôles peuvent être analysés sur trois dimensions: l'objet du contrôle que sont les collectivités décentralisées ou sur les administrations déconcentrées, les mécanismes de contrôle soit vertical lorsque fait par des services centraux d'inspection ou horizontal par l'instance délibérante et/ou par les bénéficiaires (surtout dans les cas de collectivités décentralisés) et le type de contrôle qui prend la forme de contrôle de légalité des procédures et des décrets ou de contrôle financier sur l'utilisation des fonds publics. Voir en ce sens, The World Bank, *op. cit.*, p.18

⁶⁶³ *Id.*

⁶⁶⁴ Il a été constaté que la Chambre des Comptes de la Cour Suprême n'assurait plus que très ponctuellement ses fonctions depuis une vingtaine d'années faute de crédits suffisants et de moyens. La réforme et la réorganisation de la Cour des Comptes et la mise en place très prochaine des tribunaux financiers dans les provinces inaugurent une ère nouvelle pour le contrôle public.

Cette absence de contrôle a été surtout ressentie au niveau des communes rurales qui sont plus d'un millier dans le pays, depuis la réforme et leur mise en place en 1996. En effet, du fait de la suppression de la tutelle et de l'institution du contrôle à posteriori, les communes rurales sont pratiquement laissées à elles-mêmes dans les contrées éloignées des grands centres.

Le renforcement des pouvoirs des maires n'a fait qu'aggraver la situation car les sous-préfets n'avaient plus que très peu de prise à leur encontre. D'où les nombreux détournements, les fraudes et les mesures arbitraires pour l'instauration abusive de paiement de frais supplémentaires par les administrés (cf. cas de Fianarantsoa, Toliary et Mahajanga). Jureco Etudes & Conseils, *Etat des lieux de la corruption au sein des administrations déconcentrées et décentralisées, rapport final*, CSLCC, 2004, p. 42

⁶⁶⁵ *Id.*

et d'autorité du contrôle hiérarchique du fait de l'implication des chefs dans la corruption. Il en résultait une mise en veilleuse des contrôles externes depuis de longues années et un problème du contrôle des contrôleurs apparu dans certains secteurs. Les agents affectés au contrôle sur place abusent de leur position vis-à-vis des personnes ou entreprises à contrôler.

2- Risques et opportunités de corruption

Les insuffisances qui viennent d'être analysées figurent parmi les risques majeurs et génèrent ainsi des multiples opportunités de corruption aux agents publics vulnérables.

a. Les risques

L'abondante littérature sur la décentralisation n'est évidemment pas uniforme en ce qui concerne la relation entre décentralisation et corruption. L'opinion des uns et des autres ne s'accordent pas quant à l'effet de la décentralisation sur l'ampleur de la corruption au sein d'une organisation ou dans un pays⁶⁶⁶. Néanmoins, une constante ressort des différentes études : quelque soit la nature de l'interaction, celle-ci existe et que la décentralisation demeure négativement ou positivement facteur déterminant de l'ampleur de la corruption. En France, la première vague de la décentralisation lancée par les lois Déferre à partir de 1982 apparaissait comme déterminante dans l'évolution du volume des affaires judiciaires touchant au droit pénal économique et financier, voire des infractions de corruption et assimilées. Il ressort de l'analyse du SCPC⁶⁶⁷ sur cette corrélation que la décentralisation n'est pas en elle-même à l'origine de la corruption, mais plutôt un vecteur d'opportunité à cause de l'insuffisance⁶⁶⁸ dans sa mise en œuvre⁶⁶⁹. A Madagascar, la confusion et la désorganisation entraînées par les différents processus sont porteuses de multiples risques de débordements dans l'utilisation des compétences et du statut social, notamment la multiplication d'autorités décentralisées dont les capacités restent encore à renforcer.

Au recouvrement de l'Indépendance, les nombreux postes libérés par les administrateurs et cadres français étaient nécessairement pourvus par les nationaux. Conséquence de la politique française de gestion coloniale qui consistait à ne permettre à la majorité des nationaux que la formation de cadres subalternes, ceux-ci n'étaient pas toujours ni techniquement ni éthiquement préparés pour la relève. D'une

⁶⁶⁶ Ahlin C., *Corruption and anti-corruption mechanisms under decentralization*, Vanderbilt University, December 2004, p.2 et s.

⁶⁶⁷ SCPC, *Rapport annuel 1993/1994*, Les éditions des journaux officiels, 1995, Section IV

⁶⁶⁸ Selon le rapport du SCPC de 1997, cette insuffisance a été amplifiée par d'autres facteurs secondaires qui facilitent la commission de malversations par les autorités locales. Il a été cité entre autres le cumul de mandats qui, sous l'angle de la lutte contre la corruption, présente deux risques pervers :

1. Il tendrait à empêcher l'adoption de mesures ou de textes visant à rendre transparent l'exercice des mandats locaux.

2. Il pourrait inciter des parlementaires à voter des lois d'amnistie en raison de l'implication directe de certains d'entre eux dans des affaires judiciaires liées à leurs pouvoirs, à l'exercice de leurs mandats locaux ou pour éviter des poursuites à l'encontre de responsables industriels ou commerciaux avec lesquels ils sont en étroits contacts dans leurs fonctions locales (neutralisation de l'aspect répressif des délits économiques et financiers).

Au-delà du volet de la décentralisation, il apparaît au regard d'un certain nombre d'affaires judiciaires que l'interférence entre public et privé est également source de déviances. SCPC, *Rapport annuel 1997*, Les éditions des journaux officiels, p. 10 et 11

⁶⁶⁹ *Id.*

manière générale, l'identité du colonisateur aurait laissé son empreinte sur le fonctionnement de l'école dans les sociétés africaines, et cette empreinte aurait persisté trente années après les indépendances⁶⁷⁰. Ainsi, après 1960, le dualisme des économies ainsi que les structures étatiques auraient en effet continué à alimenter les conflits ethniques pour la captation des rentes, engendrant un clientélisme à base ethnique. L'allocation des terres, des emplois bien rémunérés et des biens publics aurait continué d'être particulièrement non méritocratique, paternaliste et clientéliste.

Les successives organisations administratives mises en place ont renforcé l'arrivée dans l'administration du territoire et aux pouvoirs locaux des nouveaux responsables non nécessairement préparés à recevoir et exercer les nouvelles compétences. Il est vrai que la formation d'administrateurs nationaux n'a pas suffi à suppléer la carence. Le plus souvent, ils étaient relativement écartés de la conduite des affaires administratives locales. En effet, dans une grande partie de l'histoire administrative post indépendance, ces techniciens avaient encore du mal à se débarrasser de l'image de l'administrateur colonial. Même tout récemment, il semble que l'image du Délégué du gouvernement ou de représentant de l'Etat restait encore à améliorer. Au lieu d'être le chef de l'administration qui agit au nom de l'Etat à l'échelle des territoires, censé en principe être une autorité de contrôle ou du moins de conseil, il était devenu un simple auxiliaire des élus⁶⁷¹.

Cette insuffisance devrait avoir comme conséquence le caractère d'augmentation considérable de la vulnérabilité des autorités en raison de l'importance progressive de pouvoirs qu'elles détiennent, par transfert légal de compétences.

b. Les opportunités

Les imperfections ont certainement fait que le mouvement de la décentralisation à Madagascar a constitué une grande avenue au profit des phénomènes de corruption. Même s'il est indiscutable que les compétences transférées ne couvrent pas les besoins réels des collectivités territoriales, le peu qui a été effectif a déjà permis de constater certaines mauvaises utilisations. On peut citer à cet égard l'accroissement très important du nombre de passations de marchés et de certaines conventions spécifiques par les collectivités sans réelle mise en concurrence. A titre comparatif, l'on en serait ainsi arrivé à la même conclusion qu'en France où la décentralisation avait paradoxalement entraîné une concentration de pouvoirs multiples entre les mains de mêmes personnes. Elle a accru les risques de déviation vers la corruption, la prise illégale d'intérêts, le trafic d'influence et le " favoritisme ". La multiplication des " affaires ", concernant des élus et rapportées quotidiennement par la presse, matérialisent ces risques.⁶⁷²

Les enquêtes sur terrain ont encore permis de recenser les causes perçues de la systématisation de la corruption au sein des collectivités décentralisées⁶⁷³. Il en ressort en effet que la corruption au sein des administrations déconcentrées et décentralisées serait due essentiellement à un certain nombre de failles largement

⁶⁷⁰ Cogneau D. et Guénard C., colonisation et institutions, *Dialogue, La lettre d'information de DIAL*, n°18, décembre 2002, p.5

⁶⁷¹ Andrianirina L., *op. cit.*, p.16

⁶⁷² SCPC, *Rapport annuel 1993/1994*, loc. cit.

⁶⁷³ Jureco Etudes & Conseils, *loc. cit.*

connues. Des fenêtres ouvertes aux différentes prévarications ont pu être relevées au niveau des procédures, des responsabilités, des ressources et de l'éthique.

En premier lieu, l'absence ou l'inutilisation des manuels de procédure est quasi-généralisée. Ce qui amènerait l'agent responsable à se laisser entraîner par ses intérêts personnels et ses commodités au détriment de ceux des usagers qui ignorent leurs droits et obligations réels⁶⁷⁴. Quoi qu'il en soit, les procédures seraient longues et permettraient à l'agent public de profiter des usagers pressés d'obtenir les autorisations ou les papiers administratifs. A titre d'illustration, la procédure pour l'attribution des terrains domaniaux comprendrait 22 opérations depuis l'avis du *fokontany* jusqu'à l'attribution d'un titre provisoire de propriété au demandeur⁶⁷⁵. Ce qui ferait prospérer les paiements illicites pour accélération de dossiers. En outre, la complexité de la procédure force l'utilisateur à affronter des guichets multiples souvent éloignés les uns des autres pour accomplir les formalités.

En second lieu, les chevauchements des responsabilités constitueraient aussi des opportunités de corruption au sein des services des collectivités décentralisées. Les services publics souffrent beaucoup du manque de description de postes, notamment au niveau des communes dans les provinces autres qu'Antananarivo. Un agent serait ainsi affecté à différentes responsabilités du fait de l'insuffisance de personnel et en fonction du volume de travail. Outre le pouvoir discrétionnaire de fait sur tout un circuit, le risque en serait que l'agent peut donner la priorité aux tâches qu'il trouve plus juteux au détriment des autres. Un autre phénomène vient en aggravation de ce « dysfonctionnement », ce sont les interventions abusives des supérieurs et autres autorités étrangères aux services qui font fi de la procédure normale. Le phénomène serait devenu un réflexe acquis de tous usagers des services publics et qui ferait qu'il est toujours utile de se renseigner sur l'agent public en face avant de l'aborder.

En troisième lieu, au niveau des ressources, conséquences de la rareté au sein du Trésor public⁶⁷⁶, les collectivités territoriales des zones périphériques en seraient les premiers à faire les frais. Cela se ressent aussi bien au niveau du personnel qu'au niveau des moyens matériels. En ce qui concerne ces derniers, l'insuffisance et la vétusté des matériels face aux demandes et à l'accroissement du volume de travail auraient été évoquées par les agents et responsables de l'administration comme une

⁶⁷⁴ *L'absence de transparence et de manque d'information des usagers sur leurs droits et obligations. L'absence de telles informations non seulement désoriente l'utilisateur du service public mais surtout l'amène à être une proie facile soit pour les rabatteurs en tous genres qui exercent dans les locaux administratifs, soit d'autres employés, d'autres services qui jouent aux intermédiaires moyennant un paiement d'argent.*

Les grandes victimes de ce genre d'opération seraient surtout les ruraux qui viennent accomplir les formalités administratives dans les grandes villes et qui, pour ne pas faire de va-et-vient interminables entre le siège et leurs localités, faute de temps et de moyens financiers pour les frais de déplacement, tombent facilement sous la main de ces rabatteurs et autres intermédiaires. Ibid., p.39

⁶⁷⁵ *les intervenants suivants sont cités par ordre de leur intervention dans la procédure : le président du Fokontany, le service de topographie, le réceptionnaire du dossier à la mairie, le service du cadastre, le service de repérage, de nouveau le service du cadastre, de nouveau le cas échéant le service de repérage, le préfet, les membres de la commission de reconnaissance sur terrain (il y a au minimum 7 à 8 membres), le service de l'aménagement du territoire, le service des domaines, de nouveau de service de cadastre, le conseil municipal et le Maire.*

Dans la commune urbaine de Mahajanga, un responsable du service du cadastre a affirmé que le processus le plus rapide est de trois mois (avec des appuis très intéressés et compréhensifs). Mais depuis 1999, la procédure se situe entre 8 mois et deux ans. Auparavant, cela atteignait facilement des sommets de 10 ans.

Actuellement, au service du cadastre de Mahajanga, il y a 2.000 dossiers de demandes en instance depuis 1950...Ibid., p.35

⁶⁷⁶ *Sur les causes, voir la partie concernant les choix économiques ci-dessous pp.143 et s.*

des causes déterminantes de la corruption. L'insuffisance des matériels tend à ralentir le travail du personnel, retarder les prestations de service de l'administration et allonger d'autant les délais pour la conclusion des travaux ou la délivrance des actes. Le cas est surtout patent dans les communes, notamment dans les communes rurales où l'on s'accommode encore des vieilles machines à écrire. Il en résulterait systématiquement une demande sinon une exigence de participation de la part des usagers dans l'accomplissement d'actes normalement gratuits. Il arrive que cette pratique soit « instituée » dans plusieurs services publics sans être matérialisée par une quittance.

S'agissant des ressources humaines, il a été pertinemment relevé la faiblesse de leurs rémunérations. Le problème serait encore plus difficile et délicat dans les communes où non seulement le salaire est dérisoire mais qui en plus n'est pas toujours régulièrement payé, faute de ressources budgétaires. Cette précarité financière amènerait les agents à considérer comme légitimes leurs pratiques corruptives et les administrés à tolérer certaines pratiques. A cela s'ajoute l'insuffisance du personnel en terme de nombre, laquelle mènerait vers le même sens du ralentissement et du retard dans les travaux. Il convient de souligner l'absence quasi-chronique des responsables dans les communes rurales, qui préfèrent s'installer dans les grands centres tout en touchant leurs émoluments. Ce serait toujours ces communes qui en souffrent le plus du fait des difficultés de recrutement dues à des insuffisances budgétaires. Le taux de corruption serait beaucoup élevé dans les communes rurales où le personnel de service se résume des fois à 2 ou 3 agents face à de nombreuses demandes.

Enfin, au niveau de l'éthique, une ignorance générale ou une totale méprise des règles ont été notées. L'absence d'éthique concernerait également les usagers, opérateurs du secteur privé et acteurs politiques. Ce qui implique pour les privés que la relation avec l'administration constitue également un segment de la concurrence qui n'est pas toujours saine et probe. Sur le plan politique, la carence serait surtout ressentie au niveau des collectivités décentralisées, notamment celles dirigées par des élus. Dans tous les cas, les autorités déconcentrées et les représentants de l'Etat restent très vulnérables aux pressions partisans de tout genre.

Du coup, une impunité généralisée des responsables au niveau des collectivités a pu être notée. Si dans des cas très rares des sanctions ont été prises, elles étaient soit inadéquates soit restées lettres mortes. Outre l'ineffectivité du système de contrôle qui réduit à un niveau insignifiant la détection des prévarications, la léthargie semble aussi traverser les organes répressifs tels que les tribunaux, les conseils de disciplines... si bien que les sanctions ne soient pas suffisamment appliquées. Le dysfonctionnement des conseils de discipline est la conséquence d'une composition inappropriée, engendrant un corporatisme presque généralisé dans les professions spécialisées comme la magistrature.⁶⁷⁷

Malgré tout, seuls les mouvements de décentralisation n'auraient pas expliqué la chute libre de l'intégrité dans l'échelle des valeurs nationales. D'autres tendances lourdes politico-économiques l'ont également favorisé.

II. LE CHOIX POLITICO-ECONOMIQUE

Il est clair que l'économie de Madagascar a été façonnée par le pouvoir colonial de façon à satisfaire principalement les besoins économiques de la Métropole. Elle a

⁶⁷⁷ Jureco Etudes & Conseils, *op. cit.*, p.36 à 43

ainsi été foncièrement extravertie et cela a continué pendant la première république⁶⁷⁸. Pendant cette première période de l'ère post indépendance, une amélioration du niveau de vie des malgaches avait été constatée et le mieux être vécu reste une nostalgie pour les plus âgées. Un choix radical effectué au début de la seconde république allait cependant conduire le pays au bord de la faillite, si bien que les mêmes auteurs du choix avaient dû revenir sur leur décision, mais tardivement. Sans s'attarder sur les déterminants institutionnels qui avaient orientées ce choix politique et ses différentes conséquences économiques, il s'est avéré que la politique d'investissement à outrance avait le plus entraîné le pays dans une économie de rareté. Il a fallu par la suite se soumettre au régime de l'ajustement structurel avec ses inconvénients, ayant plus tard accentué la pauvreté et partant la généralisation de la corruption de survie.

1- L'investissement à outrance et la gestion publique de l'économie

Si en effet, de 1960 à 1972, l'économie a connu une légère amélioration avec une hausse significative du PIB par tête, les changements de régime des années 70 ont eu des effets décisifs sur l'économie de Madagascar. Voulant se passer de l'influence de la France, le gouvernement d'après cette période avait estimé la sortie de la zone monétaire franc comme un élément à la fois d'affirmation de souveraineté politique et d'option économique opportune. Cette sortie en 1974 allait cependant déclencher des effets pervers sur les échanges extérieurs de l'Ile, suivis de retombées graves sur la valeur de la nouvelle monnaie nationale, le franc malgache⁶⁷⁹. Le déficit causé par la détérioration des relations économiques et commerciales avec l'ex-métropole n'a pas été compensé par les nouvelles relations privilégiées avec les pays du bloc de l'Est. Elles étaient plutôt d'ordre idéologique qu'économique.

⁶⁷⁸ L'histoire économique malgache post-indépendance distingue trois politiques économiques distinctes qui correspondent à trois grandes périodes. La période où Madagascar était dans la zone franc, la période de l'étatisation de l'économie et la période de l'ajustement structurel :

1960-1971 : démarrage économique de la nouvelle République

Les caractéristiques macroéconomiques du pays révèlent une santé meilleure de l'économie :

- Le taux de croissance annuel moyen atteignait 3,6%,
- l'inflation annuelle était modérée car elle n'a jamais dépassé les 10%,
- le taux de croissance moyen annuel du PIB constant par tête ayant atteint 0,8%. Ce qui traduit une amélioration du niveau de vie des Malgaches.

1972-1981 : étatisation de l'économie malgache :

La période a été marquée par une intervention croissante de l'Etat sur le plan économique par la nationalisation de certaines grandes entreprises et le monopole de l'Etat sur certains produits dont le riz et la fixation des prix par l'Etat. Vers la fin des années 70 l'Etat a procédé à la d'investissement à outrance. Les déficits budgétaires ont été financés par la création monétaire et par des emprunts extérieurs (année 1978-1980).

Cette politique s'est soldée par la stagnation voire le déclin des activités économiques, et par des inflations plus importantes. Il s'en est suivi une dégradation continue et rapide du niveau de vie des malgaches: le taux de croissance annuel moyen du PIB constant par tête était de -1,6% durant cette période. Le dérapage des investissements à outrance a déclenché la crise de la balance des paiements.

1982-2003 : retours au libéralisme économique et redressements économiques :

Madagascar, avec l'appui des Bailleurs, a mis en place de politiques de redressement économique ponctuées par deux crises majeures : celle de 1991 et la dernière de 2002. La phase correspond à la mise en place du fondement du développement économique : libéralisation des prix, désengagement de l'Etat, assainissement des finances publiques, dévaluations de la monnaie nationale,... In INSTAT, Croissance économique à Madagascar, tendance et situation, *Policy brief*, novembre 2003, p.3

⁶⁷⁹ En abrégé FMG. Il est non superflu de mentionner que depuis 2003, la nouvelle dénomination est l'Ariary qui vaut 5 Fmg, une ancienne appellation restée à travers le temps et bien usitée dans les zones rurales.

Cette rupture a surtout permis aux autorités de voir grandir le déséquilibre économique puisque le pays ne bénéficiait plus des avantages dus à ses relations privilégiées avec la France. Rapidement, les réserves en devises étrangères s'amenuisaient du fait du déficit dans la balance commerciale. Les recettes des produits de rente diminuaient considérablement tandis que les biens importés augmentaient en valeur à cause des successives crises pétrolières mondiales. Il aurait fallu donc, d'une part, une restriction au niveau de l'offre extérieure par la rationalisation des produits importés et, d'autre part, une tentative d'augmentation de l'offre locale par une politique d'investissement industriel.

Lancée en 1978, cette politique dénommée « investissement à outrance » était financée par emprunts extérieurs facilités par l'abondance du marché financier international caractérisé par une surliquidité pétrolière. Malgré les résultats spectaculaires mais éphémères sur les statistiques⁶⁸⁰, les investissements effectués n'avaient pas assuré le service de la dette à leur origine. Leur rentabilité n'a pas permis de couvrir leur coût. Il a été démontré que les conditions de réalisation de l'investissement étaient défavorables au développement du fait que ces investissements sont presque hautement capitalistiques et à fort contenu d'importation. Cependant, et de toute évidence, l'absence de rentabilité quasi généralisée des entreprises publiques ne pouvait uniquement s'expliquer par des facteurs purement économiques. Il s'avérait que les emprunts n'étaient visiblement pas assortis d'études rigoureuses de rentabilité ni de contrôle de bonne fin de la part des bailleurs.

Des facteurs au niveau de la gestion étaient également en cause du fait que celle-ci était exclusivement réservée à des sociétés d'Etat. Ces dernières étaient confiées, pour leur direction, à des personnes dont le critère de nomination n'était pas toujours l'efficacité. L'étatisation d'une grande partie des activités économiques majeures ne favorisait pas le critère de satisfaction des clients. Cette situation a inévitablement ou volontairement comme corollaire le monopole dont les effets ont été rudement ressentis dans le secteur de commercialisation des produits de base. Tous ces facteurs ont engendré des risques importants de corruption et de comportements assimilés de la part des dirigeants de ces entreprises. On a vu périr une à une les unités industrielles au dépend des finances publiques mais plutôt au bénéfice de quelques privilégiés.

Aussi, a-t-on pu dire que les investissements étaient parfois économiquement mal orientés, par exemple la construction des centres universitaires régionaux (32 milliards de FMG investis) n'auraient pas donné de retour immédiat. Par conséquent, les problèmes de remboursement surgissaient et comme solutions avancées : il a fallu rééchelonner les dettes et faire appel au FMI pour l'équilibrage de la balance des paiements. Avec la même analyse et les mêmes recettes, ce gendarme financier du monde « proposait » une série de mesures de politique économique libérale visant à réduire la dépense nationale⁶⁸¹. L'effet négatif s'est fait ressentir dès le début des années 80. Le contexte international incertain quant à la croissance économique aidant, l'endettement devenait rapidement insoutenable car le pays n'était plus en mesure d'assurer le service de sa dette. Cette situation rendait inévitable la mise en oeuvre d'une politique d'ajustement⁶⁸².

⁶⁸⁰ Dopé par ce flux d'entrée de devises, le PIB a connu un bond de 9,8% en 1979. In INSTAT, *op. cit.*, p.3

⁶⁸¹ Pourcet G., emploi et ajustement structurel, <http://nah296.free.fr/index.htm>

⁶⁸² Blardone G., Stratégie de développement et ajustements structurels, *Politique Africaine*, n° 48, décembre 1992, p.126

2- L'ajustement structurel

Il a fallu alors bien établir le dialogue avec les institutions de Bretton Woods pour négocier les solutions d'un état de surendettement. Ces derniers, face à la généralisation du problème dans presque tous les pays en développement, ont fabriqué une recette quasi standard dénommée Politique d'Ajustement Structurel (PAS). Cette politique a pour objet de redresser la situation économique de ces pays et leur permettre ainsi de retrouver le chemin de la croissance économique⁶⁸³. A en croire les statistiques officielles, cette politique avait commencé à porter ses fruits vers la fin des années 80 et début des 90 avant d'être stoppé par la crise politique de 1991. La suite du processus de réforme a été agrémentée d'autres problèmes politiques dont l'origine ne serait pas étrangère aux effets de programme lui-même.

La politique était au début axée sur des réformes visant une meilleure équilibre budgétaire et ce, par une réduction drastique des dépenses publiques. Par la suite, elle consistait en une série de mesures très diverses. Les mesures économiques semblent dominer les réformes avec la privatisation des entreprises publiques, la promotion des investissements (cadre d'accueils locaux et internationaux et contact concrets pour les investisseurs étrangers et nationaux, les zones franches), le renforcement de l'ouverture de Madagascar sur l'extérieur (COMESA, Africa Bill,...) et le développement du tourisme. On y recense ensuite quelques mesures politico-administratives, tels l'amélioration de la réforme de la fonction publique, le renforcement du processus de décentralisation, et la promotion de la bonne gouvernance. Au dernier de la liste se retrouve la protection de l'environnement, l'amélioration de la répartition des revenus et la facilitation de l'accès des pauvres aux services sociaux⁶⁸⁴.

Malgré les bonnes théories, la politique a sans aucun doute engendré des effets pervers dont la responsabilité serait par ailleurs disputée entre les gouvernements nationaux et les bailleurs imposant les conditionnalités d'assistance⁶⁸⁵. Les restrictions au niveau des dépenses publiques, en terme de fonctionnement et de volume de personnel avaient eu comme conséquence la désorganisation des administrations publiques. Les problèmes de moyens, humains, matériels et financiers constamment évoqués comme causes de corruption est une des conséquences malheureuses de cette politique.

Il a été soutenu également que la politique d'ajustement structurel consistait essentiellement en un assainissement des dépenses publiques sans véritable libéralisation de l'économie. Elle a eu comme effet un transfert du pouvoir économique de l'Etat à une minorité de privilégiés. Ce qui aurait abouti à l'accentuation de la bipolarisation de la société entre une majorité pauvre incluant les fonctionnaires et une minorité de privilégiés dont de nouveaux riches généralement issus de la classe dirigeante et de ses alliés. Ces derniers auraient profité du

⁶⁸³ Les recommandations de politique économique du FMI peuvent être résumées comme suit: d'abord, il suggère un contrôle strict des déficits budgétaires: il faut réduire les dépenses en personnel, abolir les subventions à la consommation, augmenter le prix du riz, la pression fiscale, les tarifs des entreprises publiques... Le but est de réduire la dépense nationale pour faire apparaître une épargne qui financera des investissements. Il suggère également de contrôler la création monétaire, d'encadrer le crédit, d'augmenter les taux d'intérêt, de libéraliser le contrôle des changes et de dévaluer la monnaie nationale. In Pourcet G., emploi et ajustement structurel, <http://nah296.free.fr/index.htm>

⁶⁸⁴ INSTAT/Cornell University/Banque Mondiale, *Dynamique de la pauvreté à Madagascar : 1993-1999*, extrait du rapport préliminaire, p.2 et 3

⁶⁸⁵ Alou M. T., *op. cit.*, p.64

contexte propice à la corruption pour exercer des activités illicites ou qui frisent l'illégalité, pour réaliser des actes répréhensibles (abus d'autorité, trafics en tous genres aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays, etc.)⁶⁸⁶. De surcroît, la politique n'avait pas réussi à lancer un programme de lutte contre la corruption pour promouvoir l'intégrité dans toutes ses composantes.

Cette politique d'austérité n'épargnait pas les organes de contrôle et les institutions chargées de veiller sur les valeurs sociétales juridiquement protégées. L'exemple de la justice a été souvent décrit pour illustrer la situation qui était similaire dans presque toute l'Afrique subsaharienne. Dans ces pays, le budget de la justice serait presque complètement consommé par les salaires et laisserait peu de place aux moyens de fonctionnement nécessaires à l'accomplissement des tâches administratives les plus élémentaires. Il en résultait une faiblesse ou absence de possibilités de communication et de déplacement, une faiblesse des dotations matérielles, une faiblesse de l'équipement des juridictions, etc. En conséquence, les administrations de la justice se trouvèrent dans l'impossibilité de fonctionner normalement et restèrent souvent compromises ou détournées de ses buts essentiels⁶⁸⁷.

La mesure de privatisation des entreprises publiques mérite quelques développements quant à son rôle comme vecteurs des opportunités de corruption. Les opérations de privatisation, comme celle des banques dans les années 90, suivaient plusieurs schémas tels que le rachat d'actions de l'Etat pour avoir la majorité et la création de sociétés de recouvrement. Le fonds de commerce, la partie saine, est repris par la nouvelle banque privée à capitaux étrangers. Les créances non recouvrées étaient gérées au titre du patrimoine par la nouvelle société de réalisation pour le compte de l'Etat. Certes, des pratiques douteuses plus directes comme les prélèvements abusifs ou les chèques de retrait à la banque centrale n'étaient plus possibles. Cependant, les opérations auraient créé des suspicions d'une part sur le choix du repreneur et d'autre part sur la valeur réelle du patrimoine des entreprises en privatisation⁶⁸⁸. Il a été affirmé que d'une manière générale, les privatisations sont « une source forte de corruption »⁶⁸⁹. Les exemples de la Solima (distribution

⁶⁸⁶ Cabinet ALTERNATIVES, op. cit., p.36-37

⁶⁸⁷ Alou M. T., op. cit., p.64

⁶⁸⁸ L'exemple-type de malversations dans les opérations de privatisation a été rapporté par M. Zafimahova Serge, ancien conseiller du Président ZAFY Albert : « 52 milliards Fmg pour la Zeren (usine de production d'engrais). Or la ventilation effective des transferts pour l'achat de la Zeren donne 56,8 millions \$Us le 16 décembre 1977, 19 millions \$Us le 05 octobre 1978, 28 millions de deutsche mark le 27 septembre 1979 et 200 millions de shillings australiens le 18 octobre 1979. Et pourtant, la privatisation de la Zeren n'a rapporté que 745 millions Fmg de produits bruts par Convention de cession du 09 juin 1990 dont que 26% pour l'État. La Zeren n'a pas fonctionné pour autant. La privatisation n'a servi qu'à blanchir des opérations frauduleuses passées. Le cas Zeren est malheureusement une règle générale. Il est démontré que d'un côté, les acquisitions d'entreprises publiques ont été surévaluées par les autorités nationales avec la complicité des intermédiaires étrangers ou nationaux et même de certains représentants des bailleurs, et de l'autre, les cessions d'EP ont été effectuées au franc symbolique généralement aux amis. Sans compter que les prêts extérieurs engageant l'État qui rétrocède ceux-ci à travers les reprêts aux entreprises font l'objet de manipulations en col blanc au détriment des recettes du Trésor public. » Zafimahova S., Privatisation à Madagascar : Jeux et enjeux, *L'Express de Madagascar*, 24 Août 2004

⁶⁸⁹ Les résultats des opérations laissent penser à une déperdition inexplicable financièrement : Entre 1986 à 1993, il y a eu 93 entreprises identifiées comme ayant fait l'objet de privatisation totale ou partielle pour un montant total brut de cession de 150 milliards Fmg. Or, le bilan partiel des engagements de l'État à fin 1993 au sein des 93 entreprises, tant intérieur (avances en compte-courant, non-paiement des obligations fiscales et douanières, etc.) qu'extérieur (études, achats d'unité, etc.), est estimé à la côte basse de plus de 5000 milliards Fmg dont 2500 milliards Fmg d'emprunts extérieurs clairement établis. *Ibid.*

pétrolière), de Telma (télécommunications) et du secteur de la pêche sont souvent cités. Les opérations de privatisation représenteraient ainsi « un vecteur important de corruption internationale », alors même qu'elles visent à démanteler l'abus de position dominante de la puissance publique sur le marché⁶⁹⁰.

Enfin, un autre aspect de l'ajustement ne pouvait être ignoré, c'est le gel des effectifs dans l'Administration malgache. Sur recommandation des bailleurs de fonds internationaux (FMI notamment), à partir des années 80, cette politique de gestion du personnel de l'Etat aurait engendré une insuffisance du personnel de la fonction publique. Cette dernière a dû faire face à une population à taux d'accroissement démographique annuel élevé (autour de 3%), engendrant ainsi une saturation des services publics⁶⁹¹.

3- La pauvreté généralisée comme conséquence

Les statistiques de croissance souvent exhibées par les gouvernants n'étaient pas immédiatement ressenties par la majorité de la population qui s'enfonçait progressivement dans la pauvreté. C'est pour cette raison qu'une autre politique de réduction de la pauvreté a été mise en place. Cette pauvreté, sans être la cause profonde des phénomènes de corruption⁶⁹², en est tout de même un facteur non négligeable dans la négation des valeurs éthiques dans la fonction publique et même chez les salariés du secteur privé⁶⁹³. La chute du pouvoir d'achat⁶⁹⁴ oblige les gens à chercher des sources de revenus secondaires, souvent informels, qui se traduisent pour certains par la fructification de la portion de pouvoir ou prérogatives qu'ils détiennent en raison de leur fonction⁶⁹⁵.

La situation serait identique à celle de certains pays africains de la même catégorie de développement économique. La corruption serait, pour l'agent public ou pour l'utilisateur, un moyen de « récupérer un dû », qui s'indemnise d'une injustice dont il s'estime victime. La corruption deviendrait alors une pratique aussi généralisée que vitale, sans laquelle l'agent ne pourrait nourrir sa famille⁶⁹⁶. Certains termes utilisés communément dans tout Madagascar pour dénommer la corruption : *tsolotra*, *risoriso* ou *afera*⁶⁹⁷, étaient apparus dans le cadre d'une économie de rareté organisée. Ils

⁶⁹⁰ Rafidinarivo C., *Etat des lieux de la grande corruption internationale à Madagascar, rapport final*, CSLCC, p.45 et 46

⁶⁹¹ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.43

⁶⁹² Des opinions contraires sont légions à l'instar de celle de M. Ogunjobi, vice président des opérations de la Banque Africaine de Développement, qui suit : *La corruption est favorisée par un certain nombre de facteurs, dont le faible niveau du revenu, en particulier dans la fonction publique, les taux élevés de pauvreté et de chômage, et l'absence de régimes de sécurité sociale et de couverture médicale*. In Ogunjobi B., *op. cit.*

⁶⁹³ Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Salaires et corruption: le cas de Madagascar, Rapport mondial sur la corruption 2003*, TI, 2004, p. 382

⁶⁹⁴ Cette baisse significative et presque généralisée du pouvoir d'achat pourrait trouver explication dans la stagnation du niveau de revenu par rapport aux successives inflations dus en grande partie par la dévaluation de la monnaie locale par rapport aux monnaies étrangères utilisées pour les échanges internationaux.

⁶⁹⁵ Heymans C. and Lipietz B., *Corruption et développement : Some perspective, Monograph n°40*, Institute for Security Studies, septembre 1999. <http://www.iss.org.za/Pubs/Monographs/No40/Contents.html>

⁶⁹⁶ Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., *Sémiologie populaire de la corruption*, Le Dossiers : la corruption au quotidien, *Politique Africaine*, p. 103

⁶⁹⁷ *Tsolotra*, *risoriso* et *afera* sont des termes généraux utilisés dans toute l'île, qualifiant les actes malhonnêtes. *Afera* est une malgachisation du mot français « affaires ». Ces trois termes recouvrent généralement la circulation illégale de l'argent, toute activité illégale ou illicite. *Risoriso* serait plus souvent utilisé pour qualifier les activités commerciales au marché noir, parallèle

traduisaient les pratiques favorisées par les impacts socio-économiques désastreux tels que le fleurissement du marché noir, le rationnement des produits de première nécessité ainsi que la chute du pouvoir d'achat de la population en général⁶⁹⁸, des fonctionnaires et des paysans en particulier⁶⁹⁹.

A travers les différents ateliers de travail et de sensibilisation effectués par le CSLCC dans plusieurs régions de l'Ile et confirmée par les différentes études sur les états des lieux sectoriels de la corruption, l'insuffisance de revenus devient une manière pour justifier les actes de corruption de petite envergure. Cela tourne parfois à une tendance à victimiser les agents publics face à la sévérité apparente des dispositions nouvelles du code pénal en la matière. L'on n'y manquait pas d'évoquer la priorité à donner à la poursuite de la grande corruption, affaire des politiques.

III. LA POLITISATION DE L'ADMINISTRATION

A Madagascar, l'apprentissage des principes démocratiques a réellement débuté avec les événements de 1992 qui avaient instauré la troisième république et il continue jusqu'à présent⁷⁰⁰. Ce qui suppose que depuis, pour accéder au pouvoir et y rester le plus longtemps possible, plusieurs moyens contraires à la démocratie étaient utilisés. En effet, les élections n'étaient pas jusqu'ici un modèle de sincérité et s'apparentaient à une mascarade visant à légaliser la prise de pouvoir. L'instrumentalisation de l'Administration reste le moyen privilégié pour ce faire et souvent l'idéologie supplante l'intégrité dans son organisation.

1- Instrumentalisation partisane

Presque tous les gouvernants successifs, dans une moindre mesure sans doute pour ceux de la première république, ont créé leurs partis une fois installés au pouvoir. Dès lors, l'organisation des formations politiques s'appuie presque entièrement sur l'Administration. Par la suite, sans fondement idéologique qui leur permettrait d'asseoir une base solide dans la conservation du pouvoir, les hommes politiques, comme partout en Afrique, auraient fait de l'Administration un terrain de concurrence de rechange pour sécuriser leurs parcours politiques. La pratique courante est de faire adhérer les agents de l'Etat comme membres actifs au parti au pouvoir. Cela s'est vérifié pendant les régimes successifs à Madagascar où pendant la première république presque tous les cadres de la fonction publique ont eu leur carte du parti PSD⁷⁰¹ et il en allait de même avec le parti AREMA⁷⁰² de 1976 en 1989. La pratique a encore continué pendant les régimes qui ont suivi mais avec une intensité moindre due au développement de la liberté d'expression et d'association depuis 1993.

⁶⁹⁸ *Les enquêtes sur les revenus des ménages à Antananarivo montrent qu'il y a une chute phénoménale des revenus: entre 1968 et 1979 ils ont diminué de 47%; entre 1979 et 1984, ils ont encore diminué de 50%. En 1981, un SME permettait à une famille de quatre personnes, consommant 400g de riz par jour et par personne, de consacrer à peu près 24% de son revenu à l'achat du riz; en 1985, après l'augmentation du prix du riz avant la libéralisation, elle devait dépenser 127% du SME ou «se serrer la ceinture». In Pourcet G., emploi et ajustement structurel, <http://nah296.free.fr/index.htm>*

⁶⁹⁹ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.36-37

⁷⁰⁰ En 2004, Madagascar est classé comme un pays à démocratie électorale avec une moyenne de 3,3 sur 5 en matière de démocratie selon le classement de Freedom House. <http://www.freedomhouse.org/>

⁷⁰¹ Parti Social Démocrate, parti du Président Philibert Tsiranana, au pouvoir pendant la première république

⁷⁰² Avant-garde de la Révolution socialiste Malgache, parti du Président Didier Ratsiraka, au pouvoir durant la deuxième république et la seconde partie de la troisième république

Pour se maintenir au pouvoir, l'Administration était également utilisée ainsi que ses moyens. Cette pratique était palpable notamment lors des différentes élections à tous les niveaux. Les chefs de différentes administrations publiques sont nommés en raison de leur affiliation politique et vraiment pas pour leur seule compétence. Ils sont maintenus et promus dans la hiérarchie également par leur zèle à servir les intérêts du parti au pouvoir. On peut citer comme exemple les chefs de circonscription scolaire et les représentants de l'Etat dans les différentes collectivités décentralisées. Le même scénario a pu se produire dans la conquête du pouvoir par les opposants, il s'agirait de faire basculer les agents publics dans l'opposition et agir contre le régime en place. La technique consiste à paralyser l'Administration par une grève générale et illimitée, surtout les secteurs qualifiés de clé, pour contraindre le régime en place d'abandonner le pouvoir. Cette stratégie a été payante à plusieurs reprises dont celles de 1991 et 2001.

Avant la libéralisation politique de 1989, le recrutement des jeunes au sein des universités et des lycées étaient une pratique courante des quelques partis politiques autorisés. Ce qui faisait que les jeunes cadres étaient déjà politiquement casés à leur accession dans la vie professionnelle et devenaient plus prompts à ne servir que les intérêts partisans au détriment de l'intérêt général. Plus néfaste est la politisation des grands corps de l'Etat comme la Magistrature, source d'asservissement de la justice. La pression qui s'ensuit permet aux politiques d'interférer dans l'administration de la justice et l'application de la loi. La justice devient sélective sinon partisane et ainsi porte atteinte gravement aux grands principes de l'Etat de droit.

L'on a pu avancer comme explication la faiblesse financière des partis politiques qui s'appuient aux moyens de l'administration pour soutenir leurs activités, notamment en période électorale. L'usage de pressions et d'intimidations exercées sur les fonctionnaires en poste dans les petites localités et les communes rurales éloignées seraient surtout à visée électorale. Ce sont les enseignants et certains fonctionnaires d'autorité qui seraient les plus touchés par ces pressions, en leur demandant de faire campagne plus ou moins ouvertement pour le candidat « du pouvoir ». ⁷⁰³ A ce titre, les agents de l'Administration territoriale chargés d'organiser les élections constituent les cibles privilégiées de ces pressions et il n'est pas rare d'entendre que les meilleurs postes de préfet, de sous préfet et de délégué administratif se maintiennent ou s'acquièrent par la bonne performance électorale. Ce qui veut dire la capacité à faire gagner le parti au pouvoir lors des différentes élections.

Une autre pratique relatée serait la « mission » donnée à un responsable du parti, à qui l'on a confié un poste d'autorité sur les marchés publics juteux, pour renflouer la caisse de la formation et d'assurer ainsi financièrement les campagnes électorales.

2- La politique partisane au détriment de l'intégrité publique

Il semblerait que cette prédation de la part des hauts fonctionnaires en faveur des partis constitue le facteur déclenchant d'autres prévarications des agents subalternes profitant des actes facilités par leur fonction. Il a été cité comme exemple le cas des petits cadeaux aux chauffeurs afin qu'ils restent discrets sur les missions effectuées. Ils sont interprétés par les subordonnés comme une autorisation tacite à

⁷⁰³ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.43

abuser à leur tour des moyens dont ils disposent au sein de l'Administration⁷⁰⁴. Cette position dominante au sein de l'Administration permet aussi de faire participer les opérateurs du secteur privé dans le financement des activités partisans. Les transactions par les régies financières ou organe de contrôle seraient souvent citées comme le moyen de ponction efficace pour cette contribution forcée ou intéressée⁷⁰⁵.

En effet, l'attitude clientéliste des partis politiques au pouvoir vis-à-vis des agents de l'Administration encouragerait la collusion entre les classes politiques, les élus et le personnel à haut niveau du pouvoir exécutif. Ces ententes favorisent la mainmise par un groupe d'individus sur l'appareil d'Etat et peut constituer des pôles de corruption. Et l'on peut ainsi constater que cette politisation, suite d'une longue tradition⁷⁰⁶, engendrerait de effets néfastes sur la valeur intégrité en cultivant le népotisme, le copinage, l'ethnicité, la démotivation et l'incompétence de cadres. Par conséquent, ceux qui tentent de résister aux incitations, notamment les chefs de départements territoriaux, se seraient vu démis de leur poste et mutés souvent un vertu de mesures disciplinaires à peine déguisées. Les postes vacants par la suite ou ceux attrayant par leur rentabilité seraient réservés ou offerts aux amis, aux membres de la famille ou à ceux du parti.

Cette politisation pourrait entre autres se manifester par l'embrigadement des agents de l'Administration pour leur utilisation abusive. Ces pratiques constituent non seulement des comportements contraires à l'éthique du service public mais surtout véhiculent des opportunités de corruption pouvant expliquer une grande partie de l'état où en est l'Administration malagasy actuellement. Beaucoup d'agents publics constatent avec ressentiment et impuissance qu'ils sont au service d'intérêts personnels plutôt que de l'intérêt général. Ils sont enclins par la suite à se justifier, en cas de méfaits, par l'adage « charité bien ordonnée... »

Il est évident que certaines de ces pratiques peuvent ne pas rentrer dans la définition très étroite de la corruption et ainsi, elles n'étaient pas avant 2004 incriminées par le droit pénal. Il est cependant indéniable que le devoir d'intégrité est sérieusement mis à mal par de telles pratiques. Il ressort ainsi que sur l'échelle des biens juridiques à protéger, la politique politicienne prend largement le pas sur l'intégrité. Dans ce contexte, l'exercice de la politique aurait comme objectif principal l'enrichissement rapide des acteurs politiques et non la recherche du bien être général. On a pu constater que même parmi les jeunes, l'on arrive à se demander ouvertement s'il en vaudrait la peine de travailler durement et honnêtement lorsqu'on sait que faire de la politique est un moyen de subsistance sinon d'enrichissement garanti⁷⁰⁷. Du moins, si l'on se trouve du bon côté. C'est ce qui motive le

⁷⁰⁴ Cette pratique est permanente pour toutes les formes de dysfonctionnements et de corruption : dès lors qu'un supérieur hiérarchique se permet de puiser dans la caisse, d'utiliser les matériels de l'Administration ou de demander des paiements illicites contre des services réglementairement dus, il ne peut que fermer les yeux sur les agissements de ses subordonnés, quand il ne partage pas volontairement le butin avec ceux-ci. En les rendant complices, il se garantit leur silence. Cabinet Miara-mita, *État des lieux de la corruption: le financement des partis politiques, Rapport final*, CSLCC, mars 2004, pp.44 et 45

⁷⁰⁵ Ce témoignage d'un dirigeant d'un parti illustre bien la situation: "quand nous étions au pouvoir, nous n'avions pas de problèmes de trésorerie". En effet, sauf dans le cas de sponsors membres du parti ou proches de ses positions politiques, l'arrivée au pouvoir s'accompagne d'une abondance de généreux donateurs soucieux de se ménager les bonnes grâces du/des détenteur(s) de pouvoir. *Ibid.*, pp.44 et 45

⁷⁰⁶ Héritage de la politique de Galliéni qui voulait contrebalancer le pouvoir de l'aristocratie merina favorisa le système administratif à base ethnique. Pendant la deuxième république, le système avait atteint son apogée par l'introduction de l'idéologie marxiste (*Djoutchée*) dans les écoles et même dans l'armée où les militaires étaient qualifiés de militant avec uniforme.

⁷⁰⁷ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.19

retournement fréquent de veste au profit du parti au pouvoir et il est devenu non choquant de retrouver des personnalités d'un ancien régime devenu fervent supporter et membre d'un nouveau issu de l'opposition.

Si tous ces choix ont pu grandement contribué au développement des phénomènes de corruption, la société entière sinon les institutions ont leurs parts de responsabilités.

B. NORMALISATION DE LA CORRUPTION

En 2002, Madagascar se trouvait en bas de la dernière catégorie du classement de Transparency International et autant pour le classement de la Banque Mondiale. Ces indicateurs tendent à confirmer que la corruption y est systémique et se trouve normalisée depuis des décennies. L'intégration de la corruption dans le paysage des pratiques sociales voire des mœurs a été favorisée par une certaine indifférence de la population censée en être la victime.

I. INDIFFERENCE SOCIALE

Lorsque l'on vit dans une société où la corruption tend à être la norme, il ne serait pas surprenant d'obtenir une forte majorité de réponses positives à la question que la juge franco-norvégienne Eva Joly nous pose dans son ouvrage intitulé « Est-ce dans ce monde là que nous voulons réellement vivre ? »⁷⁰⁸. La perception négative de la société malagasy en matière d'intégrité ne pouvait exclusivement s'expliquer par des causes structurelles et politiques, en tout cas externes. Une tolérance sinon une complicité générale y est également pour quelque chose. Il suffit de se rendre compte de la richesse du vocabulaire courant relatif à la corruption pour confirmer que l'indifférence n'a épargné aucune catégorie sociale. Elle équivaut surtout à une dépréciation de l'intégrité.

1- Nomenclature abondante des pratiques corruptives

La richesse en discours et vocables relatifs à la corruption traduit son profond enracinement dans la vie quotidienne de la population. Elle permet de constater combien cette dernière en est devenue tolérante et arrive sans crainte à justifier ses manifestations. A titre comparatif, on a pu relever en Afrique de l'ouest un argumentaire justificatif dit archétypique permettant de constater les formes que pourraient prendre la corruption : récupération, bonnes manières, privilège, pression sociale, redistribution, mimétisme, défi et emprunt.⁷⁰⁹ A certains égards, la situation à Madagascar ne peut pas être comparée sur celles encore plus dramatiques que vivent certains pays de cette partie occidentale de l'Afrique. Cependant, l'analyse des mots et expressions utilisées quotidiennement pour désigner les phénomènes et les actes de corruption permettrait de voir jusqu'à quel point le mal s'est incrusté progressivement dans la société et ses institutions⁷¹⁰.

En effet, le degré de banalisation des phénomènes de corruption a pris une proportion très inquiétante. Par exemple, le pot de vin qui devait plutôt s'échanger en

⁷⁰⁸ Eva Joly, *Est-ce dans ce monde-là que nous nous voulons vivre ?*, Les arènes, 2002

⁷⁰⁹ Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., *op.cit.*, p.100

⁷¹⁰ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p. 37-38

cachette ne s'abrite plus en dessous de table mais exhibé bien au dessus. Ainsi, les termes et expressions plus timides comme *sisiky* ou *manisika* (glisser discrètement de l'argent dans la main ou dans la poche ou dans un dossier), *valopy* (mettre l'argent dans une enveloppe), *lava tagnan'akanjo* (avoir une longue manche), *boaty* ou *tranon'afokasoka* (camoufler l'argent dans une boîte d'allumettes), ont cédé la place aux expressions plus osées telles que *rara tefaky* ou *felaka* (dans le milieu journalistique et signifiant une gifle), *kolikoly* (devenu traduction officielle de la corruption au sens large), *manao lala-manapaka* (prendre un raccourci) ou *manentsina* (boucher le trou).

Les mots renseignent sur la nature des actes de corruption ou agissements voisins: il y a d'abord ceux qui sont empreints de violence ou de ruse comme *dramotse*⁷¹¹, *kiteritery* (contraindre), *gofo* (cogner), et se rapprochent plus de l'extorsion ou de l'escroquerie. Viennent ensuite les actes qui s'apparentent au quémandage, à savoir *manomezaka kely* (donnez un peu), *kafe kely* (un peu de café), *sigara kely* (un peu de cigarettes), expressions utilisées dans tout le pays et insinuant une demande directe de sorte de pourboire, ou encore *friry* utilisé dans le sud-est signifiant un petit don améliorant l'ordinaire. En ces derniers cas, les présents peuvent être sollicités, exigés, offerts ou promis en tant que *falim-po* (marque de remerciement) et même comme un signe de politesse de la part de l'utilisateur des services publics par le terme *mahalala fomba* (littéralement connaît les usages).

On peut enfin constater que à chaque région les termes qui lui sont propres pour désigner les formes de corruption les plus familiers, notamment du pot de vin. Par exemple, l'on qualifie le cadeau de remerciement pour un service rendu de *falim-po* dans les hauts plateaux, dans la région sud est de l'île, ces mêmes actes de remerciement sont désignés par *sasa tagna* (*laver les mains*) ou *saotry* (remerciement) - difficilement distinguables des pratiques corruptives - opérés par les usagers auprès des agents de l'administration pour services rendus. Enfin, des termes récemment apparus et utilisés dans la Capitale comme « *manamboatra* » et déjà courants à Maintirano montrent l'extrême facilité de propagation des pratiques de la corruption à travers l'île.

La banalisation concernant juste quelques manifestations de la corruption et certaines franges sociales peut ne pas refléter l'ampleur de l'atteinte.

2- Indifférence de toutes les catégories sociales

L'on ne peut que confirmer la constatation unanime des enquêteurs sur les états des lieux récemment effectués que la corruption s'enracine du moment qu'il y ait acceptation ou tolérance de la part des usagers des services publics. Cette tolérance ou parfois cette résignation s'expliquerait chez la majorité de la population par la crainte de se voir refuser les services qu'elle attend des agents publics. Conditionnées par une conjoncture économiquement difficile, les petites combines de survie n'épargnent presque aucune communauté ni famille au sens large du terme. La résignation générale, aussi synonyme de cynisme, favorise surtout l'impunité, faute de plaintes et de leur prise en charge efficiente le cas échéant. Cet état d'esprit devient un élément caractéristique de l'environnement propice au développement de la corruption. Cette dernière ne recevrait plus la réprobation sociale et tend ainsi à devenir la règle plutôt que l'exception.

⁷¹¹ C'est une pratique malhonnête dans le Sud de Madagascar en matière de vol de bovidés et qui consiste à simuler un vol pour accuser gratuitement une autre personne en vue de le dépouiller de ses troupeaux en vertu d'un *dina* permettant la restitution en double sinon triple le nombre de bovidés volés.

Pire encore, il n'est pas rare les anecdotes, confirmées lors des investigations faites par les consultants du CSLCC, qui narrent les encouragements à pratiquer la corruption. Ils viennent souvent des proches familles ou relations à l'endroit des tenants de postes à responsabilité pouvant être exploités à des fins corruptives. Autre phénomène rapporté est qu'il serait courant dans les familles que l'on encourage les jeunes de s'orienter au moment du choix professionnel vers les métiers rentables, comme douanier, magistrat, gendarme, agents du fisc... Cela s'est vérifié lors du dernier salon des métiers pendant lequel les stands de ces professions sont pris d'assauts par les jeunes visiteurs en phase d'orientation professionnelle⁷¹². Le maintien d'un responsable dans la droiture équivaut pour la société une naïveté sinon une sottise, pour n'avoir pas su profiter de l'occasion de s'enrichir. Il est constaté aussi chez les jeunes générations⁷¹³ une tendance générale à considérer la corruption comme une des voies possibles lorsqu'il s'agit régler efficacement une difficulté avec une administration.

Dans les communautés rurales, cette absence de réaction de la population victime des pratiques de corruption pourrait s'expliquer par l'ignorance des droits et la peur du bureau administratif. Cependant, elle pourrait aussi provenir d'une légitimation des actes répréhensibles. Dans ces zones, les acteurs de la corruption sont souvent des personnes ayant un statut élevé dans la hiérarchie sociale traditionnelle.

3- Dévaluation de la valeur intégrité

Il n'y a pas de doute que l'intégrité fait théoriquement partie des valeurs fondamentales que la société malagasy s'est proposée de respecter tout au long de sa jeune histoire commune. Sa position dans la liste des biens juridiquement protégés attestent la place qu'elle devra occuper. Il est vrai que les incriminations censées protéger l'intégrité, même enrobées dans d'autres biens, subsistent encore dans le droit pénal comme vu précédemment. Certes, sa protection n'a pas connu une évolution notable, comme d'ailleurs l'ensemble du droit pénal malagasy, mais cela ne permet pas d'affirmer que l'intégrité a connu une régression dans l'échelle des incriminations. Le fait est qu'elle y reste encore inscrite.

Des développements précédents, il est pourtant permis de se douter, pendant la période post coloniale, si en réalité l'intégrité avait encore droit de cité dans l'échelle de valeurs sociales. L'inscription dans les textes ne contribue plus à mesurer sa valeur réelle que seul le test social permettra d'avoir une meilleure appréciation. Les actes de corruption, banalisés, se pratiquent plus ou moins ouvertement dans la plupart des services publics. Dans les hôpitaux publics, les patients sont habitués à payer les médecins et le personnel médical pour leurs actes normaux en sus des frais officiels. Ainsi, des tarifs étaient même établis et leur perception était considérée par

⁷¹² Ce salon qui se tient annuellement est organisé depuis quelques années par une Association dénommée Ny Hoavintsika. La quatrième édition s'était déroulée le 20 et 21 mai 2005 à l'Hôtel Madagascar Hilton, Antananarivo.

⁷¹³ Selon les consultants, une génération, la « Génération Corruption » serait apparue, constituée d'enfants qui sont nés et qui ont grandi sous la Deuxième République et qui n'ont connu que la pratique de la corruption. Tout petits, ils ont vu leurs parents régler leurs problèmes en recourant à la corruption. Certains enfants, par exemple, se sont vus attribuer, leur premier diplôme d'études au niveau primaire (CEPE), grâce au paiement d'argent par leurs parents (« *mividy diploma* »). La force de l'exemple entretient alors le relais entre les générations. C'est dans ce groupe de population que l'idée que rien ne peut se faire sans intervention, sans pratique de la corruption est la plus admise ; ce sont des attitudes, des pratiques valorisées car considérées comme une preuve de débrouillardise, de savoir-faire des « affaires ». Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.44

le tribunal comme non constitutif de concussion pour défaut d'intention coupable⁷¹⁴. Dans l'enseignement public, les enseignants organisent pour leurs mêmes élèves des séances de soutien scolaire payant en dehors des heures de cours, sans que les associations des parents d'élèves pourtant bien organisées réagissent. Sur tout un autre plan mais très révélateur, il est devenu de coutume pour les fidèles d'offrir au prêtre et aux associations laïques de l'argent sous enveloppe en guise de remerciement après réception de sacrements. Il en est de même pour les nouveaux mariés envers le maire ou son représentant, en tant qu'officier d'état civil, après la cérémonie officielle de mariage. Ces exemples suffisent pour montrer que la corruption est entrée dans les mœurs et elle reçoit de surcroît justification par une victimisation des agents publics mal lotis ou par la prévarication du superviseur intouchable. La faiblesse des organisations citoyennes, dite de la Société civile, luttant contre les prévarications semble encore confirmer cette constatation⁷¹⁵.

Plus grave, l'éclipse de l'intégrité dans l'échelle de valeurs est témoignée par une accoutumance de la population devant la corruption. L'accoutumance prise au sens de l'insensibilisation se manifeste clairement lorsque les comportements contraires à l'éthique et à l'intégrité ne sont plus perçus ou considérés, d'une manière générale, comme immoraux, donc normaux. On peut affirmer l'existence de cette accoutumance par l'absence de réaction face aux phénomènes de corruption dont on serait victime ou témoin. Cette passivité se mesure encore par le faible taux sinon l'inexistence de dénonciation des actes de corruption⁷¹⁶. Cette attitude est favorisée par la difficulté culturelle des malagasy à refuser ou dénoncer ouvertement les injustices. Il est avancé qu'elle n'est pas le apanage exclusif des ruraux ni des moins sachants mais un trait de caractère de tout un peuple.

Si toutefois on le reconnaît, l'impossibilité évoquée pour faire face au problème caractérise encore l'accoutumance. On aurait très souvent entendu l'explication du genre « Il faut faire avec parce que la lutte ferait encore plus de mal que le phénomène à combattre ». On a rapporté le témoignage d'un Sous-préfet de Sambava, lequel illustre parfaitement la situation. Tout en reconnaissant l'acuité et la généralité du problème de la corruption dans sa circonscription, il admet la difficulté sinon l'impossibilité de s'en découdre et conclut qu'on doit la vivre. On remarquera que le Sous-préfet dans la procédure pénale malagasy est un officier de ministère public dans sa circonscription et possède les pouvoirs non seulement d'officier de police judiciaire mais surtout de déclencher des poursuites pénales en procédure d'information sommaire.

Cette absence de sensibilité se manifeste enfin par la difficulté par la majorité des gens à distinguer les actes de corruption des actes normaux de la vie quotidienne. Pendant les enquêtes effectuées lors des états des lieux, les consultants auraient eu des difficultés à faire ressortir les actes pouvant être qualifiés réellement

⁷¹⁴ CPAC/CO/5668 du 14 décembre 2004. Par la suite, le Ministre de la Santé a sorti un arrêté n°23335/2004-SANPF pour règlementer la tarification des certificats médicaux

⁷¹⁵ En 2004, un recensement fait par le CSLCC a fait apparaître que trois organisations oeuvrent réellement dans la lutte contre la corruption, savoir la section locale de TI (Initiative Madagascar), la branche nationale de Justice et Paix (de l'Eglise Catholique Romaine) et le KFIP (de l'Eglise protestante réformée).

⁷¹⁶ La dénonciation pourrait ne pas être cependant exclusivement expliquée par une accoutumance, la part de l'appréhension de fréquenter ou la méfiance à l'endroit des organes de contrôle ne serait pas négligeable. Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p. 42. La Justice et la Police étant citées unanimement par les interviewés et les participants aux différents ateliers régionaux sur la stratégie nationale en 2004 parmi les secteurs les plus touchés à Madagascar. (voir Carte perceptuelle de la corruption en annexe 2).

de corruption⁷¹⁷. D'une manière générale, les interviewés auraient eu tendance à les voir partout, elle serait si bien intégrée que l'on est enclin à mettre sous cette dénomination tout acte délictueux⁷¹⁸, à la place des vrais phénomènes de corruption devenus normalisés. L'accoutumance se manifeste de surcroît par l'incapacité d'en faire la distinction par rapport aux comportements intègres.

Il est constaté que lorsque la corruption s'installe, bien de valeurs morales s'envolent et en premier lieu l'intégrité. Le respect de cette dernière deviendrait dès lors un comportement étrangement naïf voire même idiot à la perception de l'entourage. Le plus grave est que la chute de la valeur intégrité dans l'échelle des intérêts protégés a pour corollaire la mauvaise protection des autres valeurs du fait de l'impunité qui règne. Plus que la politique, lorsque la corruption prend cité au prétoire, la justice n'en serait plus que façade. Il en résulte inévitablement une absence de normes et principes de référence dans la société qui devient progressivement mécontente, d'où les quelques tentatives de contenir cette contrariété généralisée par des réponses législatives. Le *Fihavanana* a perdu sa vertu anti-corruption et s'est vu instrumentaliser pour servir la corruption. L'atteinte de cette valeur source constitue en quelque sorte l'indice d'une corruption répandue à l'échelle nationale.

II. UNE CORRUPTION SYSTEMIQUE ET OMNIPRESENTE

Comme corollaire de la dépréciation de l'intégrité dans l'échelle des valeurs socialement protégées, la corruption est devenue partie intégrante du système de gouvernance du pays. Elle affiche sa présence dans toutes les institutions et les secteurs de la vie nationale. Il importe de noter que le développement qui va suivre n'a pas l'intention de reproduire les causes et les conséquences des cas de corruption enregistrés mais d'essayer d'en avoir les formes les plus courantes dans l'objectif de voir plus tard l'adéquation du droit pénal positif.

Deux institutions fondamentales censées garantir la redevabilité sont largement investies par la corruption : les élections⁷¹⁹ et la transparence par le biais de la presse⁷²⁰. Leurs atteintes se traduisent par le caractère systémique de la corruption et sa généralisation.

1- Une corruption, élément du système

Les derniers sondages et enquêtes montrent que la corruption fait partie du système de gouvernance de la grande île depuis la fin des années 70. Elle peut être qualifiée de systémique, en ce sens que le système social, y compris sa protection, ne pourrait plus fonctionner sans la corruption. La corruption s'y est profondément enracinée⁷²¹ au détriment de l'intégrité pour assurer le fonctionnement de la machine administrative, les transactions et autres relations sociales, politiques et économiques. Afin de mieux visualiser ce caractère systémique, il convient de voir quelques

⁷¹⁷ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.48

⁷¹⁸ *Surtout lorsqu'il concerne la vanille. En janvier 2004 des clous furent découverts dans les bâtons de vanille prêts à l'exportation, destinés à alourdir leur poids. Que la pratique soit le fait du producteur, commissionnaire, du préparateur ou de l'exportateur, il ne s'agit pas à première vue de corruption directement, à moins que le silence, quelque part, n'ait été acheté. Id.*

⁷¹⁹ Cabinet ALTERNATIVES, *op. cit.*, p.35 et s.

⁷²⁰ Cabinet Miara-mita, *Etat des lieux de la corruption dans l'exercice du journalisme à Madagascar, Rapport final*, CSLCC, 2004, p.17 à 20

⁷²¹ Gray C. W. et Kaufmann D., *op. cit.*, p.11

exemples de deux systèmes transversaux, la commande publique et la justice. Dans ces systèmes, comme dans tant d'autres, les procédures se déroulent sous la pression omniprésente de la corruption.

a. Le système de la commande publique

Partout ailleurs, le secteur des marchés publics figure parmi les domaines les plus vulnérables en matière de corruption, par la présence simultanée de pouvoirs et d'argent publics. A Madagascar, même jugé encore étroit, le marché constitue à l'échelle nationale une des activités qui stimulent l'économie. La commande de l'Etat représente un large pourcentage de PIB⁷²². Bien que largement suspecté comme un domaine où la corruption est devenue la norme, au détriment de la compétitivité technique, on dénote le peu d'attention accordée au phénomène et à la façon dont il conviendra d'y faire face. Quelques études l'abordent d'une manière accessoire à la recherche de l'efficacité⁷²³, s'y intéressant davantage sur le système de contrôle. Rares sont cependant celles qui l'appréhendent comme principal enjeu dans tout l'ensemble du processus. L'absence d'intégrité dans le système de commande publique la dénature et l'éloigne des objectifs de développement auxquels il devrait concourir.

Un exercice dénommé «Hearing sur la corruption à Madagascar»⁷²⁴, conduit par un ensemble d'organismes oeuvrant dans le domaine de la lutte contre la corruption, a cherché à comprendre les contours du problème de corruption dans les marchés publics. Sous réserve de la fiabilité de la méthodologie utilisée⁷²⁵, les informations recueillies ont permis de constater que, depuis des décennies, les marchés publics se déterminent principalement par la corruption. Celle-ci se retrouve sous des formes les plus variées dans toutes les phases de la commande publique, de la conception jusqu'à la réception de la prestation, s'il y a lieu.

En phase de conception des projets, pour certains cas, la pratique consiste à allouer un budget aux travaux susceptibles d'être obtenus par des entreprises privilégiées à la suite de négociations préalables. Des fois, la corruption influence même le choix des lieux d'implantation du projet. Au niveau de l'élaboration du cahier des charges, surtout pour les spécifications techniques, les exigences sont façonnées de telle sorte qu'elles correspondent au mieux aux capacités techniques des entreprises favorisées⁷²⁶.

⁷²² Rafidinarivo C., *op. cit.*, pp. 43 et s.

⁷²³ Par exemple celles du Comité de réforme et de renforcement des organes de contrôle (CRROC)

⁷²⁴ La méthodologie d'approche pour la collecte d'informations est inspirée du « hearing » qui est pratiquée dans les démocraties anglo-saxonnes, surtout au niveau des parlements. Ce procédé permet à des personnes ressources ou à des experts de faire des présentations et des témoignages sur des thèmes et problématiques spécifiques. Etant destiné à recueillir les expériences ou les opinions de certaines personnes-clés concernées par un problème donné, le « hearing » se limite à détailler ce problème sans chercher à porter un jugement. TI-Initiative Madagascar, la Fondation Friedrich Ebert et la Délégation de la Commission Européenne (TI-IM, FES, UE), *Hearing sur la Corruption à Madagascar*, Rapport de synthèse, Septembre 2003, p.ii

⁷²⁵ Certains experts soutiennent que l'obtention d'informations fiables concernant la corruption dépend de la façon dont les questions sont posées. Il serait rare d'obtenir une réponse proche de la réalité dès la première question, il faudrait s'y prendre à plusieurs reprises et de manière à ce que la personne interviewée relate ce que les autres font.

⁷²⁶ Dans ce cadre, les cahiers de charges sont conçus de manière à favoriser les entreprises qui répondent aux critères demandés ; par exemple, pour la construction de ponts, il n'y a que certaines entreprises qui maîtrisent la technique des pieds forés ; pour ce cas d'espèces, les concepteurs du cahier de charges en font un des éléments de ce dernier. C'est à ce niveau que le délit d'initiés se manifeste par la communication d'informations techniques et

Pour les appels d'offres, il arrive que ce soit les entreprises clientes des responsables des marchés elles-mêmes qui sont chargées d'identifier leurs soi-disant concurrents. Des versements de pots de vin sont souvent exigés pour pouvoir figurer dans la liste restreinte des éligibles et pour éliminer des entreprises concurrentes. Pendant la sélection, le favoritisme serait la pratique courante sur les notations en faveur des entreprises clientes, par le noyautage de la commission d'appels d'offres ou en accord avec les bureaux d'études. Les pressions de la part des hautes autorités de l'Etat sont également courantes pour l'octroi de marchés à certaines entreprises. En somme, le système très usité de l'appel d'offre restreint est apprécié comme étant un marché de gré à gré déguisé. Pourtant, la passation de marchés de gré à gré est considérée comme une des plus grandes opportunités de corruption.

Lors de la passation des marchés, les entreprises subiraient des demandes de versement de pots de vins préalablement à la signature des contrats et à la notification par les autorités contractantes. Le même phénomène est perceptible lors de la formalité d'enregistrement des contrats, pendant lequel des versements de pots de vin sont exigés pour l'accélération de la prestation. La situation est analogue pour l'accélération du paiement des différentes tranches de fonds et la priorité à leur accorder compte tenu de la disponibilité du budget au service du Trésor. Des doutes sont aussi exprimés concernant l'établissement d'avenants aux contrats qui, pour quelques cas, ne sont pas transparents et ne sont pas toujours justifiés.

Au niveau de l'exécution des travaux ou des prestations, l'ampleur de la corruption est spécifiquement notée pour les négligences relatives au contrôle de qualité et de quantité. Les arrangements entre les bureaux d'études chargés du contrôle et les entreprises sont fréquents pour l'établissement des attachements⁷²⁷. Il n'est pas rare que le pourcentage des travaux réalisés soit surévalué par rapport aux réalisations effectives. A ce niveau, un marchandage est engagé entre les ingénieurs de contrôle et les entreprises. Les ingénieurs de contrôle exigent le versement de pots de vin préalablement à l'établissement des attachements. Les attitudes de complaisance pour le contrôle de qualité et de quantité des travaux sont aussi dénoncées : le sous-dosage des matériaux est la pratique habituelle qui entraîne la malfaçon. Des cas de corruption sont souvent dénoncés en ce qui concerne la réception provisoire et la réception définitive des travaux qui font l'objet de négociations entre l'entreprise et certains membres de la commission de contrôle (ingénieur de contrôle, représentant du Contrôle des Dépenses Engagées, ...). Certains travaux sont réceptionnés même s'ils présentent des défaillances techniques évidentes.

Comme résultats, très rares seraient les soumissionnaires ne se conformant pas aux « usages » et qui arriveraient à survivre sur le marché. L'on a pu affirmer que la pratique est adoptée par environ 90% des bureaux d'études et entreprises, notamment pour les négociations avec les maîtres d'ouvrage. Le pourcentage demandé varierait en moyenne de 10 à 25 % du montant du marché. Le cas de la détérioration d'un pont quelques mois après la réception de l'infrastructure à la suite du passage d'un camion à charge normale a été cité. On a pu d'une manière anecdotique dans le nord témoigner la réception définitive d'une route qui n'existe que dans les dossiers des travaux publics.

financières sur les travaux à réaliser : les entreprises clientes sont informées à l'avance des conditions techniques exigées, et sont avantagées par rapport à leurs concurrents.

⁷²⁷ Les attachements se définissent comme l'établissement du décompte des travaux réalisés et des paiements partiels correspondants

b. Le système judiciaire

Selon certains milieux, la corruption est systémique lorsqu'elle atteint profondément la justice⁷²⁸, dernier rempart de la protection de l'intégrité. Ce que rend compte la perception de la justice malagasy vers la fin des années 90⁷²⁹. En réalité, tous les résultats des enquêtes ou sondage ont, sans exception, montré à quel point la justice fait partie du problème en matière de corruption. Sans exclure les responsabilités de l'environnement qui a pu pervertir l'institution⁷³⁰, cet état de délabrement est largement imputable à un système disciplinaire inopérant. Le premier sondage sur la corruption menée en 2005 a montré que l'appareil judiciaire est gravement atteint. Ces quelques chiffres permettent d'apprécier le dommage occasionné : 30% des justiciables qui ont eu contact avec le système judiciaire ont déclaré avoir été sollicités à payer des pots de vin⁷³¹; la valeur moyenne de pot de vin demandé est de l'ordre 400000 fmg⁷³²; la corruption constitue un des obstacles à l'accès à la justice : 33% des usagers ont décidés de ne pas y avoir recours faute de moyens pour les paiements non officiels⁷³³; 50% des sondés ont confiance au système judiciaire en tant qu'institution⁷³⁴; et parmi les dix causes d'obstacles à l'accès à la justice, la corruption est à la seconde place avec 70% des sondés derrière la cherté des honoraires des avocats et que seuls 25% des sondés jugent que les magistrats sont honnêtes.

La corruption est multiforme dans ce secteur, car tout peut donner lieu à corruption même une requête non contentieuse comme en matière de jugement supplétif. La corruption existe que ce soit en matière civile qu'en pénal et même en matière administrative et financière. Toutes les étapes des procédures judiciaires peuvent donner lieu à marchandage. Tous les niveaux de juridiction sont atteints et si elle semble plus marquée au niveau des Tribunaux de Première Instance, à cause de la proximité avec les justiciables, elle paraît être une pratique courante à la Cour suprême. Là, il arrive que des magistrats donnent des instructions en faveur de leurs clients pour leurs requêtes en cassation. Par ailleurs, la corruption atteint toutes les catégories du personnel de la Justice et nombreux sont les employés du tribunal devenus des intermédiaires⁷³⁵ au service des magistrats. Les services périphériques sont aussi touchés et constituent avec les juridictions un réseau organisé de corruption. Quelques illustrations en matière pénale suffisent pour se rendre compte de l'ampleur de l'atteinte.

⁷²⁸ L'ONG TI qualifie les pays ayant une note d'IPC en dessous de 3/10 comme étant en proie avec une corruption systémique. Madagascar ne figurait dans le classement que depuis 2002 et sa note était alors de 1,8/10. En dépit des nombreuses critiques sur la pertinence et la fiabilité du classement IPC, on a pu constater que cette note qui lui est attribuée reflétait assez fidèlement l'état de la corruption dans le pays.

⁷²⁹ Evènement, Madagascar, Le prix des juges, *La lettre de l'Océan Indien*, 31 juillet 1999, n°868 ; Imbiki Anaclet : Lutte contre la corruption, *Madagascar Tribune*, 29 juillet 1999, n° 3211, p.2

⁷³⁰ La corruption a été favorisée par le fait que l'administration avait une longue tradition de mainmise sur les juridictions et influait sur les juges et particulièrement le Ministère public (pour raison politique ou familiale). TI, UE et FES, *op. cit.*, p.7

⁷³¹ 3^e place derrière la police de circulation 58% et le service de délivrance de permis de conduire 39%

⁷³² 1^{ère} place devant la police de circulation et les services de domaine et des communes urbaines

⁷³³ 2^e place entre la police de circulation et les services de domaine et des communes urbaines

⁷³⁴ Avant-dernier devant les partis politiques et derrière le Parlement, le Gouvernement, les élections et les Eglises

⁷³⁵ Appelés communément *rabatteurs* dans le jargon du milieu

La corruption est présente dès l'enquête de police où des procès verbaux non sincères existent. Dans les milieux ruraux où les justiciables sont rarement lettrés, l'établissement de deux documents à version différente sur une même affaire est souvent pratiqué en vue du marchandage. D'autres techniques qui consistent à dénaturer l'enquête sont aussi utilisées, telles la non audition de certains témoins et le classement sans suite des dossiers. Les pratiques sont quelquefois empreintes de contraintes lorsqu'il s'agit d'extorquer des fonds, comme les menaces verbales face à des administrés peu au courant de leurs droits et le montage de dossier contre quelqu'un. En zone urbaine, ces manipulations s'avèrent plus difficiles alors la collaboration avec les magistrats est nécessaire pour suivre le dossier dans la phase judiciaire. Cependant, il arrive à l'inverse que ces derniers influencent indûment le travail des agents verbalisateurs. Dans tous les cas, l'abus du pouvoir d'arrestation et de garde à vue serait fréquent.

Ces abus se poursuivent au niveau de la poursuite où l'usage du pouvoir discrétionnaire du parquet, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, s'exerce souvent sous la pression de la corruption. Très nuisible pour les opérateurs économiques, le traitement des affaires civiles ou commerciales de non paiement de dettes au niveau des parquets avec la collaboration des services de police judiciaire est aussi fréquent. Le système devient ainsi une agence de recouvrement des créances et se justifie souvent en évoquant l'inefficacité de la justice civile qui mettent la plupart du temps les créances en péril. En phase d'instruction, la corruption prend une forme plus organisée puisque les actes du juge requièrent la collaboration d'autres acteurs. Les décisions en matière de détention préventive ou de mise en liberté provisoire sont souvent prises sous influence, financière ou non. Il semble que l'institution de la Chambre de détention n'a pas atténué la pratique mais au contraire a augmenté les tarifs⁷³⁶. Pendant la phase décisive du procès, des pratiques irrégulières sont légions pour dénaturer les jugements et arrêts.

A tous les stades, les pressions et interventions de la part des autorités publiques et des élus sont choses courantes. Il arrive également que le ministère de la justice, après avoir reçu des doléances de la part de justiciables, intime au juge d'agir dans le sens voulu par celui qui est intervenu. Dans ce cadre, les pressions prennent des formes variées telles que chantages, menaces et promesses de promotion, nomination à des postes importants etc... A l'intention des juges du siège, cette pression hiérarchique existe mais exercée de façon subtile par le biais du parquet, dont les magistrats sont soumis à la subordination hiérarchique. Ces derniers sont souvent destinataires de lettre de la Chancellerie pour demande d'information sur un dossier et cela s'accompagne d'une position à prendre par le parquet dans la poursuite. Les magistrats du parquet s'arrangent souvent avec leur collègue du siège pour faire aboutir la solution suggérée d'en haut. L'alignement facile du juge sur ces recommandations s'obtient du fait que le procureur de la république a leur mot à dire dans la notation des magistrats dans sa juridiction, si l'on ne prend que l'exemple d'un Tribunal de Première Instance. La corruption continue toutefois d'être la règle en cas de recours, les juridictions d'appel et de cassation sont aussi gravement touchées.

A l'exécution des sanctions pénales, dont seul l'emprisonnement est relativement effectif, la corruption est aussi largement pratiquée. Dans les cas où la condamnation n'est pas ferme, la recherche de l'intéressé reste souvent infructueuse. Si par hasard, il se trouve appréhendé et amené devant les autorités pénitentiaires,

⁷³⁶ En 2004, la liberté se négocie entre 500.000 à 4.000.000 fmg. TI-IM, UE et FES, *op. cit.*, pp. 8 et 9

son séjour en prison dépend souvent de sa capacité financière. Les visites familiales et médicales ainsi que l'approvisionnement en nourriture sont fréquemment conditionnés par l'argent. Des médecins d'Etat délivrent des certificats médicaux complaisants pour faire bénéficier d'une autorisation de sortie ou même des faux certificats de décès pour faire libérer définitivement. Des cas de corruption sont habituellement observés pour le recrutement de la main d'œuvre pénale. En fin de course, la population carcérale est généralement caractérisée par l'indigence et la malnutrition.

L'atteinte de l'institution Justice signifie que la corruption peut avoir libre cours dans tous les autres secteurs de la vie nationale. Des études récentes permettent également de vérifier cette généralisation.

2- Une corruption généralisée

Si la systématisation a plutôt trait à l'enracinement et à l'omniprésence de la corruption dans un système particulier qui sans elle ne pourra fonctionner, une corruption généralisée se réfère à l'existence de la corruption sur tous les plans et en tous lieux dans la société. Pour se rendre compte de cette dernière, il convient encore de se référer aux résultats d'une série d'études sectorielles sur les états des lieux de la corruption commanditée tout récemment par le CSLCC. Ces études confirment la perception selon laquelle la corruption est généralisée à Madagascar et qu'elle semble n'épargner aucun secteur de la vie nationale. Outre, les pratiques communes et quasi-courantes que l'on retrouve dans presque tous les secteurs étudiés, la corruption peut se manifester de différentes manières. Leur connaissance permet de faire ressortir les comportements qui mériteraient encore d'être encadrés⁷³⁷. Les analyses ont été focalisées en 2004 sur les secteurs considérés comme les plus décriés par la population et, en 2005, sur les secteurs économiques à fortes valeurs ajoutées. Les résultats montrent qu'aucun des trois volets du développement durable n'est épargné.

a. La corruption dans le domaine social

Le mandat initial donné au CSLCC était de s'attaquer en premier lieu aux pratiques de corruption les plus décriées par la population⁷³⁸. A partir des études antérieures et des résultats de la consultation publique⁷³⁹ menée au début de l'année 2004, les secteurs dont les services touchent directement la population ont été choisis pour répondre à la mission assignée. La liste comprend le système judiciaire, les services fonciers, la santé publique, l'éducation, les médias, les régies financières, les services publics des collectivités territoriales et les partis politiques. Il ressort des investigations que la corruption les a tous envahies mais ses manifestations dans quelques secteurs sociaux sont durement ressenties par la couche défavorisée de la population.

Elles sont qualifiées, à tort ou à raison, de petite corruption mais elles empoisonnent la vie quotidienne de la population en ce qu'elle crée des obstacles et des contributions indues. Les études ont pourtant distingué trois types de corruption,

⁷³⁷ Voir section suivante

⁷³⁸ Voir article du décret 1128-2002 et la lettre de mission de la Présidente en annexe 3

⁷³⁹ La consultation publique de 2004 consistait à recueillir à l'aide d'une brochure questionnaire l'avis des leaders d'opinion de toutes les catégories sociales

selon le mode opératoire. En premier lieu, on distingue la petite corruption, quotidienne, effectuée par les fonctionnaires auprès de la population, généralement pauvre, et considérée comme une corruption de survie. Elle est présente quelle que soit la région considérée⁷⁴⁰. En second lieu, il y a la moyenne corruption parfois aussi appelée « corruption d'accélération » ou « corruption d'acquisition ou d'obtention ». Elle est généralement motivée par des buts financiers, l'acquisition d'avantages ou l'accélération de procédures. Enfin, on retrouve la grande corruption, apanage des hauts responsables de l'Etat, d'hommes et de femmes politiques. Elle a des impacts directs négatifs sur l'économie du pays (marchés publics, grandes opérations de dédouanement et d'exonération, exportations de vanille, plus généralement de produits de rente, etc.). Cependant, cette catégorisation par envergure pourrait facilement induire en erreur de fait qu'elle peut ne pas refléter la réalité et que les trois types de corruption, si la classification arrive à tenir, ne peuvent se dissocier clairement. A la place, il s'agit plutôt de prendre quelques illustrations pour montrer la généralisation et le profond enracinement du mal dans la société.

Au niveau des collectivités décentralisées, la corruption est partout présente, au niveau des services et au niveau territorial. Dans les services provinciaux, la corruption intervient pour l'obtention de licences, de patentes et de permis de conduire. Dans les services communaux, elle se manifeste lors de l'octroi de dossiers d'état-civil (acte de naissance, etc.), de patentes et de ticket de marché. En général, à l'interne des services, la corruption se pratique lors des recrutements, décisions d'affectation et d'avancement et de jouissance de privilèges. Elle devient une situation de rente, « écolage » dans le jargon administratif, pour ceux qui tiennent les rênes de la gestion des ressources humaines. En effet, les agents publics qui désirent l'inamovibilité dans un poste « rentable » s'assurent la protection d'un responsable pour être à l'abri de mutation dans un poste moins fructueux.

Au niveau des services publics essentiels, elle se rencontre à chaque contact avec les agents publics et pour n'importe quelle prestation. Dans les hôpitaux par exemple, elle serait présente dès l'entrée dans l'enceinte (gardien), lors du traitement (personnel aide soignant), lors de l'hospitalisation, lors d'accouchement et aussi lors d'intervention chirurgicale (médecin), tout cela au péril de la vie des demandeurs de soins. Dans les services de l'Education, on se retrouverait en face des prévarications de toutes sortes, lors du paiement des droits d'inscription, des examens, concours et des passages à la classe supérieure et aussi des concours d'entrée aux grandes écoles professionnelles publiques. Les Services fonciers figurent parmi les plus décriés partout dans les régions visitées. L'économie de Madagascar, un pays à majorité de population rurale, repose en grande partie sur la sécurisation foncière. Celle-ci serait précaire non seulement par l'incapacité de l'Administration de répertorier les propriétés et domaines privés mais surtout à cause de la corruption qui sévit dans les services notamment lors de l'immatriculation de terrains, de règlement de litiges fonciers et d'attribution de terres déjà appropriées ou domaniales.

La pratique de la corruption n'est pas l'apanage exclusif du secteur public, elle existe également au sein du secteur non étatique. Dans le secteur privé, elle est présente pour l'attribution de postes, les recrutements de mains d'œuvre et l'attribution de quotas supplémentaires dans la collecte et l'exportation de produits de rente réglementés, tels le litchi, le café et le girofle. Cette pratique ne serait absente non plus dans les organisations de la société civile et des organisations

⁷⁴⁰ Les régions visitées sont : Ihosy, Manakara, Ikongo, Tanjombato, Moramanga, Ambatondrazaka, Maintirano, Sambava, Taolagnaro, Ambovombe

confessionnelles. Au sein des Eglises, ce sont surtout les laïcs qui y travaillent qui pratiquent la corruption, par exemple pour l'entrée dans des écoles confessionnelles. Elle concerne rarement les responsables religieux mais l'on a signalé des cas rares d'octroi d'actes de baptême à des non baptisés. Enfin, les organismes et projets de développement financés par les partenaires financiers étrangers ne seraient pas épargnés par la corruption et des grands projets ont été cités à cet égard.

b. La corruption dans le domaine économique

Depuis 2004 et renforcées en 2005, des études diagnostiques ont été menées sur des secteurs à fortes valeurs ajoutées économiques : les mines, l'énergie, les ressources halieutiques, le tourisme, l'économie rurale et l'environnement. D'une manière globale, on a pu constater que l'expansion des activités dans chacun de ces secteurs est handicapée par la corruption alors qu'ils devraient être les moteurs de la croissance. Ici, la corruption serait en tout cas moins commandée par la survie des acteurs que pour les besoins d'autres opérations économiques et financières d'envergure relativement importante.

L'hypothèse de l'existence de ce qu'on pourrait qualifier de grande corruption internationale tend à se confirmer de par les résultats des interviews menés dans les milieux susceptibles d'en être le foyer. La conclusion de l'étude⁷⁴¹ a fait ressortir que cette corruption d'envergure internationale serait une condition essentielle de deux opérations bien distinctes : le blanchiment des capitaux et l'abus de position dominante. Sur la première, l'argent issu de transactions corrompues serait réinjecté dans les circuits légaux des banques comme ressources des entreprises et des associations. On y recense notamment des sociétés écrans, investissement immobilier et mobiliers (placements, primes d'assurances, royalties de brevets, licences) avec un certain élément d'extranéité, soit par les partenaires soit par le circuit de lessivage. La seconde opération vise le maintien abusif d'une position dominante sur un marché bien défini. Le positionnement est assuré non seulement par la corruption administrative locale mais aussi par la corruption politique. L'élément d'extranéité se situerait au niveau des acteurs de l'abus et du flux de capitaux dont ceux nourrissant les transactions corrompues. Les manquements ou entorses aux obligations déclaratives internationales sont courantes, tels que les sous-facturations, les sous-évaluations et les sur-rémunérations. Il en est de même sinon plus pour les fraudes et collusions administratives se rapportant à l'immigration, l'accès des étrangers à la propriété immobilière et la pénétration des marchés locaux par les entreprises étrangères.

Dans le secteur minier, la corruption favorise l'hémorragie des pierres précieuses et industrielles dont l'île regorge mais n'en tire pas profit jusqu'à présent. Les études ont permis de comprendre qu'elle se présenterait à tous les niveaux de la filière sous diverses formes⁷⁴². Les plus typiques, outre la corruption administrative courante d'accélération et d'acquisition de décision favorable, sont la mise à profit par un agent public minier de ses compétences techniques et d'informations privilégiées en sa possession au profit d'opérateurs en procédure⁷⁴³, l'octroi de privilèges non

⁷⁴¹ Rafidinarivo C., *op. cit.*, p.45 et 46

⁷⁴² Systèmes et Réalisation, *État des lieux de la corruption: secteur Mines*, rapport final, CSLCC, 2005, p.36

⁷⁴³ D'après une étude sur la corruption faite par la DMG (Direction des Mines et de la Géologie), certains agents de l'Administration Minière ont conclu des contrats de travail spécifiques avec des opérateurs pour s'occuper de tous leurs dossiers auprès des Services des Mines. En retour de ces prises d'emploi illégales, ces agents perçoivent des salaires fixes à base annuelle. *Ibid.*, p.43

conformes aux procédures notamment en ce qui concerne l'acquisition de périmètres miniers, la minoration ou l'annulation des droits et taxes et l'usage abusif du pouvoir transactionnel en cas d'infractions constatées. Les pratiques corruptives ne servent uniquement pas à sécuriser les opérations non régulières mais elles sont parfois utilisées pour pénaliser les opérateurs en règle. Apparemment, il s'agit d'abus de pouvoir exercé par certaines autorités locales pour des visées monopolistiques et de mainmise de « carrés » par des agents de l'Administration, des hautes personnalités ou des élus qui seraient généralement des prête-noms.

S'agissant de l'énergie, le secteur de l'électricité, quant à elle, reste encore peu développée et toute la filière demeure sous le monopole d'une entreprise publique, la JIRAMA. Ainsi, la corruption dans le secteur se rapporte ainsi logiquement aux comportements des agents de cette société. D'une manière générale, on peut distinguer trois types de corruption chez le personnel de la JIRAMA, selon les catégories d'interlocuteurs. Vis-à-vis des ménages, la corruption concerne des agents, depuis le préposé aux relevés des compteurs jusqu'aux cadres supérieurs qui négocient avec le ménage pour réduire le coût de prestation⁷⁴⁴. En face des petites et moyennes entreprises, toute la hiérarchie peut être concernée, pour la facilitation de la fourniture d'électricité. Par rapport aux grandes entreprises fournisseurs, nationaux et internationaux, la tentation touche essentiellement les hauts responsables, en liaison parfois avec des autorités publiques. Les collusions concernent les stocks dormants à cause des commandes délibérément surdimensionnées, les contrats de concessions de centrales électriques et la recommandation des consultants internationaux ou de firmes par certains bailleurs de fonds traditionnels. Dans le secteur pétrolier, les opérations de privatisation de la SOLIMA auraient été l'occasion de plusieurs phénomènes de corruption depuis la rédaction de la loi⁷⁴⁵ jusque à l'embauche des personnes en charge des opérations de cession par les entreprises repreneurs⁷⁴⁶. L'on suspecte également la corruption comme à l'origine des périmètres d'exploration pétrolière et gazifière étrangement très étendus accordés aux compagnies et les clauses contractuelles très avantageuses pour elles.

Concernant le secteur du commerce et de la consommation, trois catégories de champ de corruption ont été rapportées par les investigations. Il s'agit des ententes illicites entre des concurrents pour se répartir des marchés, le paiement des membres de commissions d'octroi de quotas de marchandises, l'exercice abusif de pouvoirs de répression et de transaction par les autorités de régulation du commerce et de la qualité⁷⁴⁷.

L'économie rurale est caractérisée par une certaine inhibition corrélative à l'insécurité chronique dans les zones à fortes potentialités, outre la corruption qui mine les projets de développement rural et les mutuelles ruraux de crédit. Les actes de banditisme en zone rurale se perpétuent à cause de la corruption des autorités locales, administrative, policière, judiciaire ou même traditionnelle, au niveau des *Dina*. Particulièrement, deux types de criminalité prospèrent à l'aide de cette

⁷⁴⁴ SMART Institute, *Etat des lieux de la corruption : secteur énergie, Rapport final*, CSLCC, 2005, pp. 163

⁷⁴⁵ la loi 2003-051 du 30 Janvier 2004 portant refonte de la loi 96-011 du 13 Août 1996 sur le désengagement de l'Etat des entreprises du secteur public (loi sur la privatisation), qui touche, entre autres, la SOLIMA et la JIRAMA, a été rédigée selon des considérations purement administratives et économiques.

⁷⁴⁶ SMART Institute, *op. cit.*, p. 163

⁷⁴⁷ Le cas des 2 Commissaires du commerce arrêtés a défrayé la chronique, dans le cadre d'une affaire où ils ont exercé de pression auprès des commerçants pour demander de l'argent, sans qu'il y ait constatation d'infractions. V. article n°6248 du mardi 24 février 2004 de *Midi Madagasikara*, dans la page I de son supplément hebdomadaire.

corruption, les vols de bovidés et les malversations dans la filière vanille. Dans le premier cas, les pratiques de corruption existent depuis la constatation de l'infraction, la recherche et le suivi des traces des bovidés volés, les enquêtes et la mise à la disposition de la justice des auteurs présumés, le cas échéant. Les manœuvres de blanchiment des bovidés volés se font nécessairement avec l'aide des autorités compétentes. Elles consistent notamment en la régularisation de la robe d'un bœuf non conforme avec celle décrite dans le passeport, la manipulation du « *bokin'omby* » (registre de bovidés), la passage sous silence ou sous protection de troupeaux vers l'abattoir ou les marchés de bovidés. Dans le second cas, la corruption consiste à faciliter les fraudes massives par le paiement illicite des autorités chargées du contrôle de la régularité des opérations de la collecte jusqu'à l'exportation. La collecte de vanilles vertes et celle faite sans mandat de conditionneur stockeur se font avec la connivence des forces de l'ordre. La même complicité est rapportée au niveau du poinçonnage des pieds de vanille afin de se soustraire à l'obligation de dépôt du poinçon chez l'autorité de régulation. Les exportations frauduleuses sont aussi fréquentes avec l'intervention des agents aéroportuaires, de la gendarmerie, de la police et de la douane.

Au sein des régies financières qui alimentent les caisses du Trésor public, la corruption se situe surtout au niveau du paiement d'impôts par les négociations illicites du montant des impôts de tous genres, taxes et droits divers. Au niveau de la douane, la corruption consiste généralement à « régulariser » les infractions constatées en matière d'importation ou d'exportation : sous facturation, déclaration non conforme, pièces manquantes, etc. par la manipulation de la valeur taxable ou du classement tarifaire. Les erreurs involontaires dans les fiches de déclaration en vertu du pouvoir de transaction peuvent aussi être exploitées par l'agent douanier pour faire pression sur le client. En outre, il est de coutume pour les usagers réguliers de payer le « *tarif syndical* » de facilitation de circuit de déclaration afin d'éviter l'augmentation des frais d'emménagement. Enfin, plusieurs autres techniques sont utilisées telles la facturation de travaux supplémentaires fictifs, la couverture de la contrebande organisée, le recours aux régimes suspensifs sans régularisation suivi de l'apurement des dossiers après la mise en vente des marchandises sur le marché et l'octroi complaisant de crédit en douanes pour les grands transitaires.

Pour terminer, en ce qui concerne le secteur tourisme, la corruption semble toucher toutes les activités, de l'obtention du droit d'occupation du sol délivré par les services des domaines et des services municipaux, en passant par la réservation et de la facturation des services (hôtellerie, restauration et voyage), la délivrance de permis de construction des infrastructures d'accueil, de licence d'exploitation, du classement d'établissement, jusqu'aux commissions sur les grands investissements en la matière.

c. La corruption dans la dégradation de l'environnement

Selon les résultats des enquêtes menées en 2005, la corruption qui touche directement le secteur de l'environnement se pratiquerait à tous les échelons de l'administration. Une forte majorité des acteurs concernés semble reconnaître cette ampleur, à l'exception des agents de l'administration des aires protégées⁷⁴⁸. Ces études diagnostiques n'ont pas couvert tous les aspects de l'environnement, par exemple la corruption en relation avec les activités polluantes et le traitement des

⁷⁴⁸ JURECO Etudes et Conseils, *Etat des lieux de la corruption dans le secteur Environnement/Eaux et Forêts, Rapport final*, CSLCC, 2005, p.19

déchets, mais les constatations suffisent pour apprécier l'impact de la corruption sur la qualité de l'environnement à Madagascar. Sans être exhaustif, la corruption se manifeste sous diverses formes et se développent autour des autorisations et permis divers, des opérations d'exportation, de gestion et de contrôle des engagements dans les cahiers des charges en matière d'études d'impacts environnementaux, de gestion et de contrôle des activités ayant des impacts sur l'environnement et des opérations de recouvrement des redevances diverses.

Toutefois, si toutes les composantes de l'environnement restent sous pression, les atteintes liées au phénomène semblent plus visibles sur quelques unes : la forêt, les ressources halieutiques et les espèces protégées.

i. Exploitation forestière illicite favorisée

La gouvernance du secteur forestier de Madagascar est caractérisée par l'abondance des textes législatifs et réglementaires qui le régissent. En elle-même, cette inflation ne traduit pas une prévalence de la corruption au niveau des autorités mais certains indices peuvent attester le contraire. En analysant notamment les textes réglementaires, l'on remarque qu'il existe une certaine fluctuation facilement attribuable à l'influence d'intérêts bien établis. En effet, en matière d'interdiction d'exploitation ou d'importation de bois précieux, bien que la tendance aille finalement à l'interdiction de l'exportation de bois provenant de forêt naturelle⁷⁴⁹, des périodes d'exceptions existent⁷⁵⁰. Ils sont souvent justifiés par l'utilité économique et les doléances des exploitants au détriment de l'objectif de protection. En effet, ces brèves ouvertures serviraient souvent de prétexte pour écouler des produits non concernés par les exceptions qui, tout simplement, deviennent un moyen pour régulariser d'importants lots illicites.

En période d'interdiction, le marché local ne semble pas pour autant accuser un fléchissement de l'offre. En 2006, selon les observations autorisées et contrairement aux attentes, il n'y avait pas eu vraiment de pénurie de bois sur le marché, paradoxe s'expliquant par la recrudescence des produits illicites. La proportion de l'illicite atteindrait 65 % de la totalité des produits sur le marché local⁷⁵¹. Ce volume illicite est visible sur les étalages et les commerçants ne semblent pas opérer dans l'irrégularité. Au niveau international, les saisies successives de containers dans des ports à l'extérieur illustre la tendance au trafic et surtout la porosité du système de contrôle⁷⁵² qui s'explique en majeure partie par des complicités. A ce titre, l'on a pu se rendre compte de l'utilisation d'un seul permis par plusieurs exploitants, notamment forestiers, et aussi l'existence de permis de coupe dans des zones protégées. A cela s'ajoutent les faux et usages de faux pour la minoration des surfaces exploitées et du

⁷⁴⁹ Arrêté interministériel n°10855/2007 disposant que l'exportation à l'état brut et semi-travaillés de bois de forêts naturelles, toutes catégories confondues est interdite

⁷⁵⁰ A titre d'illustration la Note de service n°923/05/MINENVEF/Mi du 05 octobre 2005, pour raison économique et en application des dispositions de l'article 2 de l'Arrêté N°7204/2005 du 20 juin 2005. Par la suite, par un Communiqué N°428-06/MINENVEF/Mi en date du 20 juillet 2006, le ministère de tutelle a fait savoir le départ à l'exportation du dernier container de bois de rose et de bois d'ébène, signalant ainsi la reprise de l'interdiction

⁷⁵¹ ONSEF, *Rapport sur la gouvernance environnementale et forestière*, n° 01 ERF / ONESF - 1S 2007, octobre 2007, p.9

⁷⁵² En mars 2007, 11 conteneurs contenant des bois de rose ont été saisis à l'île Maurice, ONSEF, *op. cit.*, n° 05 ERF / ONESF - 1S 2007, p.15

volume du bois extrait de la forêt ainsi que pour la déclaration des produits à l'exportation⁷⁵³.

Parmi les cas peu nombreux d'interpellation, certaines situations suscitent également des questions dont les réponses n'excluent pas la collusion des autorités compétentes. En premier lieu, l'on ne trouve pas d'explication plausible sur la tendance par les tribunaux de relaxer au bénéfice du doute des personnes mises en cause pour des délits de nature contraventionnelle. L'absence de charges prise comme motif n'aurait pas justifié la traduction devant le juge et n'aurait pas induit à l'utilisation abondante de la procédure de transaction avant jugement.⁷⁵⁴ En second lieu, la procédure transactionnelle, comme en d'autres matières économiques, est marquée par les failles et opportunités de corruption qu'elle contient. Elle est initiée à la demande de l'intéressé et passe par une évaluation du montant à payer qui, au minimum, doit être égal à la valeur sur le marché des produits saisis. Paradoxalement, les agents verbalisateurs sont plutôt enclins à accéder aux demandes de transaction alors qu'ils sont supposés ne pas percevoir de part sur la somme transigée.⁷⁵⁵

ii. Espèces et espaces protégés vulnérabilisés

Outre les mesures incitatives de conservation, Madagascar préserve sa richesse unique en biodiversité⁷⁵⁶ par le biais soit de la protection directe des espèces menacées, soit de la protection particulière des écosystèmes⁷⁵⁷. La première est principalement organisée en conformité des dispositions conventionnelles CITES⁷⁵⁸ et concernent plusieurs dizaines d'espèces. A partir de 2005, le droit national s'est mis en conformité avec cette convention par l'adoption d'une loi sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages et d'un décret d'application⁷⁵⁹. Cependant, les mesures prescrites par ces textes rencontrent des difficultés de mise en oeuvre et laissent ainsi les espèces menacées de distinction à la merci des trafiquants opérant surtout pour le marché international. La part du déficit d'intégrité des acteurs sur ces difficultés reste à déterminer mais la constatation des mécanismes de corruption dans l'initiative et leurs impacts sur les possibilités de prédation témoigne de la vulnérabilité du secteur.

Quant à la seconde défense, le système des aires protégées semblent être privilégiés. En effet, outre la mise en oeuvre depuis 1992 d'un programme national géré par une ONG spécialement dédiée au système⁷⁶⁰, Madagascar vient tout

⁷⁵³ JURECO Etudes et Conseils, *op. cit.*, annexes, pp.52 et s.

⁷⁵⁴ ONESF, *op. cit.*, n° 04 ERF / ONESF - 1S 2007, p.14

⁷⁵⁵ ONESF, *op. cit.*, n° 05 ERF / ONESF - 1S 2007, p.15

⁷⁵⁶ Rakotovo L. H et autres, *Monographie nationale de la biodiversité biologique de Madagascar*, Unité Nationale de la Biodiversité (UNB), 1997, p.7

⁷⁵⁷ Borrini-Feyerabend G. et Dudley N., *Elan Durban...Nouvelles perspectives pour les Aires Protégées à Madagascar*, Version préliminaire, UICN, 2005, p.6

⁷⁵⁸ Madagascar a ratifié la Convention CITES (Convention relative au commerce international de la faune et de la flore menacées d'extinction) le 28 juillet 1975

⁷⁵⁹ Loi n° 2005 - 018 du 17 octobre 2005 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages et Décret n° 2006-097 du 31 janvier 2006, fixant les modalités d'application de la loi sur la CITES. Toutefois, la protection de certains animaux a été déjà organisée par un décret n° 88-243 du 15 Juin 1988

⁷⁶⁰ Le Plan d'Action Environnemental (PAE) est un important programme qui s'étend sur 15 années réparties en 3 phases. Le rôle de l'ONG responsable de la gestion, l'ANGAP (l'Association Nationale pour la Gestion des Aires Protégées est une association de droit privé, créée en 1990 et reconnue d'utilité publique par le décret n°91-592 du 4 décembre 1991), a évolué avec l'avancement du programme :

récemment de s'engager à donner une haute priorité à la biodiversité à travers une nette augmentation de la superficie totale des aires protégées du pays. La surface totale une extension de 1,7 millions d'hectares à 6 millions d'hectares, portant le niveau de protection jusqu'à 10% de la surface totale du pays⁷⁶¹. Cette démarche est supportée par un cadre juridique assez élaborée est caractérisée par l'extrême sévérité des incriminations. A titre d'illustration, la loi n° 2001/05 portant Code de gestion des aires protégées (COAP) prévoit en son article 44, outre les atteintes listées et qualifiées de crime, constitue également un crime toute infraction commise dans une Réserve Naturelle Intégrale⁷⁶² ou dans le périmètre d'un noyau dur⁷⁶³ de toute autre aire protégée.⁷⁶⁴ Cette sévérité est sans doute à l'origine de l'hésitation, non moins illégale, dans l'application effective de cette loi. Mais, le rôle de la corruption ne peut être négligée également puisque, on le sait, elle s'accommode facilement des lacunes.

A titre d'illustration, les observateurs s'interrogent tout d'abord sur le très peu de cas de délits verbalisés et notamment ceux constatés par les agents forestiers, les premiers responsables. En effet, de 2002 à 2006, 17 cas de infractions contre les aires protégées recensées dans la région Boeny dont la majeure partie, environ 70% sont verbalisés par les forces de l'ordre et le reste, soit 30 %, par les agents forestiers. Bien que le non d'incrimination des faits d'intrusion dans les aires protégées soit évoquée comme la source des impunités, à cause sans doute des difficultés de preuve pour les autres infractions, l'on ne peut uniquement imputer à cela ce taux insignifiant de constatation. Il est vrai que l'enclin des tribunaux à relaxer au bénéfice de doute les délits constatés peut décourager les agents verbalisateurs. Plus grave encore, il peut surtout favoriser les transactions informelles aux fins de ne pas verbaliser ou de transmettre des dossiers inexploitable pour les tribunaux.⁷⁶⁵

Le trafic de tortues permet de voir à quel point les espèces protégées font l'objet de prélèvement illicite en alimentant la filière internationale. Les tortues terrestres malgaches renferment 5 espèces dont 4 sont endémiques et 1 introduite d'Afrique, le *Kinixys belliana* maintenant adaptée dans le Nord-Ouest. Parmi les 4 espèces

elle était chargée en *Phase I ou PE I* - De 1992 à 1996 - de la coordination des activités dans l'élaboration du Programme des Aires Protégées (PAP) ; en *Phase II ou PE II* - De 1997 à 2001 - de la gestion directe du réseau des aires protégées, suivant les termes de la loi programme n° 97-012 du 6 juin 1997 modifiant certaines dispositions de la loi n° 90-033 du 21 décembre 1990 portant Charte de l'Environnement ; et en *Phase III ou PE III* - de 2002 à 2006 - de poursuivre en vitesse de croisière les activités du programme.

⁷⁶¹ Borrini-Feyerabend G. et Dudley N., *loc. cit.*

⁷⁶² Une Réserve Naturelle Intégrale désigne une aire représentative d'un écosystème particulier dont le but est de protéger la flore et la faune dans un certain périmètre. Elle est placée sous le contrôle de l'Etat et ses limites ne peuvent être changées, ni aucune de sa partie aliénée, sauf par l'autorité compétente. (Article 3 alinéa 2 de la loi COAP)

⁷⁶³ Le noyau dur est une zone sanctuaire d'intérêt biologique, culturel ou culturel, historique, esthétique, morphologique et archéologique, qui représente le périmètre de préservation intégrale. Il peut, dès lors, être institué au sein des catégories d'aires protégées suscitées. (Article 6 alinéa 1 de la loi COAP)

⁷⁶⁴ Constituent des infractions en sens du dernier alinéa de l'article 44 toutes actions ou omissions portant atteinte à l'intégrité du patrimoine naturel ou culturel protégé dans le cadre de cette Loi, notamment les atteintes irréparables au milieu protégé, les comportements perturbateurs, les comportements incompatibles avec la vie naturelle. Constituent également des actes répréhensibles les infractions prévues par les autres législations et réglementations en la matière, notamment forestière, cynégétique, minière, halieutique et en matière de pêche, commises dans les aires protégées. (Article 43 de la Loi COAP).

Elles sont punies d'une peine de travaux forcés de cinq (5) à vingt (20) ans et d'une amende de cinq millions (5 000 000) à un milliard (1 000 000 000) de FMG, sans préjudice des indemnités et dommages-intérêts que le tribunal peut toujours prononcer au bénéfice des parties civiles. (Article 61)

⁷⁶⁵ ONESF, *op. cit.*, n° 01 BICI / ONESF-1S 2007, pp.22-23

endémiques, *Geochelone yniphora* localisée dans la région de Soalala est la plus menacée et le nombre de survivants est estimé entre 100 et 400. Elle est inscrite à l'annexe I de la CITES. La 2ème espèce *Geochelone radiata* inféodée dans le désert épineux du Sud également en voie de raréfaction a disparu au voisinage de Tuléar et de Fort Dauphin. Elle est également inscrite à l'annexe I du CITES.⁷⁶⁶ Les rares données sur le nombre de tortues saisies périodiquement lors des contrôles peuvent donner une indication sur l'importance de ces prélèvements dans les écosystèmes.⁷⁶⁷ Les actions préconisées pour contrecarrer ce trafic amène à conclure l'existence de maillon faible dans le système de protection. En effet, la plupart des points d'amélioration proposés vise à minimiser la vulnérabilité au niveau de la surveillance, verticale ou horizontale. L'on a suggéré l'intensification du contrôle par les citoyens, l'instauration d'un système d'indemnisation des contrôleurs, l'identification des éleveurs bovins dans le parc pour leur y interdire l'accès, surtout à partir du mois d'octobre jusqu'au mois de mai, et l'application effective des *Dina*.⁷⁶⁸

iii. Pillage facilité des ressources halieutiques

Au niveau des ressources halieutiques, l'envergure des activités détermine les manifestations de la corruption. Pour les collecteurs, les mareyeurs et les petits pêcheurs, la corruption est presque toujours en relation directe avec la fermeture et l'ouverture des saisons de pêche. A ce niveau, liée à la difficulté et la méconnaissance de la constitution ainsi que l'élaboration des dossiers, les malversations visent à l'obtention des autorisations de l'exercice des activités de pêche et d'aquaculture. Au niveau des grands opérateurs, elles visent à obtenir la complicité des agents publics dans la manipulation des données économiques et statistiques utiles pour le renouvellement des autorisations, le calcul des redevances, la couverture des violations des zones de pêche et autres infractions constatées, la minoration des valeurs de capture et le traitement de faveur pour faire face au délai de procédure d'obtention de permis environnemental⁷⁶⁹.

L'on ressent également la faiblesse au niveau de la surveillance, aggravée par l'étendue de l'espace maritime et la rareté des moyens. Tout récemment, il a été annoncé que la perte des ressources à cause de la pêche frauduleuse est estimée à 750 millions d'euros dollars par an. L'ampleur du désastre laisse perplexe lorsqu'on sait que le budget annuel de l'Etat pour 2008 se chiffre à plus de 1,2 milliards d'euros et que l'investissement pour une bonne surveillance peut être compensée en un seul exercice. Quelque soit la précision au niveau du montant de la perte, l'on ne peut concevoir une fuite de telle ampleur sans des collusions et complicités au niveau non seulement des instances de décisions nationales mais aussi des puissants pays ayant des accords de pêches avec Madagascar.⁷⁷⁰ Quoi qu'il en soit, la filière réglementaire n'aurait pas pu longtemps supporter la concurrence d'une filière parallèle d'une importance pareille.

⁷⁶⁶ Rakotovoao L. H et autres, *op. cit.*, p.60

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p.13

⁷⁶⁸ Trafic de tortue : un réseau à démanteler, N° 01 BICI / ONESF-1S 2007, pp.22-23

⁷⁶⁹ SAGE, *État des lieux de la corruption: secteur pêches, rapport final*, CSLCC, 2005, p.42 à 47

⁷⁷⁰ Volana R., Pêche : Un secteur de priorité au développement, *Madagascar Tribune*, lundi 12 novembre 2007, <http://www.madagascar-tribune.com>

Si la corruption a pu avoir une telle ampleur c'est que, sans aucun doute, l'intégrité, sa valeur antinomique, n'était pas en mesure d'immuniser les institutions et la société. A certains égards, elle a cédé à cause d'une protection pénale inappropriée.

SECTION 2- REPOSE PENALE INAPPROPRIEE

Les pratiques qui viennent d'être décrites dans la section précédente ont prospéré en à cause du niveau d'encadrement offert par le droit pénal. Ce dernier est resté à un stade ou rythme d'évolution où la valeur intégrité n'a pas pu obtenir protection satisfaisante face à la prolifération des phénomènes de corruption (A). Des tentatives de renforcement spéciales de la répression ont cependant été notées afin de pallier à cette insuffisance (B).

A. ENCADREMENT PENAL STAGNANT

Le droit pénal a presque cessé d'évoluer en dépit de l'ampleur des phénomènes de corruption, ce qui résultait à une situation de non droit à l'égard de certains comportements portant atteintes à l'intégrité. Toutefois, des timides avancées ont été notées dans d'autres domaines.

I. LES COMPORTEMENTS NON ENCADRES

L'inadéquation de l'outil pénal peut en partie expliquer la banalisation de certains comportements corruptifs déjà incriminés mais elle a aussi favorisé l'émergence de nouveaux autres répréhensibles. Si la première situation est en rapport avec la mise en effectivité des normes, la seconde a trait leur exigüité. A cet égard, les nouveaux comportements contraires à l'intégrité, qui sont en constante évolution avec les moeurs et la technologie, se trouvaient alors non encadrés par les incriminations existantes.

1- Incriminations anachroniques

Les incriminations du droit pénal, restées au stade de la définition étroite de la corruption, ne correspondaient plus à la réalité malgré un certain élargissement, encore insuffisante, de la conception.

a. Une définition trop étroite

Il apparaît que la définition très étroite de la corruption, comprise comme l'action de donner quelque chose à une personne détenteur de pouvoir ou d'une influence afin qu'elle en abuse et agit en faveur du donateur, n'arrive plus à cerner tous les comportements contraires à l'intégrité. De ce qui précède, ces derniers s'étaient outrageusement développés pendant plus de trois décennies après l'Indépendance. Même au départ, cette définition parcellaire paraissait déjà être en rupture ou insuffisante par rapport à l'étymologie même du terme. Le mot corruption, aussi dérivé du verbe latin *corruptus* qui veut dire «rompre», symboliserait d'une manière

très large la rupture des valeurs éthiques et morales, de systèmes et institutions de gouvernance, de traditions sociétales et de comportements humains⁷⁷¹.

La définition classique repose en grande partie sur le critère pacte corrupteur qui suppose la présence au moins de deux protagonistes. En effet, les deux incriminations majeures contre les phénomènes de prévarication que sont la corruption active ou passive ainsi que le trafic d'influence nécessitent un pacte pour leur parfaite commission. Il en résulte que des incriminations qui détériorent les valeurs éthiques comme le détournement de biens publics n'entreraient pas dans cette définition. Il en irait de même pour les différentes utilisations abusives du pouvoir ou de l'autorité à des fins personnelles. Certes, il est vrai que ce critère conventionnel n'est plus déterminant lorsque les volets actif et passif des incriminations suscitées étaient devenus des infractions autonomes. Cependant, la présence de plus d'un protagoniste reste encore un critère utile étant donné qu'un acte préparatoire mettant en condition la commission de l'infraction ne saurait être qualifié de phénomènes corruptifs. Par exemple, le fait par un agent public de créer volontairement des occasions de corruption, tels que la « complexisation » de procédures à visée concussionnaire, n'est certainement pas qualifiable ni de concussion, ni de corruption passive et ni *a fortiori* de tentative qui légalement n'existe pas.

b. Une définition insuffisamment élargie

Le droit pénal hérité de la colonisation a timidement essayé de se défaire de cette définition en incriminant d'autres comportements anti-éthiques mais ne nécessitant pas la présence de plusieurs acteurs. C'est ainsi que les différentes prises d'avantages ou d'emplois illégitimes sont incriminées, lesquelles dans le schéma le plus simple ne mettent en présence que l'agent ou l'autorité publique en faute. De la même façon, en raison de la précision un peu trop poussée des termes de l'article 177, celui-ci (ce droit pénal) ne permet pas de poursuivre la corruption mettant en cause en tant que protagoniste passif des personnes non comprises dans la liste⁷⁷².

En effet, cette exigüité permet, sur deux cotés, le débordement en matière de compétence personnelle. D'un côté, les agissements légalement prohibés apparaissent trop sectoriels en ayant occulté la majeure partie des phénomènes de corruption dans le secteur privé et la société civile. En effet, les dispositions de l'article 177 du code pénal et celles sur les abus de confiance semblent ne pas cerner les malversations au sein des entreprises privées et les professions libérales. Seule la corruption passive des salariés est réprimée tandis que les ententes illicites entre dirigeants d'entreprise ou d'actionnaires dans un but contraire à l'intégrité ne sont pas concernées, comme l'exemple des ententes entre soumissionnaires d'une commande publique vu précédemment⁷⁷³. De l'autre, les personnes mêmes incluses statutairement dans les dites catégories, mais ne relevant pas de la souveraineté malagasy, échappent à l'emprise de incriminations classiques. Il est clair que la corruption active, ayant comme protagoniste passif une personne investie de l'autorité

⁷⁷¹ Ogunjobi B., *op. cit.*

⁷⁷² Personne investie d'un mandat électif, fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, militaire ou assimilé, agent ou préposé d'une administration publique, ou d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique, citoyen chargé d'un ministère de service public, arbitre, expert judiciaire, médecin, chirurgien, dentiste et sage-femme.

⁷⁷³ Voir supra, pp.176 et s.

publique étrangère ou un agent des organisations internationales, n'est pas couverte par les dispositions de l'article susvisé.

Comme souvent et heureusement, l'opinion publique et la doctrine précèdent le pas au législateur et au praticien, en ayant caricaturé les comportements qui mériteraient d'être punis. A titre de rappel, des définitions plus englobantes apparaissaient dans la littérature au début des années 90. Elles reposent sur au moins deux critères qui ne s'embarrassent plus ni de la position statutaire ni du nombre des protagonistes. Il s'agit de l'abus d'une position statutaire généralement nantie d'un pouvoir et un avantage personnel non dû. La corruption, doit-on le rappeler, a aussi été défini comme l'abus des services publics à des fins d'enrichissement personnel⁷⁷⁴. Cette définition s'étend actuellement de diverses manières pour intégrer l'abus de toutes les fonctions de confiance pour le profit personnel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, ou encore dans la société civile et les organisations internationales.

La corruption finissait ainsi par être stigmatisée sous diverses formes et engloberait notamment le détournement de fonds publics, le vol ou l'utilisation illicite des biens publics, le paiement des pots-de-vin aux responsables en vue d'obtenir des faveurs, la conquête des pouvoirs publics et des structures de réglementation par secteur privé, et le paiement de pots-de-vin en vue d'influencer les décisions relatives à la passation des marchés⁷⁷⁵. L'analyse des états des lieux en matière de corruption permet de mettre en évidence les formes les plus multiples de la corruption et révèle l'insuffisance du droit pénal hérité de la colonisation pour le contenir.

Les opportunités offertes par les opérations de décentralisation mal engagées, à la politisation de l'Administration et aux mauvais choix économiques ont généralisé les pratiques néfastes à l'intégrité. On peut citer à titre de rappel les grandes activités telles que les marchés publics, la gestion des ressources domaniaux, le financement des organisations politiques et des campagnes électorales, la gestion des ressources humaines, le commerce international, l'exploitation des ressources naturelles et minières, la gestion des finances publiques, etc. Les pratiques s'étaient lentement incrustées dans les mœurs et non plus perçues comme répréhensibles de façon à générer des comportements autres que le premier législateur malagasy avait prévus.

2- Typologie des nouveaux agissements contraires à l'intégrité

Ce document ne saurait recenser les nombreuses formes de prévarications ayant eu cours pendant plus de trois décennies post indépendance, vu la capacité d'imagination de leurs auteurs. Il en faudrait seulement effectuer un essai de regroupement par similitude du mode opératoire. Cela facilitera l'analyse de la réponse ultérieure du législateur anti-corruption.

a. Utilisation d'un statut à crédit à des fins personnelles

Il s'agit tout d'abord de l'usage de l'influence qu'octroie une position statutaire ou sociale pour obtenir des avantages personnels indus. Dans ce cas, l'influence n'est pas monnayée par son détenteur pour faire bénéficier un tiers demandeur d'une décision favorable auprès d'une autorité. Elle est seulement utilisée pour obtenir des

⁷⁷⁴ Gray C. W. et Kaufmann D., *op. cit.*, p.7

⁷⁷⁵ Ogunjobi B., *op. cit.*

gains ou faveurs personnels. L'influenceur intéressé peut être une personnalité aussi bien du secteur public que du milieu privé ou libéral. Il s'agit par exemple d'un parlementaire qui use de sa fonction pour influencer indûment le cours d'une procédure judiciaire. Cette autorité agit soit directement auprès du magistrat en charge du dossier ou par le biais des autorités judiciaires hiérarchiquement supérieures. Dans ce cas, l'influencé agit soit par autosubordination qui a trait à sa personnalité soit sous les menaces qui pèsent sur sa carrière, au vu des précédents victimes.

Cette pratique très courante est vulgairement connue sous l'appellation d' « intervention » qui sur certains aspects se reconnaît sous la qualification de trafic d'influence lorsqu'elle est faite en faveur d'un tiers. On peut citer les cas des autorités policières ou judiciaires qui utilisent leurs crédits afin de bénéficier de la gratuité dans la vie quotidienne ou administrative. Le comportement exclut l'usage de la contrainte qui ramène le comportement dans la sphère d'abus d'autorité ou de l'extorsion. En effet, les « donateurs » s'exécutent spontanément pour se prémunir contre des éventuelles représailles ou s'assurer des bienveillances futures de la part de l'autorité. C'est le cas par exemple des policiers qui font la police de circulation sur les axes routiers importants et qui font transporter des voyageurs gratuitement par les transporteurs ou des véhicules particuliers, avec ou sans contrepartie perçue des dits voyageurs. Ces gratuités indues sont aussi offertes lors des missions effectuées par ces autorités, notamment concernant l'hébergement, la nourriture, le transport et même le cuissage. Les indemnités ou *per diem* deviennent ainsi des plus values pour arrondir le mois ou acheter des « voandàlana »⁷⁷⁶.

Ces utilisations abusives de l'influence pourraient ne pas aller à l'encontre des principes constitutionnels, législatifs ou réglementaires dans certains cas en dehors de la justice, tels que l'accélération de procédures administratives anormalement lentes ou la protection contre les pratiques administratives corrompues. Ils vont néanmoins à l'encontre des principes d'égalité devant la distribution du service public et de la non confusion des intérêts privés et publics dans la conduite des affaires nationales et de l'Administration publique, lorsque les procédures légales ou réglementaires ne sont pas suivies pour effectuer les interpellations. Comme vu précédemment, dans l'enseignement, les instituteurs ou professeurs donnent le minimum de savoir pendant les heures de cours normales pour ensuite proposer des cours particuliers pour ceux qui veulent bien réussir. L'influence provient du fait que les élèves ou étudiants qui ne suivent pas les cours particuliers qu'ils donnent sont susceptibles de ne pas obtenir, outre le savoir normalement dû, des faveurs dans la notation quotidienne ou en fin d'année scolaire.

Ces pratiques se distinguent aisément du trafic d'influence du fait que l'usage de l'influence n'attend pas une contrepartie d'un tiers et qu'elle ne s'exercerait exclusivement pas sur les personnes de la fonction publique, quand bien même le détenteur de l'influence reçoit un avantage quelconque. Ainsi, il est des cas en matière électorale où les candidats promettent ou octroient des avantages matériels aux chefs traditionnels pour user de leur influence afin de donner une consigne de vote aux sujets en sa faveur.

⁷⁷⁶ Litt. signifie les fruits de la route mais en fait ce sont des souvenirs de voyage, plus souvent des produits spécifiques de la région visitée, offerts aux membres de la famille ou aux proches connaissances. C'est une pratique bien enracinée dans les mœurs au point de devenir une coutume

b. Détournement de la charge publique à des fins particuliers

Il s'agit dans beaucoup de cas de l'utilisation du statut pour servir des intérêts particuliers autres que ceux décrits plus haut. Le bénéficiaire de l'abus ne serait plus directement son détenteur mais autrui sans qu'il y ait directement une contrepartie quelconque. Il s'agit de faire bénéficier autrui des ressources publiques soit par des critères subjectives et non conforme aux principes de gestion rationnelle et appropriée des affaires publiques. Ces pratiques reçoivent une appellation courante telle que copinage, népotisme, favoritisme et autre sans que le droit pénal n'ait pu s'en occuper sérieusement.

On les rencontre couramment dans l'octroi des marchés publics, le recrutement des agents publics, les procédures judiciaires et le recouvrement des impôts et taxes. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire fait partie de la procédure entachée de corruption, comme le cas des personnes morales tel que parti politique dont la caisse est alimentée par les produits d'un marché public indûment attribué. Cette pratique est largement pratiquée dans la sphère politique où la désignation des responsables aux postes clés à incidence ou caractère politique semble apparaître comme acceptable. Il serait cependant contraire à l'intégrité dans les affaires de l'Administration publique dans lesquelles les intérêts généraux doivent primer.

Il arrive logiquement que de telles pratiques enfreignent la législation ou les règlements en vigueur tels que le détournement et la violation des procédures. On les rencontre souvent dans la gestion des ressources humaines, financières et matérielles de l'Administration. L'illustration parfaite de ce comportement consiste par exemple à faire placer les copains, membres de la famille et les camarades de parti susceptibles de rendre l'ascenseur dans les postes clés de l'Administration. En fin de compte, le statut est usité en tant que sésame qui ouvre toutes les issues vers le contrôle des ressources publiques.

Enfin, les détenteurs de l'autorité, formelle ou non, abusent de leur avantage pour faire adopter des normes à portée générale au service d'intérêts privées, personnelles ou particulières. Ces pratiques courantes des petites collectivités et aussi des hautes instances décisionnelles étatiques s'apparentent à ce que certains auteurs définissent comme la capture de l'Etat⁷⁷⁷. Il est évident que le droit peut paraître d'emblée hors jeu face à une telle utilisation du pouvoir. Cependant, outre les mécanismes institutionnels de contrôle d'opportunité, il n'est pas du moins inconcevable de pouvoir scruter les relations d'intérêts entre les bénéficiaires et un législateur complaisant.

Face à cette avancée insoutenable de la corruption tant en quantité qu'en qualité, le législateur s'est manifesté sur le plan des incriminations et de la responsabilité, même timidement.

⁷⁷⁷ V. supra, p.16

II. LES TIMIDES AVANCEES

Sans avoir pu constamment remettre à niveau le code pénal⁷⁷⁸, le législateur s'était attelé à accompagner de mesures anti-corruption les secteurs sensibles, tel que le système électoral et les opérations douanières.

1- Encadrement du système électoral

Un auteur américain a écrit : « Lorsque les élections sont corrompues et arbitraires, il s'ensuit inévitablement un gouvernement corrompu. Déraciner la corruption du processus électoral et traduire les coupables devant les tribunaux sûrement et rapidement est une priorité importante dans l'application de la loi nationale »⁷⁷⁹. Une telle assertion résume bien l'importance de protéger les consultations populaires des phénomènes de corruption, de les rendre libres et justes. Paradoxalement, afin de parvenir à ces objectifs primordiaux d'une démocratie électoral, le législateur a essayé de tout prévoir en rendant les textes plus complexes et même source de différends et de conflits dans leur application. Généralement, en ce qui concerne la protection du processus des phénomènes de corruption, les incriminations s'articulent autour de la campagne électorale et des opérations de vote. Avant de les analyser, il convient dès l'abord de les situer dans l'ensemble de la législation électorale.

a. Considérations générales

Comme décrite plus haut, la corruption dans le système politique⁷⁸⁰ résulte en majeure partie des failles dans le système électoral. Le législateur s'est efforcé de règlementer d'une manière générale toutes les élections, dont les dispositions se trouvent dans le code électoral⁷⁸¹, et aussi chaque catégorie de consultation, par le biais de lois ou règlements particuliers⁷⁸². Ces cadres juridiques, pour leur

⁷⁷⁸ Les refontes des dispositions pénales de la législation électorale ont toutefois abrogé certains articles du code pénal, notamment les articles 109 à 113.

⁷⁷⁹ Donsanto C., *The Federal Crime of Election Fraud*, Department of Justice, criminal division, Public integrity section, 1996, p.1

⁷⁸⁰ La corruption politique est l'abus de pouvoir par les dirigeants politiques à des fins personnelles, dans le but d'augmenter leur pouvoir ou leurs richesses. La corruption politique n'implique pas forcément que de l'argent passe d'une main à l'autre. Elle peut prendre la forme d'un trafic d'influence ou d'octroi de passe-droits qui empoisonnent la vie politique et menacent la démocratie. Hodess R., Introduction, *Rapport mondial sur la corruption 2004*, TI, Éditions Karthala, 2004, p.13

⁷⁸¹ L'ordonnance modifiée n° 92-041 du 2 octobre 1992 portant Code électoral ; Loi Organique n° 2000-014 du 24 août 2000 portant Code électoral (*J.O.* n° 2657 E.S. du 28.08.2000, p. 2988 et n° 2659 E.S. du 04.09.2000, p. 2909).

⁷⁸² Notamment les Loi n° 95 - 040 du 4 mars 1996 complétant les dispositions de la loi n° 94 - 006 du 26 avril 1995 relative aux élections territoriales (*J.O.* n° 2355 du 25.03.96, p. 923 et 935) ; Ordonnance n° 2001-002 du 31 août 2001 portant loi organique relative à l'élection du Président de la République (*J.O.* n° 2730 E.S. du 06.09.2001, p. 2199) ; Circulaire n° 03839-MI/SG/DAT/AP/ELECT DU 4 septembre 2001 (*J.O.* n° 2730 E.S. du 04.09.2001, p. 2225) relative à Organisation de l'élection du Président de la République; décret N° 2001-768 DU 3 septembre 2001 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République (*J.O.* n° 2730 du 04.09.2001, p. 2208) ; décret N° 2001-769 DU 3 septembre 2001 fixant les conditions d'application des dispositions de l'ordonnance n° 2001-002 du 31 août 2001 portant loi organique relative à l'élection du Président de la République (*J.O.* n° 2730 E.S. du 04.09.2001, p. 2209) ; décret N° 2001-770 DU 3 septembre 2001 fixant le modèle de certaines pièces à fournir par tout candidat aux élections présidentielles (*J.O.* n° 2730 E.S. du 04.09.2001, p. 2220) ; Décret n° 2001-771 du 3 septembre 2001 fixant les sièges des commissions de recensement

renforcement, sont accompagnés de dispositions pénales qui sanctionnent la violation des normes électorales fondamentales. Il faut dire que, en ce qui concerne les dispositions anti-corrupcions électorales, elles n'ont cependant pas empêché la prolifération des actes contraires à l'intégrité pendant les différentes élections.

D'une manière générale, les actes illégaux susceptibles d'être commis au cours d'un processus électoral peuvent être classés dans deux grandes catégories. D'une part, les infractions spécifiquement électorales qui portent atteinte aux éléments essentiels du processus électoral et d'autre part, celles qui, bien que commises dans le but d'entraver le processus électoral, sont des infractions de droit commun. Les infractions de la première catégorie ont été définies comme une conduite qui viole une disposition légale directement reliée au processus électoral : la constitution des bureaux de vote, le dépouillement, l'annonce des résultats réels obtenus par chaque candidat, etc. Ces infractions n'ont pas de statut spécial en ce qu'elles n'ont pas à être jugées par un tribunal spécial et elles ne protègent pas certaines personnes dépositaires d'autorités particulières⁷⁸³.

En droit malagasy, les infractions relatives au processus électoral ont été incriminées et dans les divers textes électoraux et dans le code pénal. Avec l'avènement du nouveau code électoral de 2000, celles contenues dans le code pénal ont été abrogées et remplacée par celles devenues ainsi des infractions particulières⁷⁸⁴. Il convient de noter que cette loi apporte des améliorations à la partie consacrée aux dispositions pénales afin de leur assurer une meilleure effectivité. Cependant, ces infractions restent-elles de la compétence du tribunal répressif de droit commun et ne visent aucune catégorie spéciale de personne⁷⁸⁵. De l'analyse de ces infractions électorales, on peut distinguer celles qui protègent les opérations électorales des actes corruptifs, bref l'intégrité de la consultation populaire de celles qui garantissent le bon déroulement des opérations matérielles de vote. On s'intéressera plus aux premières qui se rapportent soit aux campagnes électoraux soit aux opérations de vote.

b. Les infractions de campagnes

On a pu considérer que la corruption et les abus liés au financement des élections et des partis politiques sont actuellement parmi les plus dangereux parmi les diverses atteintes à la démocratie⁷⁸⁶. C'est sans doute ce qui amené plusieurs pays de réglementer au plus stricte les campagnes électorales. Celles-ci peuvent se définir comme la période qui précède une élection et durant laquelle les partis politique et les candidats « font campagne ». C'est-à-dire, lorsqu'ils font leur propre promotion dans le but de récolter le plus grand nombre de voix possible. A Madagascar, la

matériel des votes pour l'élection du Président de la République (*J.O.* n° 2730 E.S. du 04.09.2001, p. 2224) ; Décret n° 2001-778 du 5 septembre 2001 portant convocation en session extraordinaire du Conseil national électoral dans le cadre de l'élection du Président de la République (*J.O.* n° 2731 du 05.09.2001, p. 2262) ; Décret n° 2001-779 du 5 septembre 2001 portant délégation de pouvoirs au Ministre de l'Intérieur ; décret N° 92-895 du 2 octobre 1992 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement du conseil national Electoral (CNE) (*J.O.* du 5 octobre 1992, page 2346)

⁷⁸³ Santolaya P. and Iñiguez D., *Sanctions pour des infractions électorales*, 1997,

<http://www.aceproject.org/main/francais/lf/lfd10.htm>

⁷⁸⁴ Loi Organique N° 2000-014 Du 24 août 2000 portant Code électoral (*J.O.* n° 2657 E.S. du 28.08.2000, p. 2988 et n° 2659 E.S. du 04.09.2000, p. 2909), dispositions finales 3° abroge les articles 109 à 113 du Code pénal.

⁷⁸⁵ La principale innovation du code de 2000 est l'instauration d'un partage du contentieux électoral entre la HCC, le Conseil d'Etat et le tribunal administratif et financier

⁷⁸⁶ Pinto-Duschinsky M., *Effective Reform in Campaign Finance*, *Elections Today*, Vol. 8, n° 2, IFES, p. 4

protection des campagnes électorales contre toute forme de prévarications semble avoir focalisé l'attention du législateur électoral, vu la variété des incriminations et la sévérité des peines encourues.

Les incriminations sont relatives au financement des campagnes en vue d'une meilleure égalité de chances des candidats et de la prévention du « sponsoring investissement ». Il s'agit dans une série d'incriminations de réprimer toute utilisation d'une manifestation officielle, d'une position publique ou des moyens de l'Etat pour les besoins d'une campagne électorale. Cette instrumentalisation avantage le cas échéant les candidats fonctionnaires ou autorités ayant ascendance sur l'administration publique.

La loi pose d'abord dans plusieurs dispositions des interdictions dont la violation est sanctionnée par un article de renvoi⁷⁸⁷. En premier lieu, il est ainsi interdit de procéder à toute inauguration officielle pendant la durée d'une campagne électorale⁷⁸⁸. L'interdiction passe de tout commentaire puisque l'objectif est de ne pas permettre aux autorités publiques de profiter des manifestations officielles ou de les utiliser à des fins de propagande. En effet, les dépenses lors des cérémonies d'inauguration sont entièrement supportées par le budget de l'Etat et la présence de nombreux notables, fonctionnaires et autres autorités est assurée. L'esprit des textes sur les interdictions peut cependant être aisément contournée, en jouant sur la durée de la campagne. Celle-ci est fixée par les lois relatives à chaque élection, par exemple elle est de 21 jours pour celle du Président de la République⁷⁸⁹. D'une manière générale, elles sont assez courtes pour permettre une campagne en profondeur axée sur des débats d'idées et couvrant relativement l'ensemble des électeurs sur un territoire assez vaste. Par ailleurs et souvent, la date des élections coïncide étrangement avec la période de pluies, ce qui laisse plusieurs régions difficilement accessibles sauf avec des gros moyens. Quoi qu'il en soit, les actes interdits pendant les campagnes sont intensifiés pendant les courtes périodes de pré-campagnes.

En second lieu, l'interdiction concerne tout fonctionnaire d'autorité civile ou militaire lorsqu'il s'agit de faire de la propagande en vue de voter pour une option, un candidat ou une liste de candidats⁷⁹⁰. Cette interdiction est curieusement reprise à quelques mots près par l'alinéa 3 de l'article 133 du même code qui punit tout fonctionnaire d'autorité, civile ou militaire, faisant de la propagande pour le compte d'une option, d'un candidat ou d'une liste d'un candidat. On pourrait se demander sur la raison de cette reprise apparente lorsque l'on note tout simplement une légère différence d'ordre sémantique. Il convient cependant de rester prudent sur la similitude lorsque on constate une différence entre les peines encourues pour chaque violation. La violation de l'article 37 est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500.000 à 5.000.000 FMG ou de l'une de ces deux peines seulement. Tandis qu'une infraction à l'article 133 est plus sévèrement punie, soit emprisonnement de un à cinq ans et amende de 144.000 à 1.440.000 Fmg. Logiquement, il doit bien s'agir de deux incriminations foncièrement différentes dont il faudra mettre en évidence les éléments matériels respectifs en vue de bien les distinguer.

⁷⁸⁷ Article 127 du code électoral

⁷⁸⁸ Article 37 alinéa 1^{er} du code électoral

⁷⁸⁹ Article 33 du code électoral, Conseil National Electoral, Annotations de la loi organique n° 2000-014 du 24 août 2000 portant code électoral, mars 2005, pp.25 et 26

⁷⁹⁰ Article 37 alinéa 2 du code électoral, CNE, *op. cit.*, p.27

Si l'on se fie aux annotations du code électoral⁷⁹¹, l'interdiction de l'article 37 porte sur le fait de la part des autorités d'exercer une pression morale constituant des contraintes entraînant une entrave à la liberté et à la sincérité de vote. La différence fondamentale entre les deux incriminations résiderait ainsi sur le comportement de la personne visée qu'est le fonctionnaire d'autorité. Il est plus précis dans l'article 37 en ce qu'il consiste clairement en une consigne autoritaire de vote tandis que l'article 133 devrait viser les comportements autres que l'instruction. Ainsi, il a été jugé que le fait pour un chef de province d'avertir les électeurs qu'une seule catégorie de bulletin pouvait être choisie constituerait une contrainte morale violant l'interdiction précitée⁷⁹². Même dans cette optique, la confusion devient de plus en plus déconcertante puisque la répression de la contrainte et de l'abus de pouvoir en vue d'influencer le vote est aussi prévue par l'article 133 al 2 du même code⁷⁹³. Il convient de noter que la violence dans l'usage de la contrainte et de l'abus de pouvoir devient une circonstance aggravante portant les peines d'emprisonnement au double⁷⁹⁴.

En toute évidence, les actes de propagande ne sauraient se résumer uniquement aux contraintes puisqu'il consisterait en une tentative délibérée d'influencer des attitudes et des croyances pour promouvoir sa cause ou porter dommage à la cause d'un adversaire⁷⁹⁵. Elle est organisée en vue de répandre certaines idées (politiques surtout), de les faire admettre par l'opinion publique, celle de l'électorat en matière de propagande électorale. Ainsi, faire de la propagande pour le compte d'une option par exemple peut se manifester par des actes de publicité plutôt incitative que contraignante. On peut à titre d'illustration donner des faveurs indues à ceux qui affichent publiquement leur préférence à l'endroit de l'option à promouvoir. Cependant, le doute persiste lorsqu'on constate que la propagande contraignante est moins sévèrement punie que celle incitative, dénuée de toute pression morale, ce qui paraît contraire à la logique répressive.

D'autres précisions sont apportées par l'article 50 du même code quant aux actes prohibés de la part des fonctionnaires d'autorité⁷⁹⁶ pendant les campagnes électorales. Il s'agit d'une interdiction de distribuer, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de celles-ci, des bulletins de vote, professions de foi et circulaires, pour le compte d'une option, d'un candidat ou d'une liste de candidats. Il convient de noter également que cette précision tient seulement lorsque les fonctionnaires ne sont pas candidats eux-mêmes. Est-ce à déduire *a contrario* que les interdictions des articles 37 et 133 ne subsistent que si les fonctionnaires sont candidats ? On ne saurait trop affirmer, les exemples de l'annotation montrent tous des fonctionnaires non candidats.

L'interdiction de contribution aux campagnes électorales ne concerne uniquement pas les personnes physiques revêtues de l'autorité publique. Elle intéresse également les personnes morales de droit public ou de droit privé dont une partie du capital appartient à une ou plusieurs des premières. Sur ce plan, la

⁷⁹¹ CNE, *Annotations de la loi organique n° 2000-014 du 24 août 2000 portant code électoral (CE annoté)*, mars 2005, p.38

⁷⁹² S'agissant d'une décision de la juridiction administrative chargée du contentieux électoral, il convient de se demander si son avis lierait ou du moins influencerait positivement la décision d'une juridiction répressive en la matière.

⁷⁹³ Seront punis des mêmes peines, ceux qui auront usé de contrainte ou abusé de leur pouvoir dans le but d'influencer ou de modifier le choix d'un ou de plusieurs citoyens.

⁷⁹⁴ Article 134 CE

⁷⁹⁵ Thesaurus 1991 de POPLINE ; <http://db.jhuccp.org/ics-wpd/popweb/Thesaurus/>

⁷⁹⁶ Les fonctionnaires d'autorité définis en Conseil du gouvernement selon l'article 5 du code électoral sont

prohibition est plutôt restrictive puisqu'elle semble ne toucher que les dons en vue du financement d'une campagne. Il est permis ainsi de se demander du sort des prêts ou usage locative notamment par les entreprises privées à participation publique. En effet, les interdictions concernant l'utilisation des biens publics ainsi que notamment des voitures administratives à des fins de propagande ne semblent pas les atteindre⁷⁹⁷. On parle ici de matériels informatiques, de feuilles de papiers, de tickets de carburants et lubrifiants et de voitures administratives de toutes destinations⁷⁹⁸. Par ailleurs, il mérite d'être signalé que cette utilisation entraîne l'annulation des voix éventuellement obtenues par l'option ou le candidat mis en cause, dans la ou les localités où l'infraction a été constatée, sans préjudice de l'application des peines prévues à l'article 126 du Code à l'endroit des personnes auteurs de l'infraction⁷⁹⁹.

La réglementation des campagnes électorales doit encore faire l'objet d'une loi spéciale comme prévu par l'article 40 du Code, faute de quoi les dispositions de l'article 136 du même code restent inopérantes. Cette loi est essentielle dans le dispositif juridique des élections puisque l'ineffectivité de l'article 136 mine l'encadrement approprié des autres modes de financement contraire à l'intégrité électorale. En effet, théoriquement le donateur et le receveur de dons prohibés en matière de financement de campagne électorale sont à même titre punis des mêmes peines. Outre ce renvoi encore dans le vide, ces règles seraient encore loin d'assurer la liberté de choix et l'équité en matière de campagne électorale, si l'on se réfère uniquement aux normes largement reconnues. Elles régissent entre autres le plafonnement des fonds de propagande, l'interdiction ou la limitation des contributions privées, la transparence en matière d'origine de fonds, la divulgation et le contrôle des comptes de campagne⁸⁰⁰.

c. Les infractions de vote

Une incrimination plus générale est posée par l'article 133 du Code électoral qui punit les agissements portant atteinte à la sincérité du scrutin. Dans ce cas, la tentative est également réprimée. Outre les infractions qui se rapportent au bon déroulement matériel du vote, les infractions de nature corruptive peuvent valablement figurer dans le registre des agissements punissables de cette disposition. La sincérité de vote peut en effet être altérée par des actes positifs comme la pression ou l'usage des prérogatives de puissance publique en vue d'influencer les électeurs. Ces actes étant déjà prévus par les articles précédemment étudiés, cette disposition concerne particulièrement les fraudes organisées ou non de la part des scrutateurs et des autres responsables du bon déroulement des opérations de vote.

C'est aussi dans cette hypothèse que l'omission pourrait porter atteinte à la sincérité du scrutin. Le comportement prohibé dans ce dernier cas de figure consiste à ne pas agir en présence d'irrégularités pouvant fausser les résultats du scrutin. Cette abstention devrait cependant et logiquement aller à l'encontre des obligations légales ou réglementaires découlant de la position occupée par le prévenu dans la structure ou le mécanisme électoral. Il concerne ainsi par exemple des membres du

⁷⁹⁷ Article 38 CE

⁷⁹⁸ Toutes les voitures inscrites au nom de l'Administration acquises aussi bien par le budget général que communal, établissements publics (cf. Ministère de l'intérieur et de la Réforme Administrative, Circulaire n° 4604-MIRA/SG/DGAT/DAT/AP/Elect du 27 août 2003-Elections communales 2003). In *CE annoté*, p.29

⁷⁹⁹ Article 127 de CE

⁸⁰⁰ Walecki M., L'argent de la politique et la corruption, *Rapport mondial sur la corruption*, 2004, p.29 ; V. aussi Sue Nelson, *financement des campagnes*, 199, <http://www.aceproject.org/main/français/ei/ei.htm>

Conseil National Electoral qui a, entre autres, l'obligation d'interpeller tous les responsables à quelque niveau qu'ils soient, pour toute anomalie constatées aux différentes étapes du processus électoral⁸⁰¹. L'omission par un membre d'interpeller des anomalies manifestes portées à sa connaissance semble rentrer dans la prévention. Les anomalies peuvent être définies comme des dysfonctionnements susceptibles de porter atteinte aux principes fondamentaux des élections démocratiques. Le cas concernerait également les autorités civiles et commandants militaires qui refusent d'exécuter les réquisitions régulières du président d'un bureau de vote⁸⁰². L'on se demande de la position des représentants du Ministère Public qui, en vertu de l'opportunité de la poursuite, s'abstient de poursuivre les infractions portées à sa connaissance.

L'une des manifestations les plus flagrantes en matière de corruption électorale serait la tentative ou le fait de soudoyer directement les électeurs. Cet achat de votes consisterait pour les partis et les candidats de négocier directement avec leurs électeurs par l'offre de pots-de-vin aux électeurs en échange de la promesse d'un comportement électoral particulier. En effet, il serait demandé aux électeurs de s'engager à voter pour ou contre un candidat particulier ou même s'engager à s'abstenir de voter. Etant donné que le vote se déroule dans le secret par l'utilisation de l'isoloir, le risque de non respect du pacte constitue la hantise des corrupteurs mais de nombreuses techniques ont déjà fait leur preuve.⁸⁰³

En réponse, le trafic de votes est également incriminé par la loi électorale qui réprime de façon égalitaire le vendeur et l'acheteur⁸⁰⁴. Il est en effet courant pendant les campagnes électorales et le jour du scrutin de monnayer le vote d'un électeur. On peut relater par exemple la pratique qui exige le bulletin d'un concurrent comme la contrepartie d'une somme ou même de frais de transport et de restauration des électeurs d'une même localité éloignée du bureau de vote. Dans ces cas, la promesse de vente ou d'achat constitue déjà l'infraction, ainsi l'acceptation ou la matérialisation de l'échange importent peu pour sa commission. Il importe toutefois de signaler la frappante légèreté apparente des peines prévues pour cette infraction de trafic de voix alors que ses conséquences directes en matière de sincérité de vote sont évidentes. Dans la pratique, surtout en milieu rural, les transactions ne portent souvent que sur des sommes modiques, ce qui ridiculiserait l'amende double de la valeur de la transaction⁸⁰⁵. Cela peut cependant cacher une autre sanction accessoire plus sévère qu'est la privation des droits civiques et l'incapacité à la fonction publique pour une durée déterminée, de cinq à dix ans⁸⁰⁶.

S'ajoutant aux carences mentionnées plus haut concernant le financement des campagnes électorales, les règles en matière d'achat de vote mériteraient encore d'être renforcées, par exemple par l'utilisation du bulletin unique confectionné et mis à la disposition des votants par les moyens de l'Administration électorale. Celle-ci

⁸⁰¹ Article 23 du décret modifié n°2002-1225 du 11 octobre 2002 fixant les attributions et les modalités de fonctionnement du Conseil électoral. *CE annoté p.107*

⁸⁰² Article 75 al. 5 du CE

⁸⁰³ Pfeiffer S., *L'achat de votes et ses répercussions sur la démocratie : des preuves d'Amérique latine*, TI, *Rapport mondial sur la corruption, 2004*, pp.91 et s.

⁸⁰⁴ Article 137 du CE, cet article remplace l'ancien article 113 abrogé du Code Pénal

⁸⁰⁵ L'on pourrait se demander si la distribution des supports publicitaires mais constituant tout de même des biens appréciables pour la majorité des électeurs comme les tee-shirts et autres (réduction de prix dite promotionnelle de produits portant la marque commerciale d'un candidat par exemple) peut être considérée comme un achat de vote. Dans certains de ces exemples, la sanction peut être relativement lourde.

⁸⁰⁶ Article 137 al. 2 du CE

devrait en tout cas jouir d'une indépendance et d'une obligation de rendre compte la mettant au dessus de tout soupçon. Autrement, leurs membres sont vulnérables aux pressions multiples dont la corruption comme l'est actuellement l'administration douanière.

2- Encadrement du système douanier

Le secteur douanier est perçu parmi les plus en proie à la corruption et le législateur a ainsi tenté d'y apporter sa contribution en prenant des mesures parfois radicales. Pour cause, pendant un temps relativement long, la législation douanière comportait des tares qui semblaient en faveur du développement des phénomènes de corruption.

a. Des mesures radicales

Le droit pénal douanier se concentre plus, et à juste raison, à l'encadrement de fraude et contrebande de toute nature. Ces violations sont qualifiées d'infractions douanières en ce qu'elles transgressent aux prescriptions du Code douanier et à celles des lois et règlements douaniers spécifiques⁸⁰⁷. Le code laisse ainsi au droit commun les infractions de corruption et assimilées commises par les douaniers en tant qu'agent public, sauf en matière de dons. En effet, aux termes de l'article 40 du code des douanes⁸⁰⁸, il est interdit aux agents des douanes, de recevoir directement ou indirectement quelque gratification, récompense ou présent. Cette interdiction illustre bien le souci du législateur d'appréhender sous toutes ses formes la corruption douanière d'une part en mettant la barre répressive bien en amont des comportements de prévarication et, d'autre part, en facilitant la répression.

Tout d'abord, les personnes visées par l'incrimination sont sans discrimination de grade les fonctionnaires de la douane, des agents assermentés avant leur prise de fonction. Il paraît évident que l'interdiction concerne en toute logique les agents de douanes en activités. L'incrimination laisse également hors de sa portée les employés dans l'administration douanière qui ne sont pas des douaniers au sens strict du terme. La question pourrait se poser sur les cas des ex-agents des douanes qui reçoivent les avantages prohibés juste après la cessation de leurs activités, lesquels supposent une rémunération ou reconnaissance d'actes pendant la période d'activité.

En effet, le comportement prohibé consiste en la réception des avantages par lui-même ou par personne interposée. Ainsi qu'il a été dit, ce n'est guère l'acceptation qui constitue l'infraction mais l'acte matériel d'appropriation de l'avantage donné. Cette réception peut se manifester sous plusieurs formes mais, dans tous les cas, il s'agit de la prise de possession de l'objet de la donation par l'agent lui-même ou par un tiers à qui il a donné « procuration » de le recevoir à sa place. En effet, la réception ou l'appréhension de l'objet du délit peut être directe ou indirecte. La loi restant muette au sujet du bénéficiaire direct de la donation ou de l'intention poursuivie sur sa destination, ces éléments importent peu dans la construction de l'infraction aussi nobles soient-ils.

Ceci étant, la période considérée conduit à affirmer que même si l'acceptation a eu lieu pendant la période d'activité de l'agent, sans tenir compte du pacte corruptif

⁸⁰⁷ Article 189 du Code douanier

⁸⁰⁸ La législation et la réglementation douanières en vigueur à Madagascar ont pour base principale les lois des 6 et 22 août 1791 et 4 germinal an II. De nombreux textes sont venus compléter ou modifier ces lois de base.

éventuel, la réception après cessation définitive d'activités ne constituerait plus l'infraction susvisée puisque la condition d'état (statutaire) de la personne visée n'est plus remplie au moment de sa commission. En effet, la réception de dons inappropriés étant en toute évidence une infraction instantanée, ses éléments constitutifs doivent simultanément présents au moment de l'occurrence de l'élément déclencheur qu'est l'acte matériel d'accueil.

Il convient de rappeler que l'incrimination de réception d'avantages indus de la part d'agents de l'Etat n'est pas une nouveauté dans l'histoire du droit malagasy, mais elle présente une originalité dans le code des douanes en ce qu'elle n'est pas assortie d'autres critères. En effet, dans le *kabary* d'Andrianampoinimerina, la réception de dons n'était condamnable que si l'agent agit contre l'équité. Il en va de même pour l'incrimination de corruption du code pénal, qui n'est que la matérialisation de l'acceptation ou la sollicitation coupable. Il est permis ainsi de dire qu'il s'agit d'une infraction typiquement matérielle en ce sens que seule la réception de l'avantage est punissable sans tenir compte d'autres critères tels que le motif ou le mobile ou encore moins le but poursuivi.

On peut dire par conséquent que cette incrimination est une mesure radicale constituant un bouclier extraordinaire contre les comportements de prévarication des agents douaniers. Elle encadre bien en amont non seulement les pots de vin mais aussi les infractions assimilées comme les prises d'intérêts illégaux, et autres, par le ciblage de la contrepartie visible. Elle constitue par excellence un outil préventif contre les conflits d'intérêts qui tend à mettre les agents en position d'obligé moral envers leur donateur. Par ailleurs, elle incite à des standards de conduite plus élevés des agents des douanes, comparés aux autres agents de la fonction publique, en encadrant également les conflits d'intérêts réels ou potentiels.

Il convient toutefois de signaler que le législateur semble indiquer de ne prendre en compte que les avantages indus relatifs à la corruption. Il renvoie ainsi le praticien aux dispositions du code pénal en ce qui concerne les peines encourues qui seraient, en toute logique, celles de la corruption passive. Sous réserve du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, cette indication, faute de jurisprudence disponible en la matière, paraît exclure les avantages non liés à des actes corruptifs, comme par exemple les cadeaux n'ayant pas de liens à la fonction ou au poste de l'agent. Les avantages peuvent ainsi prendre diverses formes, l'incrimination citant les gratification, récompense ou présent.

Il devient évident que les termes de l'incrimination facilitent grandement la répression de la corruption. On peut l'affirmer d'abord par l'aisance de réunir les éléments matériels sus analysés et ensuite par l'incitation à la dénonciation par le réceptionnaire du cadeau prohibé. Dans ce cas, ce dernier sera absous des peines et confiscations prononcées à son encontre sur le cadeau prohibé. Cependant, il convient de se demander sur son sort dans la poursuite de l'infraction de corruption dénoncée dans laquelle il a été probablement auteur passif. En toute logique, cette absolution au moins devrait s'étendre à la répression de l'infraction dénoncée sinon constituer une exemption de poursuite. Cela doit se faire selon le droit commun comme l'indique l'article 301 du code douanier, mais non par le droit pénal douanier⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Sans préjudice de l'application des pénalités édictées par le présent Code, les délits d'injures, voies de fait, rébellion, corruption ou prévarication et ceux de contrebande avec attroupement et port d'armes sont poursuivis, jugés et punis conformément au droit commun.

b. Des failles

Comme il a été indiqué ce bouclier est pendant une période devenu en quelque sorte « le mur de Magellan ». Il n'a pas servi contre la prétendue systématisation des phénomènes de corruption dans les services de douanes. Outre les insuffisances des incriminations face aux nombreux types de corruption en matière douanière, ces dernières étaient surtout favorisées par une impunité de fait. Cette dernière est le fait d'une protection légale constituant de un privilège presque insurmontable pour les autorités judiciaires. En fait, il s'agissait d'une immunité de fait due à une mauvaise interprétation de dispositions concernant le statut pénal des agents de douanes. Ils ne pouvaient être enquêtés ni poursuivis que sur autorisation du Ministre de tutelle en cas de soupçons d'infraction commis dans l'exercice de leurs fonctions sauf cas de flagrant délit⁸¹⁰.

En effet, l'équivoque venait de la compréhension de l'expression « en agissant dans l'exercice des fonctions ». Un acte est commis dans l'exercice de fonctions s'il fait corps avec les tâches exigées par ses attributions officielles ou directement provoqué par elles, en d'autres termes non détachable des actes de fonctions. Par exemple, un douanier, pour immobiliser une personne n'obtempérant pas à ses injonctions de s'arrêter, a ouvert le feu mais a touché une autre personne. Susceptible d'être enquêté ou poursuivi pour blessures ou homicide involontaire selon les cas, l'immunité de l'article 34-3° du code des douanes⁸¹¹ devait s'appliquer. L'usage de l'arme à feu est commandé par la loi et ne peut être détaché de ses attributions de police économique dans le cas d'espèce. L'infraction commise dans l'exercice de la fonction devrait ainsi être inhérente à celle-ci, qu'en agissant en dehors de la fonction l'infraction telle qu'elle est incriminée ne peut être commise.

Ce qui ne devrait pas être le cas pour un acte de corruption passive ou autre prévarication commis par douanier. Certes, ce serait un agissement qui est seulement possible parce que l'agent est en détention d'un certain pouvoir de décision ou d'appréciation. Mais bien évidemment, ses fonctions ne lui dictant pas de faire tels actes, ses attributions officielles seraient mieux remplies sans ses malversations complètement étrangères aux actes édictés par ses fonctions. On peut alors dire que les actes de corruptions ou infractions assimilées peuvent être catégorisées parmi ceux commis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Par conséquent, en principe les enquêtes et poursuites de telles allégations n'étaient pas couvertes par les immunités prévues par le code des douanes. D'autant plus que l'article 40 dudit code renforce le code pénal en interdisant expressément les douaniers de s'adonner à des actes de corruption.

Dans la pratique néanmoins, la poursuite des agents de douanes en matière de corruption et autres infractions assimilées était pendant cette période systématiquement subordonnée à l'autorisation de poursuite du Ministre du Budget dont dépend les Douanes. L'entretien avec les autorités de tutelle de la douane a permis d'avoir une idée sur les motifs qui ont conduit les autorités à introduire discrètement cette disposition dans le code des douanes⁸¹². Elle a servi comme protection des agents de la douane contre les abus de procédure de la police judiciaire ou du parquet dans un contexte de méfiance généralisée. En 2004, suite

⁸¹⁰ Article 34 - 1° de l'ancien code des douanes de 1960 introduit par la modification de la loi des finances

⁸¹¹ En mémo ci-joint le texte des dispositions pertinentes

⁸¹² Ces dispositions ont été introduites à l'occasion d'un projet de loi des finances dont l'examen ne donne pratiquement pas assez de temps d'examen aux députés qui se préoccupaient surtout de la consistance des crédits qui les concernaient et non du sort des douaniers.

au mouvement anti-corruption, cette protection a été tout simplement supprimée par la loi des finances de l'année 2005 et n'a plus été réintégrée dans le nouveau code des douanes de 2005 malgré certaines tentatives⁸¹³.

En ayant étendu le champ de la répression de la corruption dans des domaines spécifiques, le législateur s'était également attelé à renforcer la répression par d'autres voies que pénales.

B. PROTECTIONS ADMINISTRATIVES RENFORCEES

Une répression efficace de la corruption ne saurait être atteinte uniquement par la voie pénale. En effet, cette dernière présente des inconvénients dans la mesure où elle ne répond pas souvent aux besoins d'une réaction rapide et appropriée. En outre, comme on vient de le constater tout au long de l'analyse des incriminations, les difficultés que pourraient rencontrer les praticiens dans la collecte des preuves de leurs éléments constitutifs sont nombreuses et parfois insurmontables. Sans s'étendre sur les conséquences des lenteurs procédurales historiques de la justice pénale, les mesures proposées par le droit pénal ne s'appliquent en principe que lorsque la décision judiciaire devient définitive, en respect du principe constitutionnel de présomption d'innocence.

Les mesures administratives permettent en partie de résoudre ces difficultés, notamment en ce qui concerne les agents de l'Etat pour lesquels on parle alors de mesures disciplinaires⁸¹⁴. On s'attend à des réponses rapides de l'Administration en cas de prévarication de ces agents. Consciente de cette efficacité⁸¹⁵, le législateur et les autorités administratives compétentes ont respectivement pris des mesures par l'adoption de textes sur la répression disciplinaire de la corruption et infractions assimilées. L'on découvrira par la suite que le droit disciplinaire emploie les terminologies du code pénal ou des lois particulières quand à la qualification des comportements répréhensibles. Cependant, il ne précise leurs contenus que dans quelques cas.

I. LE CADRE NORMATIF

Au lendemain de l'indépendance, face à la corruption, le législateur s'était déjà préoccupé de la vulnérabilité des agents de l'Etat. Ces derniers étaient, du jour au lendemain, libérés du pouvoir colonial et placés devant des responsabilités pour lesquelles ils n'étaient pas suffisamment préparés. Presque parallèlement à l'élaboration du code pénal contenant les mesures pénales anti-corruption, ont été mises en place pour mieux les accompagner des mesures disciplinaires, légales et réglementaires.

⁸¹³ Voir à ce sujet le draft de l'avant projet de loi portant statut particulier des douaniers élaborées en 2005.

⁸¹⁴ Cette conception dualiste de la répression administrative, distinguant les sanctions administratives stricto sensu et les sanctions disciplinaires, semble ne pas recueillir l'unanimité de la doctrine française. V. Dellis G., *op. cit.*, pp.209 et s.

⁸¹⁵ Lachaume J-F., *La fonction publique*, 2è éd., Dalloz, 1998, p.93

1- Les mesures légales

C'est ainsi qu'a été adoptée la loi n°61-026 du 9 octobre 1961 édictant des dispositions exceptionnelles en vue de la répression disciplinaire des malversations commises par les fonctionnaires des cadres de l'Etat et les agents non encadrés des services publics. Elle a reçu une substantielle modification pendant la première période de transition politique de 1972 par une ordonnance du Chef de l'Etat⁸¹⁶. Essentiellement, elle renforce la protection de la fonction publique, d'une part, par une modification des dispositions du code pénal sur la corruption et autres prévarications et, d'autre part, par l'instauration de mesures disciplinaires propres indépendamment de la répression pénale.

a. accompagnement de la répression pénale

L'ordonnance de 1972 précitée a apporté des modifications en vue de renforcer la répression des infractions de corruption déjà prévues par le code pénal. En effet, son premier article a abrogé l'alinéa 3 de l'article 180 du code pénal⁸¹⁷ et remplacé ses dispositions par des dispositions nouvelles. L'objectif est de débarrasser rapidement la fonction publique des personnes qui ont prévariées. La nouvelle rédaction oblige le juge de déclarer à jamais incapables d'exercer aucune fonction publique les condamnés de concussion, de corruption active, de corruption passive et de trafic d'influence⁸¹⁸. Il faut dire qu'il ne s'agit en sorte que d'une mise à niveau de ces infractions par leur alignement aux infractions de soustractions commises par les dépositaires publics⁸¹⁹ et d'ingérence⁸²⁰. Enfin, cette mesure radicale vient en renforcement des dispositions de l'article 42 du code pénal, notamment en ce qui concerne son troisième qui prévoit une mesure similaire mais plutôt en tant que sanction complémentaire facultative.

Par conséquent, si le condamné exerce dans la fonction publique⁸²¹ au moment de l'une des infractions visées, il sera déchu de ses fonctions et ne pourra jamais plus exercer un emploi en tant qu'agent de l'Etat et de ses démembrements territoriaux. Cette sanction devait donc s'appliquer même si l'agent public a commis une corruption active ou de trafic d'influence actif, en dehors de l'exercice de ses fonctions. Il se trouve dans la même situation qu'un particulier qui se fait condamner pour les mêmes infractions mais également pour complicité de toutes autres infractions concernées, en vertu de l'emprunt de pénalité prévu par l'article 59 du code pénal. En principe, la mesure ne devra plus s'appliquer en cas de condamnation avec sursis réputée non avenue et devra également s'effacer par l'effet de la réhabilitation, de plein droit ou judiciaire⁸²², et de l'amnistie. Toutefois, il est utile de signaler qu'une loi d'amnistie ne peut faire obstacle à l'application de la loi du 9 octobre 1961 qui prévoit que les agents exclus pour les infractions visées ne pourront plus être

⁸¹⁶ J.O n° 189 du 14.10.61, p.1794, R.T.L VI)

⁸¹⁷ Ancienne rédaction

⁸¹⁸ Cette disposition est tacitement abrogée par la nouvelle loi 2004-030 qui limite dans le temps l'incapacité.

Voir infra pp. 320 et ss.

⁸¹⁹ Article 172 alinéa 1er du Code pénal, modification apportée par la loi 66-009 du 05.07.66

⁸²⁰ Article 175 alinéa 2 du Code pénal

⁸²¹ Sur la définition de la fonction publique, voir Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 10 éd., p.264 ;

⁸²² Sauf en matière militaire, ces renseignements ne sont pas portés au bulletin n°2 du casier judiciaire communicables aux autorités administratives. Article 594 et 612 du code pénal

réintégrés dans leur emploi malgré l'effacement de la condamnation pénale. Ainsi, un agent qui, malgré une sanction disciplinaire, est encore en activité au moment de l'intervention d'une amnistie le concernant, n'est pas concerné par ces dispositions et bénéficie en entier de l'effet de la mesure de pardon⁸²³.

Dans la pratique, le recrutement administratif devrait se faire sous des conditions prévues par les divers statuts des agents publics, notamment le statut général des fonctionnaires. La condition de jouissance des droits civiques et d'être de bonne moralité⁸²⁴ figurent parmi les prérequis au moment de l'entrée à la fonction publique⁸²⁵. La jurisprudence considère que la bonne moralité des agents publics est une règle d'ordre public qui s'impose à l'Administration et au juge qui peut la soulever d'office⁸²⁶. Cette position de la Chambre Administrative a été appréciée comme un avertissement, face à certains oublis, et qu'il s'agit d'une contribution considérable à l'œuvre de moralisation de la fonction publique⁸²⁷. C'est ainsi que depuis l'indépendance, un extrait du casier judiciaire doit être produit pour toute candidature à un emploi de fonctionnaire ou de cadre de l'Etat, et sans lequel il ne pourra y être valablement nommé⁸²⁸. C'est une exigence héritée du statut de la fonction publique française de 1946 et du statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux de Madagascar⁸²⁹. Il s'agit pour l'employeur public de vérifier si le candidat n'avait pas fait l'objet d'une condamnation pour des infractions qui l'élimine de droit de la fonction publique, notamment celles qui sont citées ci-dessus⁸³⁰. Pour le condamné en fonction, la loi n'a pas prévu la communication des sanctions prononcées à l'autorité disciplinaire dont celui-ci relève⁸³¹, ce qui rend ici difficile l'application de l'incapacité.

⁸²³ Ch. Adm., Mahasody Aly Mohamady..., n°6/71, 6 mai 1972, Principaux arrêts, Tome 2, p.311

⁸²⁴ Article 19-2° de la loi n° 60-003 relative au statut général des fonctionnaires des cadres de l'Etat. La condition de bonne moralité n'a plus été reprise ni par l'Ordonnance n° 93-019 du 30 avril 1993 portant statut général des fonctionnaires (J.O. n°2180 du 05.05.93, p.891) ratifiée par délibération n° 93-02/HAE du 01.07.93 (J.O. n° 2196 du 19.07.93, p.1746), ni dix ans plus tard par la loi n° 2003-011 portant Statut Général des Fonctionnaires. Cette disparition a aussi été constatée en droit français de la fonction publique à partir du nouveau statut général de 1983-1984. V. Laubadère A., Venezia J-C. et Gaudemet Y., *Traité de Droit administratif*, tome 2, 10è édition, L.G.D.J, 1995, p.91

⁸²⁵ Merle R., *op. cit.*, p.286

⁸²⁶ Ch. Adm., Rakotofiringa c/ Etat malagasy, n°414/65, 18 février 1967, *Principaux arrêts*, p.127

⁸²⁷ Ch. Adm., Rakotofiringa c/ Etat malagasy, n°414/65, 18 février 1967, note Maestre, *Principaux arrêts*, p.128

⁸²⁸ Article 20-2° de la Loi n° 60-003 relative au statut général des fonctionnaires des cadres de l'Etat

⁸²⁹ notamment la délibération n° 57-145 du 22 novembre 1957 de l'Assemblée représentative de Madagascar rendue exécutoire par arrêté n° 343-CG du 31 décembre 1957.

⁸³⁰ Une porte de sortie est aménagée pour certaines catégories d'agents désignés par circulaire du Ministre chargé de la Fonction Publique et pour lesquels le casier judiciaire n'est pas exigé. Article 9-3° du décret n° 64-214 du 27 mai 1964 fixant les conditions et modalités de recrutement, de l'engagement et du licenciement et les rémunérations et avantages divers des agents soumis à la réglementation générale du travail et occupant des emplois de longue durée dans les services des collectivités et organismes publics (J.O. n° 357 du 30.5.64, p.1096). Curieusement, la loi n°94-025 du 17 novembre 1994 relative au statut général des agents non encadrés de l'Etat (J.O. n°2337 du 04.12.95 vm p.3657 et vf p. 3667) n'a pas repris les conditions de recrutement posé par l'ancien texte statutaire, le décret n° 64-213 du 27 mai 1964 portant réglementation des conditions d'emploi par les collectivités et organismes publics des personnels soumis à la réglementation générale du travail (J.O. n° 357 du 30.5.64, p. 1091)

⁸³¹ La communication à l'autorité militaire et l'autorité électorale concerne respectivement les conditions d'incorporation et les droits électoraux. Article 592 et 593 du CPP.

Par contre, certaines informations du bulletin n°2 peut être, sur demande, communiquées aux préfets, aux sous-préfets et aux administrations publiques de l'Etat saisis de demandes d'emplois publics, de propositions relatives à des distinctions honorifiques ou de soumissions pour des adjudications de travaux ou de marchés publics, ou en vue de poursuites disciplinaires ou de l'ouverture d'une école privée, aux autorités militaires saisis de demandes

b. Les mesures disciplinaires autonomes

Indépendamment d'une procédure pénale, le législateur a permis à l'autorité compétente⁸³² de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des agents publics qui ont prévariqué. La répression disciplinaire consiste dans le pouvoir appartenant aux chefs hiérarchiques d'infliger des sanctions disciplinaires aux dits agents publics en cas de commission de faute dans l'exercice de leur fonction⁸³³. Il s'étend même jusque dans leur vie privée si la faute est de nature à porter atteinte à la réputation de l'administration ou de son fonctionnement normal⁸³⁴.

Cette répression concerne uniquement les agents publics déjà en fonction, fonctionnaires des cadres de l'Etat et les agents non encadrés des services publics. Elle exclue normalement les magistrats et les autres agents ayant des statuts particuliers avec des procédures disciplinaires propres. A cause de l'intérêt général que la fonction a en charge, ces agents ont des obligations statutaires qui leur demandent un standard de comportement relativement exigeant s'étendant parfois dans leur vie privée. Sauf les cas des incompatibilités, ces obligations, lorsqu'elles existent⁸³⁵, étaient consignées en des termes très généraux tels que l'obligation de ponctualité, d'assiduité, de plein emploi, d'honnêteté et de neutralité. En renfort à ces dernières, le législateur leur exige d'être intègre en leur prohibant les actes suivants pendant leurs activités : détournement de biens publics, malversations commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, corruption passive, trafic d'influence et concussion.

L'instruction et la décision d'imputabilité relatives à un manquement à ces devoirs d'intégrité sont en principe indépendantes d'une procédure judiciaire ouverte⁸³⁶, le cas échéant, pour les mêmes faits. Elles appartiennent à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire. En effet, sous certaines conditions, une décision judiciaire de non-lieu ou de relaxe fondée sur l'absence d'un élément requis pour que l'infraction soit constituée ne fera pas obstacle à l'application des dispositions du présent article, constituant ainsi exception au principe de l'autorité de la décision pénale⁸³⁷.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une étanchéité totale avec le pénal puisque comme vu précédemment, c'est le renforcement réciproque qui devrait en principe contribuer à l'efficacité de la répression des phénomènes de corruption. D'une part, l'autorité disciplinaire reste liée à la décision du juge pénal lorsque, en cas de non lieu ou relaxe, cette dernière remplit deux conditions cumulatives. Lorsqu'elle estime que les faits reprochés n'ont pas été matériellement commis et de telle sorte qu'aucune faute professionnelle ne puisse être retenue. Ce serait par exemple le cas lorsque le juge

d'engagement, à certaines administrations et personnes morales figurant sur une liste arrêtée par décret. Article 594 du CPP

⁸³² Le pouvoir disciplinaire à l'égard des fonctionnaires des cadres de l'Etat appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination aux termes de l'article 4 du présent statut général et peut être délégué, dans les mêmes conditions, aux membres du Gouvernement.

⁸³³ Laubadère (de) A., Venezia J-C. et Gaudemet Y., *Traité de Droit administratif*, tome 2, 10^e édition, L.G.D.J., 1995, p.160

⁸³⁴ Lachaume J-F., *La fonction publique*, 2^e éd., Dalloz, 1998, p.94

⁸³⁵ Elles ont expressément été prévues à partir du statut de 1993 pour les fonctionnaires et de la loi de 1994 pour les agents non encadrés

⁸³⁶ Ch. Adm., Rasolonjatovo André..., n°44/64, 6 mars 1965, *Principaux arrêts*, Tome 1, p.44

⁸³⁷ Ch. Adm., Tony Veston..., n° 184/65, 5 mars 1966, *Principaux arrêts*, Tome 1, p.95

d'instruction rend une ordonnance de non lieu qui constate que les faits ne sont pas établis, en ne niant pas l'existence d'un détournement⁸³⁸. Il s'ensuit que l'autorité disciplinaire doit aligner sa décision, prise ou à prendre, à celle de l'autorité judiciaire. D'autre part, l'autorité doit communiquer au Ministère Public ces décisions disciplinaires lorsqu'elles débouchent sur des incapacités, comme l'exclusion définitive de la fonction publique de l'article 180 du code pénal.

Les sanctions disciplinaires sont nombreuses et leurs applications sont de la totale discrétion de l'autorité administrative avec l'aide d'une structure appelée « Conseil de discipline ». En ce qui concerne les manquements aux devoirs d'intégrité ci-dessus, la loi a prévu la sanction la plus rigoureuse, c'est-à-dire la révocation et l'élimination définitive de la fonction publique. Dans ce cas aussi, la décision de l'autorité disciplinaire est liée par celle du juge pénal, lorsque la première a pour les mêmes faits préalablement prévu une sanction plus clémente, autre que la révocation ou l'exclusion définitive du service⁸³⁹. Accessoirement à ces sanctions, la culpabilité reconnue entraîne obligatoirement la déchéance des droits à pension et équivalents acquis par l'intéressé. Ce qui étend une partie de la procédure aux agents qui ne sont plus en position d'activité⁸⁴⁰. Le législateur a par contre pris des dispositions procédurales permettant aux agents publics d'assurer au mieux leur défense⁸⁴¹, face à ces pouvoirs légaux considérables qui sont de surcroît renforcés par des mesures réglementaires.

2- Les mesures règlementaires

En quelque sorte, ces mesures visent l'immédiateté de la répression administrative en donnant des instructions précises aux agents de l'Etat sur les conduites à tenir en cas de découverte de malversations commises dans les services et organismes de l'Etat. L'instruction du 27 juillet 1966 sur la répression des irrégularités et des malversations a été prise en ce sens par le Président de la République en tant que Chef de Gouvernement, donc à la tête de l'Administration⁸⁴². L'initiative porte cependant en elle-même sa déficience.

a. Promptitude de la réponse administrative

Pris quelques années après l'Indépendance, le texte présidentiel peut constituer un constat d'une augmentation des irrégularités et malversations commises au sein des services de l'Etat et de ses démembrements. Ces infractions sont celles prévues par les articles 169, 173, 174, 177, 178 et 254 du code pénal qui rentrent généralement dans la catégories des actes de corruption et comportements assimilés. En clair, il s'agit de mesures disciplinaires pénales en ce sens qu'elles consistent

⁸³⁸ Ch. Adm., Tony Veston..., n° 184/65, 5 mars 1966, *Principaux arrêts*, Tome 1, conclusion du Commissaire de la loi, p.99

⁸³⁹ Article 3 de la loi n° 61-026 du 9 octobre 1961 édictant des dispositions exceptionnelles en vue de répression disciplinaire des malversations commises par les fonctionnaires des cadres de l'Etat et les agents non encadrés des services publics (*J.O.* n° 189 du 14 octobre 1961, p.1794, R.T.L VI)

⁸⁴⁰ Article 5 de la loi de 1961 ; pour son application, Ch. Adm., Radavidra Désiré..., n°107/71, 17 juin 1972, *Principaux arrêts*, Tome 2, p.319

⁸⁴¹ Article 2 de la loi de 1961

⁸⁴² n°121-PRM/CAB publiée *J.O.* n° 492 du 20.8.66, P.1840 modifiée par instruction permanent n°039-PRM/CAB/IGE 14 mars 1968 (*J.O* n°582 du 23.3.68, p.635) ; voir aussi Ministère de la Justice, *Appendice au code pénal*, deuxième volume, IOE, Antananarivo, 1990, pp.674 et s.

surtout à accroître l'effectivité des dispositions du code pénal dans la protection de la fonction publique. Le texte exclue ainsi les autres fautes purement disciplinaires n'ayant pas de coloration pénale. Parmi les mesures prises, celles qui visent une meilleure transmission des autorités et la prise de décision immédiate méritent une attention particulière.

Le cabinet du Président de la République estimait que le manque d'informations parvenues aux hautes autorités de l'Etat a laissé installer une impunité de fait des personnes mises en cause pour les infractions visées. Cette situation se traduit par l'impossibilité d'avoir de leur part une réaction rapide et appropriée. C'est ainsi que le texte invite tout fonctionnaire et particulièrement les agents investis du pouvoir de contrôle, de surveillance hiérarchique ou de tutelle de concourir à ce système de dénonciation organisée. Il est ainsi permis aux agents de l'Etat, notamment les militaires, de se départir de l'obligation de l'emprunt de la voie hiérarchique en matière de correspondance administrative et de la confidentialité.

La transmission des informations doit être faite sans délai, c'est-à-dire dès la découverte de l'infraction, à plusieurs autorités administratives et judiciaires dans le but visiblement de mettre rapidement les autorités devant leurs responsabilités respectives. Le support utilisé, le télégramme, doit être rédigé en clair, compréhensible de tous et non codé, et avec un canevas des données utiles pour permettre aux autorités d'avoir une meilleure appréciation pour la suite à donner. Le rapport d'enquête administrative devra également recevoir une large diffusion. Enfin, pour une meilleure fluidité des informations, des fonctionnaires de liaison sont désignés dans chaque département ou corps de l'Etat pour la correspondance systématique avec l'inspection générale de l'Etat.

Dès la découverte de l'infraction, le texte oblige les différents responsables de prendre des mesures rapides et non discriminatoires. Ainsi, le fonctionnaire qui a fait le constat, le chef hiérarchique de la personne mise en cause, le chef de province et le Président de la République sont particulièrement responsabilisés dans la mise en œuvre de la répression. La continuation de l'enquête administrative incombe dans la mesure de ses possibilités au fonctionnaire qui a constaté l'infraction. Cependant, elle peut être reprise, selon le cas, par les services d'inspections provinciaux ou centraux. Sans considération de la position hiérarchique de l'agent, des mesures immédiates doivent être prises en vue d'enlever la personne mise en cause du poste qui lui a permis de commettre la malversation et de faciliter l'enquête administrative. Il s'agit dans tous les cas du remplacement immédiat effectué par le chef hiérarchique compétent et, selon les catégories, de la suspension de fonction, de la révocation immédiate ou du licenciement sans préavis. En ce qui concerne particulièrement les soustractions de deniers publics, le texte charge le Ministre des finances de prendre les mesures financières qui s'imposent dans le but d'un recouvrement des sommes détournées. Définitivement, il est attendu des autorités de la justice des informations concernant les suites judiciaires données dans le but sans doute d'une bonne coordination entre les mesures pénales et les décisions administratives.

b. Déficiences de la mesure

On peut supposer que les deux effets recherchés par l'instruction présidentielle avait difficilement pu être réalisés du fait de la nature même du texte et de la spécificité de la plupart des infractions visées. Il faut se rappeler que ces mesures n'ont été prises qu'à cinq années à peine de l'indépendance, c'est-à-dire en pleine construction de l'administration nationale. Cette construction devait toucher non

seulement l'organisationnel et le personnel mais surtout la vision, les objectifs et l'éthique afin de se défaire de l'image d'une administration néo-coloniale.

On voit tout d'abord que l'auteur du texte avait adoptée une approche participative en matière de répression des infractions visées en cherchant la collaboration de tous les agents sans considération de la position hiérarchique. Cependant, les moyens utilisés comme la facilitation de la transmission et l'octroi de pouvoir pour le constat et la continuation de l'enquête sont jugés insuffisantes pour parvenir à une culture de dénonciation dans la fonction publique. L'instruction comme son nom l'indique est un document de commandement qui cherche l'obéissance des agents publics plutôt que leur collaboration volontaire. Pour cela, il fallait comme mesures d'accompagnement des moyens de sensibilisation et d'incitation manquant au texte. Par ailleurs, la tradition administrative locale se reconnaît encore dans l'adage « *miova andriana miova sata* » qui librement signifie que lorsqu'on change de souverain on change de statut. L'instruction présidentielle en question, qui en principe devait encore être en vigueur actuellement, a complètement perdu de rigueur avec la démission de son auteur, au mépris du principe de continuité de l'Etat. Il fallait sans doute un texte pouvant transcender cette mentalité.

Quoi qu'il en soit, l'efficacité du texte est indiscutable en matière de soustractions de biens publics où la matérialité des faits est facilement constatée⁸⁴³. Il n'en irait pas de même pour les autres infractions, par exemple la corruption. En effet, l'investigation des cas soupçonnés de corruption et comportements assimilés nécessite une expertise particulière et des moyens appropriés. En outre, elle doit être conduite avec précaution afin d'assurer une meilleure répression et de préserver les droits fondamentaux des personnes suspectes. Les expériences d'ailleurs ont montré également que l'application de la loi contre les infractions visées doit non seulement être combinée avec la prévention et l'éducation surtout confiée à des organes spécialisés en la matière. Il serait hasardeux de confier à un simple fonctionnaire l'obligation de constater ou même de commencer des enquêtes lorsqu'il se trouve en connaissance de cas de corruption et infractions assimilées autre que le détournement de deniers publics. De telles enquêtes demandent la plus grande discrétion et les mesures préconisées dans le texte vont à l'encontre de ce principe. Enfin, la protection des auteurs d'une dénonciation ou des témoins n'est pas prévue, un système indispensable pour avoir les effets recherchés.

II. L'EMPRUNT DE DEFINITIONS

Recherchant les mêmes effets mais utilisant des moyens complémentaires, on constate que le droit disciplinaire anti-corruption utilise pratiquement les incriminations principales prévues par le code pénal. Il existe cependant des comportements qui ne sont pas précisés dans le dit code.

1- Les incriminations reprises

Le droit disciplinaire conçu en cette matière comme amplificateur du droit pénal a repris la nomenclature : détournement de biens publics, corruption, concussion et trafic d'influence comme termes employés dans les dispositions précédemment étudiées. Toutes ces incriminations indiquent des comportements répréhensibles des

⁸⁴³ Ce que semble suggérer les arrêts nombreux de la Chambre Administrative de la Cour Suprême concernant le détournement de fonds publics. Ils semblent inexistantes sur les autres prévarications.

fonctionnaires ou agents publics sans que le législateur ait pour autant précisé leur contenu. Ce qui incite à considérer sans une jurisprudence administrative élaborée que ces termes devaient avoir les mêmes significations que ceux utilisés dans le droit pénal. Particulièrement, la loi n'exige pas l'observation du principe de légalité des fautes disciplinaires aux autorités disciplinaires⁸⁴⁴ en les soulageant de la recherche systématique des éléments constitutifs pour être répréhensible. Nonobstant la coïncidence, c'est ici que se matérialise la différence entre les infractions pénales et les fautes disciplinaires⁸⁴⁵.

En effet, pour déterminer la responsabilité, les autorités disciplinaires ne doivent chercher à établir que la violation par les faits reprochés des obligations découlant de la fonction publique et non la constitution des éléments de l'infraction correspondante en droit pénal. Les statuts des agents de l'Etat exigent entre autres le respect des obligations de désintéressement⁸⁴⁶, d'honnêteté et d'efficacité⁸⁴⁷, dont il est aisé pour l'autorité d'en cadrer souverainement des faits pouvant revêtir les définitions ci-dessus. Cependant, l'exercice nécessite tout de même un minimum de connaissance du contenu des qualifications du droit pénal afin d'éviter l'erreur manifeste source de censure de l'acte « sanctionneur » par le juge administratif. L'énumération des faits prohibés par l'article premier nouveau de la loi de 1961 semble ne pas épargner d'un tel risque sans l'aide d'une jurisprudence disciplinaire autonome. Cette attitude du législateur qui se prononce variablement sur la définition des termes employés qu'il utilise en droit pénal admet implicitement l'indépendance de l'autorité administrative par rapport à celui-ci dans la qualification des faits. Autrement c'est tout l'intérêt de la voie disciplinaire qui en souffrirait.

De prime abord, l'article 1 nouveau de la loi semble ainsi tout logiquement guider vers le contenu de l'article 169 du code pénal lorsqu'il parle de détournement des deniers publics ou de dépôt de fonds particuliers. C'est en tout cas l'interprétation de l'instruction présidentielle de 1966 même si aucune, ni la loi initiale de 1961 ni l'ordonnance de modification de 1972, n'a donné expressément une indication sur cette identité. Toutefois, les dispositions du texte administratif semblent se distinguer par la possibilité de mettre en cause toute personne exerçant une fonction publique ou ayant reçu une mission de service public⁸⁴⁸. S'agissant du comportement incriminé, la non définition de la notion de détournement devrait permettre une conception large, le domaine ne souffrant pas du principe de l'interprétation stricte propre aux dispositions du droit pénal. Il pourrait ainsi inclure non seulement la soustraction mais aussi l'usage détourné même momentané des deniers ou fonds. En ce qui concerne les autres biens publics, le texte semble exclure les objets énumérés par l'article 169 du code pénal, soit les pièces, titres, actes, effets, ou documents appartenant à l'Etat ou à des collectivités publics. Contrairement au texte pénal, les dispositions disciplinaires précisent les personnes morales de droit public propriétaires des biens

⁸⁴⁴ Dellis G., *op. cit.*, pp. 209 et 210

⁸⁴⁵ Laubadère A., Venezia J-C. et Gaudemet Y., *op. cit.*, pp.160 et 161

⁸⁴⁶ Article 12 du nouveau statut général des fonctionnaires de 2003

⁸⁴⁷ Articles 6 du statut des agents non encadrés de l'Etat de 1993 et 13 du nouveau statut général des fonctionnaires de 2003

⁸⁴⁸ Il est normal qu'elles devraient exclure de son champ d'application les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire en respect du principe de séparation de pouvoir et de l'indépendance de la magistrature, leur sort devant être prévu par le statut de la magistrature. On suppose également que, en vertu du principe *lex specialis*, ces dispositions ne concerneraient non plus les corps disposant de système de répression disciplinaire propre et ne relevant uniquement pas du statut général des fonctionnaires, comme le cas des militaires. Ces derniers sont régis particulièrement en matière disciplinaire par le CJSN.

détournés. Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales décentralisées (provinces, communes urbaines, communes rurales) des établissements ou organismes publics.

Le cas de la concussion semble donner plus de champ libre aux autorités puisque la loi de 1961 modifiée en fait référence sans essayer de donner une quelconque définition. On pourrait cependant interpréter cette identité de qualification avec le pénal comme une indication de s'y référer entièrement en ce qui concerne la description du comportement prohibé. Le législateur a cependant ajouté que la concussion est punissable dans l'exercice de la fonction ou à l'occasion de l'exercice de celle-ci. Une précision qui soulève un certain nombre de questions dont la suivante qui vient facilement: est-ce que la concussion peut-elle être commise en dehors de l'exercice de la fonction. Si l'on se réfère ainsi au droit pénal, la réponse ne pourrait être que négative parce que tout d'abord cette infraction ne pourrait avoir lieu que pendant la perception de deniers ou dans la distribution de produits d'établissements publics. Si l'agent se place en dehors du cadre de sa fonction ou le paiement indu n'en est en rien concerné, l'agissement entrerait plutôt dans le cas d'escroquerie ou de vol. La concussion dans le droit pénal est nécessairement commise dans le cadre de la fonction, plus précisément à l'occasion de cet exercice.

Le législateur semble restreindre la liberté d'action de l'autorité disciplinaire en ce qui concerne la corruption lorsqu'il a littéralement emprunté la définition du droit pénal. Elle consiste en effet en l'acceptation ou sollicitation d'offres, de promesses, de dons, de présents pour : faire ou s'abstenir de faire un acte de ses fonctions ou facilité par ses fonctions, même régulier mais non sujet à rémunération. Il ne mentionne toutefois pas l'acte de réception comme agissement répréhensible en présumant sans aucun doute que la réception sans acceptation ne saurait être punissable. Ce qui amène à considérer que l'acceptation suffirait amplement à caractériser et réprimer efficacement l'infraction. Une surabondance qui pourrait faire l'économie des termes pour la concision et la précision dans les travaux législatifs. En ce qui concerne l'acte de la fonction concerné ou facilité par celle-ci, elle peut être régulier ou non. Ce qui semble également donner plus de précision à la qualification du droit pénal sur cette question. En effet, le mot « régulier » suppose la conformité avec les règlements qui régissent la fonction tandis que « juste » pourrait avoir un sens plus large. Néanmoins, la précision est sans doute dénuée d'un intérêt pratique puisque la loi elle-même souligne le peu d'importance de la situation.

S'agissant du trafic d'influence, la définition faite par le législateur administratif apparaît clairement plus restreinte que celle prévue dans le code pénal. En effet, l'influence abusée devant recevoir répression administrative serait uniquement de nature verticale en ce qu'elle devrait nécessairement être orientée vers une puissance publique ou d'une administration placée sous le contrôle de l'*influenceur*. L'incrimination administrative paraît ainsi exclure de son champ l'influence exercée à l'endroit d'une administration ou autorité supérieure ou égale à celui qui en abuse. A vrai dire, l'incrimination disciplinaire ne reprend qu'en partie l'alinéa 2 de l'article 178 du code pénal.

2- Les incriminations propres au droit administratif

La loi de 1961 modifiée ne se cantonne pas à la reprise des incriminations prévues par le code pénal mais semble encadrer plus largement. Cela, sans doute, pour être plus flexible dans la répression des méconduites apparentées à la corruption ou plus largement contraires au devoir d'intégrité. Ainsi, le législateur incrimine aussi les malversations commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses

fonctions⁸⁴⁹. Ne trouvant pas le terme générique de malversation dans le code pénal que la loi sert de référence, on se demande bien ce que législateur a voulu incriminer.

D'une manière générique, la malversation signifierait le détournement de fonds commis dans l'exercice d'une charge ou d'une fonction. L'exemple cité dans le dictionnaire électronique en ligne du Professeur Doucet illustre bien l'acception courante du terme⁸⁵⁰. En droit positif français, le terme malversation viserait spécialement l'acte par lequel un administrateur judiciaire détourne des fonds⁸⁵¹. La jurisprudence française en a fait une application en qualifiant de malversation le fait par un administrateur judiciaire chargé d'une mission d'assistance d'entreprises placées en redressement judiciaire de gonfler indûment les charges de entreprises sous sa surveillance, réduisant ainsi le poids de ses frais généraux et recevant, nets de charge, les frais et honoraires dont il pouvait solliciter le paiement en application des barèmes légaux⁸⁵². Utilisé dans un cadre dépassant la fonction publique, le délit de malversation vise tous les artifices comptables ou autres au moyen desquels le syndic, inspiré par la cupidité, réussit dans sa gestion, à percevoir et à s'approprier les fonds de l'actif du débiteur, au préjudice de la masse⁸⁵³.

On constate constamment l'idée de détournement mais en ayant visé spécialement cette infraction dans le même paragraphe, le législateur aurait certainement une acception autre qu'il faudrait mettre en évidence. On peut supposer que la notion de malversations semble être une incrimination générique qui donne aux autorités une grande flexibilité dans la répression de tout autre manquement au devoir d'intégrité, même non prévu par le droit pénal. C'est ce que semble suggérer la traduction de la notion en malgache « *asa maloto* » qui signifie librement faits malhonnêtes, en tout cas ayant rapport avec les notions d'appropriation frauduleuse de biens dans le cadre de ses obligations professionnelles. La jurisprudence a ainsi suivi le raisonnement de l'Administration en qualifiant de malversations des faits constituant en droit commun d'escroquerie et d'abus de confiance⁸⁵⁴. Il semble en tout cas que les faits non spécifiés par les définitions de la loi de 1961 mais comprises dans leurs équivalences pénales peuvent s'insérer dans la notion de malversation.

CONCLUSION DU TITRE II

Le parcours de la période post-coloniale a permis de voir que les phénomènes de corruption se sont développés jusqu'au point de devenir à la fois systémiques et généralisés, notamment à partir du début des années 80. Parmi les nombreux facteurs possibles de cette expansion, les mouvements répétés de décentralisation, des orientations économiques inappropriées et la politisation de l'administration sont considérés comme les plus déterminants. Il en ressort que l'intégrité a été au plus bas de sa cote sans que le droit pénal n'ait été de quelque secours pour la mettre à l'abri des dits phénomènes. Sur la protection de l'intégrité, presque aucune amélioration n'a été perçue comme d'ailleurs tout l'ensemble du droit pénal qui est resté au stade où le législateur de l'indépendance l'avait laissé. Néanmoins, ce

⁸⁴⁹ Article 1 de la loi de 1961 modifiée par l'ordonnance de 1972

⁸⁵⁰ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_m/lettre_m_mal.htm

⁸⁵¹ Article 207 de la loi du 25 décembre 1985

⁸⁵² Cass.crim. 26 septembre 2001 (*Gaz.Pal.* 2002 II 1861)

⁸⁵³ Poitiers 19 mai 1983 (*D.* 1984 IR 132), <http://ledroitcriminel.free.fr>

⁸⁵⁴ Ch. Adm., *Rakotofiringa c/ Etat malagasy*, n°414/65, 18 février 1967, note Maestre, *Principaux arrêts*, pp.129 et 130

dernier a essayé pendant la première douzaine d'années d'indépendance d'explorer la voie de la répression disciplinaire pour après se résigner et rester plutôt passif face à l'expansion de la corruption. Par la suite, le mal allait atteindre tous les gardiens de l'intégrité, notamment la justice dont l'insignifiant nombre de cas de corruption traités à son niveau ne s'explique évidemment que par son incapacité de faire face à un phénomène qui l'a aussi atteinte gravement. En fin de course, il semble que l'ensemble des citoyens est arrivé à un stade de tolérance faisant de la corruption la règle et l'intégrité l'exception.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

C'est à travers toute l'histoire du droit pénal applicable à Madagascar depuis le début du 19^e siècle jusqu'à nos jours que l'on a pu apprécier l'évolution de la protection pénale d'une des valeurs fondamentales, l'intégrité, que la société se devait de sauvegarder sous peine de désorganisation extrême. Force est de constater que malgré les efforts du législateur d'améliorer la répression des phénomènes de corruption, ceux-ci ont continué de saper non seulement l'intégrité mais plus gravement toutes les valeurs fondamentales qui soutiennent la cohésion sociale. Cette situation se traduisait en une incapacité durable de se mettre sur les rails du développement. Sur le volet économique, le PIB par habitant a connu une tendance décroissante pour arriver autour de 291 dollars US en 2002 et, de 1996 à 2000, le taux croissance n'a pu passer la barre de 5%⁸⁵⁵. Sur le plan environnemental, la surface couverte de forêts est en constante diminution avec un taux de déforestation de 8,6 pendant la décennie passée⁸⁵⁶. En somme, en matière d'indice de développement humain et avec sa note autour de 0,4, la grande île est devenue en quelques décennies la petite sœur de la communauté des îles du sud ouest de l'Océan Indien. De 1975 à 2004, elle a stagné en se classant à la fin bien loin derrière les îles Comores⁸⁵⁷.

On peut dire que, sauf pendant le commencement d'une protection organisée dans le royaume merina c'est à dire du temps d'Andrianampoinimerina où elle a été confondue avec l'équité, valeur jalousement défendue par le droit royal, l'intégrité n'a pas été une valeur identifiée comme nécessitant une protection directe et générale. Sa protection est seulement obtenue par l'intermédiaire de la protection d'une institution, la fonction publique. Ce qui a amené inconsciemment un double standard de comportement dans la société et qui a eu comme conséquence une indifférence sinon une tolérance à l'endroit de ceux qui devaient observer une éthique plus exigeante, les commis de l'Etat.

Cette éclipse de la valeur intégrité se traduit aussi dans la technique de la protection offerte par le droit pénal et par laquelle les efforts ont essayé de cerner dans toutes ses manifestations possibles les phénomènes de corruption qui restent constamment des comportements méritant d'être prohibés pénalement. Il s'ensuit qu'au lieu de voir si un comportement porte atteinte à la valeur protégée, ici l'intégrité, donc méritant une réponse pénale, l'attention se focalise sur les incriminations et ses

⁸⁵⁵ Ministère de l'Economie, Madagascar: Indicateurs économiques et financiers, 1996-2004, <http://www.mefb.gov.mg/>

⁸⁵⁶ De 1979 à 2000, la couverture forestière est passée de 15 812 000 à 8 880 000 ha selon la source IEFN-1996 et Conservation international. ONE, *Tableau de bord environnemental*, 2003, <http://www.pnae.mg/tbe/tbe/national/index.htm>

⁸⁵⁷ UNPD, *Human development report 2004*, Statistics, UNDP, 2004, <http://hdr.undp.org/external/gapminder/2004/hdr2004.html>

éléments. L'on cherche tout logiquement à déterminer si un comportement satisfait l'exigence de la définition triptyque devant constituer une infraction de trafic d'influence, de concussion ou de corruption, au lieu d'apprécier l'atteinte de la valeur protégée.

Il est facile de perdre de vue cette valeur qui mérite d'être en permanence préservée au profit de la construction juridique. Il ne s'agit pas de minimiser les garanties posées par les principes fondamentaux du droit pénal en ce qui concerne les infractions. Toutefois, il convient de rappeler tout simplement que le rôle primordial du droit pénal est la protection de la société à travers ses valeurs fondamentales, en l'occurrence l'intégrité. Maîtriser la corruption signifie orienter le droit pénal vers la protection de l'intégrité en tant que valeur de toute la société, en le faisant remplir aussi son rôle de prévention et de promotion de valeurs, en perspective depuis 2002.

DEUXIEME PARTIE : DE LA LUTTE RENFORCEE CONTRE LA CORRUPTION VERS UNE MEILLEURE PRISE EN CHARGE DE L'INTEGRITE

Face aux phénomènes criminels graves, les pouvoirs publics ont toujours essayé de mettre en place des politiques criminelles adaptées. Cependant, force est de constater que ces politiques avaient rarement produit les résultats escomptés : la réduction du phénomène criminel à un taux ne lui permettant plus de troubler gravement l'ordre social, écologique et économique du pays. L'exemple ci-après des luttes interminables contre les phénomènes de vol de bovidés et de vol de vanille illustre bien l'inefficacité d'une politique à dominante répressive sans rapport à la protection de la valeur atteinte.

Le zébu, un emblème national, constitue par sa population une des richesses de Madagascar. Culturellement, les grands événements familiaux et sociaux des malgaches sont toujours marqués par le sacrifice de zébus, de la naissance jusqu'à la mort, du moins pendant les périodes fastes. Du point de vue économique, l'animal constitue à la fois un moyen de production, notamment pour le piétinement des rizières, et une méthode d'épargne, constituant ainsi un signe extérieur de richesse. Sur le plan écologique, le zébu est une race locale endémique dont la population diminue progressivement sous la pression économique et les maladies bovines. Cette grande valeur qui lui est attribuée attire bien de convoitises et, malgré la difficulté de l'écoulement clandestin des troupeaux volés, le vol de bovidés n'a cessé de prendre de l'ampleur jusqu'à faire réfléchir sur la boutade disant que le phénomène ne cessera qu'avec la disparition de l'espèce. Historiquement, la répression de ce vol particulier a commencé dès les temps royaux et a continué pendant la colonisation dans le but aussi d'assurer l'exportation vers la métropole⁸⁵⁸. Il faut dire que le vol de bovidés, compte tenu de son importance dans la vie des ruraux, constitue une criminalité troublant au plus haut point l'ordre public. Il est amplifié par les méthodes violentes et terrorisantes employés par les « dahalo » ou « *malaso* », nom de guerre des voleurs de bovidés.

Conscient du ravage causé par le phénomène, le législateur de l'indépendance a pris différentes mesures afin de l'enrayer durablement. Pour la préservation de la population, des mesures de gardiennage, de réglementation de l'abattage, de reproduction, de recensement, de marquage, de circulation et de commercialisation ont été constamment développées. L'application des éleveurs à respecter ces mesures est telle qu'on a ironiquement fait remarquer qu'en matière d' « état-civil », le zébu est mieux enregistré que l'enfant rural, dans nombreuses régions. Toutefois, la mesure répressive a toujours tenu le dessus par la prise de plusieurs textes législatifs organisant la répression pénale du phénomène⁸⁵⁹. Le cadre juridique est particulièrement caractérisé par son extrême sévérité et exorbitance. C'est ainsi que le vol, la mutilation et la mise à mort sans nécessité de zébu constituent depuis 1960⁸⁶⁰ un crime puni de travaux forcés à temps⁸⁶¹ ou dans certaines circonstances

⁸⁵⁸ Voir arrêté du 7 mai 1921 et les diverses mesures interdisant momentanément la vente et l'exportation en vue de reconstituer la population de zébu.

⁸⁵⁹ Ordonnance n° 75-019 du 23 août 1975 édictant des mesures exceptionnelles pour la poursuite des infractions à l'ordonnance n° 60-106 (*J.O* n° 1077 du 30.8.75, p.2317), modifiée par la loi n°80-037 du 23 décembre 1980 (*J.O* n° 1408 du 27.12.80 (*J.O* n°1408 du 27.12.80, p.2302)

⁸⁶⁰ Ordonnance n° 60 106 du 27 septembre 1960 relative à la répression des vols de bœufs (*J.O* n° 124 du 1.10.60, p. 1949, R.T.L V), modifiée et complétée par la loi n° 61-130 du 18 octobre 1961 (*J.O* n° 190 du 21.10.61, p.1818), l'ordonnance n° 62-090 du 1^{er} octobre 1962 (*J.O* n° 250 du 19.10.62, p.2371), l'ordonnance n°

aggravantes de travaux forcés à perpétuité⁸⁶² ou de la peine capitale⁸⁶³, outre les mesures spéciales en matière de poursuite. Cette prépondérance pénale n'a pas pu empêcher l'augmentation constante des vols⁸⁶⁴ et a ainsi fait multiplier les *Dina*, signe de l'insuffisance du droit étatique⁸⁶⁵. Une préoccupation similaire est retrouvée en matière de vol de vanilles⁸⁶⁶, un des produits majeurs de l'économie, avec moins de rigueur au niveau de la peine⁸⁶⁷.

Ces deux exemples de politiques criminelles du passé ont montré l'échec du tout répressif sinon de la prépondérance de la répression pénale dans la maîtrise d'une criminalité importante. En ce qui concerne le zébu, la préservation de la race principalement par le droit pénal n'a pas suffi à la rendre un bien que la société toute entière serait prompte à protéger. La vanille quant à elle n'est défendue que pour sa valeur commerciale. Sans doute, il fallait également voir en ces deux objets marchands une solution sur la distortion du marché, l'éleveur malgache ne visant pas à satisfaire le marché de viandes mais ses besoins en épargne. Entre autres, l'impuissance de telles orientations est attribuée à leur vulnérabilité aux phénomènes de corruption, due à l'existence de pouvoirs discrétionnaires importants et l'enjeu financier important. Il faudrait alors pour la corruption, tenter une politique plus appropriée capitalisant les leçons apprises, notamment des échecs des politiques criminelles du passé. Une politique orientée non vers le phénomène criminel mais vers la valeur sociale protégée. Dans la première conception, le droit pénal constitue à la fois l'instrument de défense privilégié et l'*ultima ratio*, le dernier recours tout en étant parfois en soutien des mesures préventives, générales ou spéciales. Tandis que la seconde met le droit pénal comme un volet indispensable et d'égale importance avec les volets prévention et éducation pour la promotion de la valeur immunisatrice de la société. Ces volets, faudra-t-il encore le rappeler, doivent recevoir application uniforme et simultanée pour une meilleure effectivité.

En 2002, l'orientation de Madagascar dans sa lutte contre les phénomènes de corruption épouse cette vision pragmatique et tend à considérer l'outil pénal comme un tout inséparable d'une stratégie à trois volets. Pour les deux volets non pénaux, il s'agit de l'élimination des opportunités de corruption dans les systèmes et la revalorisation de l'intégrité dans l'échelle des valeurs sociales, notamment au niveau des institutions. Vu sous cet angle, les réformes nouvellement entamées ont apporté des innovations en droit pénal, lesquelles se traduisent en une lutte renforcée contre la corruption (TITRE I). Elle offre cependant de nouvelles perspectives quant à la meilleure prise en compte de la valeur intégrité, notamment celle des institutions pour mieux sécuriser le processus de développement durable (TITRE II).

75-023 du 1^{er} octobre 1975 (*J.O* n°1084 du 11.10.75, p.2660), et l'ordonnance n°76-015 du 17 mai 1976 (*J.O* n° 1129 du 5.6.76, p.1327 ; erratum : *J.O* n° 1131 du 19.6.76, p.1442)

⁸⁶¹ Articles 6 et 7 de l'ordonnance du 27 septembre 1960

⁸⁶² Article 5 de l'ordonnance du 27 septembre 1960

⁸⁶³ Article 4 de l'ordonnance du 27 septembre 1960

⁸⁶⁴ ONI, Vol de bovidés dans la région de la Haute Matsiatra, *Rapport d'observation*, avril-mai 2006, pp. 5 et ss.

⁸⁶⁵ Exemple *Dinan'i Toliary*, approuvé par le décret n° 75-159 du 23 août 1975 (abrogé en 1979)

⁸⁶⁶ Ordonnance n° 60-056 du 9 juillet 1960 réglementant la production et la commercialisation de la vanille suivie de plusieurs textes d'application dont le décret n° 66-176 du 30 mars 1966 relatif à la commercialisation de la vanille (*J.O* n° 473 du 12.4.66, p.819)

⁸⁶⁷ Le vol de vanille encourt un maximum de 10 ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 de francs. Loi n°88-028 du 16 décembre 1988 tendant à renforcer la répression des vols de vanille (*J.O* n° 1903 du 19.12.88, p. 2184, E.S) ;

TITRE I- LUTTE RENFORCEE CONTRE LA CORRUPTION

Le mouvement anti-corruption de Madagascar n'est pas isolé, la lutte s'inscrit dans la logique globale entamée depuis plus d'une décennie (SECTION 1). A cet effet, le renforcement du droit pénal a été rendu inévitable afin de donner un coup d'arrêt au développement de la corruption (SECTION 2).

CHAPITRE I-FAIRE PARTIE DU MOUVEMENT GLOBAL

Une importante réforme a eu lieu dans la partie du code pénal traitant les infractions de corruption. En effet, afin d'assurer une meilleure répression des phénomènes de corruption, toutes les incriminations existantes ont subi une modification substantielle et d'autres incriminations nouvelles y ont été introduites. Cette évolution historique a été principalement apportée par la loi 2004-030 du 9 septembre 2004 sur la lutte contre la corruption, laquelle s'efforce de se mettre aux standards des normes internationales en la matière qui ont également évolué d'une manière remarquable.

SECTION 1- LES NORMES INTERNATIONALES

Nombreux sont les instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption et presque toutes les organisations, à vocation universelle ou régionale, ont les leurs. Il convient de s'intéresser particulièrement à la Convention des Nations Unies et celle de l'Union Africaine en raison de leur pertinence pour Madagascar.

A. LA CONVENTION DES NATIONS UNIES

L'internationalisation de la lutte contre la corruption a débuté avec les conséquences du scandale historique *Watergate* lorsque les investigations ont montré que nombreuses compagnies américaines font des paiements illicites aux autorités publiques de pays étrangers pour sécuriser leurs affaires⁸⁶⁸. Par la suite, les Nations Unies ont tenté d'adopter un traité interdisant les pots de vins, mais en vain à cause des rivalités idéologiques et économiques de l'époque⁸⁶⁹. De cette dynamique, il n'était sorti qu'une seule résolution de l'Assemblée Générale qui condamne la corruption sur les transactions internationales⁸⁷⁰.

Après des décennies de tolérance, la communauté internationale a, au début des années 90, commencé à prendre sérieusement conscience des ravages occasionnés par les phénomènes de corruption. Partout dans le monde et surtout dans les pays en développement, ces phénomènes menacent gravement la stabilité et la sécurité des sociétés, les valeurs démocratiques et morales, la préservation de l'environnement ainsi que le développement social et économique⁸⁷¹. En effet, à partir de cette période et confirmant cette préoccupation grandissante, des instruments

⁸⁶⁸ Posadas A., *Combating corruption under international law*, *Duke J. Comp. & Int'l. L.*, 1999-2000, pp.364 et s.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p.368

⁸⁷⁰ G. A. Res. 3514, U.N GAOR, 2d Comm, 30th Sess., U.N Doc. A/10467 (1975)

⁸⁷¹ Prise de conscience par les effets boomerangs de la corruption chez les pays du nord, notamment en matière de concurrence, mais surtout poussée par l'activisme d'ONG comme TI et les scandales impliquant de hautes personnalités étatiques dans des pays comme la Russie, la France, l'Italie et autres

multilatéraux visant à prévenir et combattre la corruption étaient adoptés⁸⁷². Cependant, ils étaient limités soit sur leurs objets soit sur leur champ spatial d'application pour venir à bout d'un fléau universel et méconnaissant les limites frontalières et régionales.

L'Organisation des Nations Unies a commencé à prendre ses responsabilités vers le milieu des années 90 par l'adoption de deux résolutions visant le contrôle de la corruption dans la fonction publique et les échanges commerciaux internationaux⁸⁷³. Après avoir pris conscience que la corruption ne pouvait pas être efficacement jugulée par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, l'Assemblée Générale des NU dans sa résolution 55/61 en date du 4 décembre 2000, avait décidé d'élaborer un autre instrument juridique international spécialement voué à maîtriser la corruption. Conciliant les intérêts divergents des pays sur des points importants comme le rapatriement des avoirs détournés et l'entraide internationale, la Convention des Nations Unies contre la corruption fut adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 31 octobre 2003 et présentée pour la signature en décembre 2003 à Mérida, Mexique. Elle est entrée en vigueur le 14 Décembre 2005 par le dépôt du 30^e instrument de ratification, conformément à l'article 68 de la Convention. En septembre 2004, Madagascar a ratifié cet instrument universel contre la corruption, une communauté forte actuellement de 100 membres⁸⁷⁴.

Cette convention est loin d'être uniquement une convention pénale. En effet, outre la répression pénale, une place importante est accordée aux mesures de prévention qui recommandent d'adopter une attitude proactive face à la globalisation du phénomène. Elles cherchent en cela à minimiser les opportunités de corruption dans les procédures à risques et de favoriser une culture rejetant la corruption. Par exemple, il est demandé aux Etats parties la mise en place d'organisme anti-corruption et de favoriser la transparence dans le financement des campagnes électorales et des partis politiques. La participation de la société civile pour une éducation anti-corruption est aussi encouragée.

La Convention accorde aussi une grande importance à la coopération entre pays dans la lutte contre la corruption dans tous les domaines : la prévention, l'éducation, l'investigation et la poursuite. Elle oblige ainsi les Etats parties à fournir leur assistance en cas de demande de preuves, d'extradition, de saisie ou de confiscation des produits de la corruption. Le volet le plus important, surtout pour les pays en développement, reste le rapatriement des fonds détournés au pays d'origine. Cette innovation en droit international oblige les Etats parties à agir dans le sens d'une large coopération en matière de confiscation et de recouvrement des avoirs

⁸⁷² Entre autres, on peut citer la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains le 29 mars 1996, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 mai 1997, la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par l'OCDE le 21 novembre 1997, la Convention pénale sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999, la Convention civile sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1999, et la Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption, adoptée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine le 12 juillet 2003.

⁸⁷³ Résolution 51/59 du 12 décembre 1996, par laquelle elle adoptait le Code international de conduite des agents de la fonction publique, et recommandait aux États Membres de s'en servir comme guide dans leur lutte contre la corruption, et la résolution 51/191 du 12 décembre 1996, par laquelle elle adoptait la Déclaration des Nations Unies sur la corruption et les actes de corruption dans les transactions commerciales internationales.

⁸⁷⁴ Avec la dernière ratification du Portugal le 28 septembre 2007, la Convention intègre plus de la moitié des Etats en moins de deux ans d'entrée en vigueur.

illicites étrangers placés chez eux. Cependant, il convient de mentionner ce que les analystes ont reconnu comme le tendon d'Achille de la Convention : ses mécanismes de mise en œuvre méritent encore d'être développés en tirant les leçons de ceux déjà expérimentés dans les autres conventions, notamment celle de l'OCDE.

Sur le volet pénal, l'instrument énonce succinctement les comportements répréhensibles en matière de corruption et recommande aux pays membres leurs incriminations. En son Chapitre III intitulé « Incrimination, détection et répression », le texte universel décrit succinctement sans vraiment les définir les actes de corruption qui globalement méritent d'avoir une réponse uniforme. Cette absence de définitions précises n'en cache pas moins un long processus de compromis⁸⁷⁵. En effet, l'existence de dispositions contraignantes n'a pas pu dominer la physionomie pénale de la Convention, caractérisée par l'optionnalité de nombreuses dispositions.

I. LES DISPOSITIONS CONTRAIGNANTES.

L'adoption de cet instrument constitue une grande avancée dans la réponse pénale face aux phénomènes de corruption, par son caractère universel. Elle ambitionne tout autant à apporter une certaine uniformité sur certains principes de droit pénal général.

1- Caractère universel

La Convention onusienne ne s'est pas cantonnée à réglementer la corruption transnationale mais s'est aussi préoccupée des phénomènes ayant exclusivement le caractère national. Sur ce point, elle se rapproche de la Convention interaméricaine de lutte contre la corruption de 1996, mais s'en distingue par le côté transnational. Cette dernière ne recommande que l'incrimination de la partie active de la corruption. La Convention des Nations Unies recommande ainsi aux Etats parties d'incriminer en ce qui concerne les d'agents publics nationaux, la corruption passive ou active⁸⁷⁶, la soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens⁸⁷⁷, le trafic d'influence⁸⁷⁸, l'abus de fonction⁸⁷⁹ et l'enrichissement illicite⁸⁸⁰. La corruption et la soustraction de

⁸⁷⁵ Il a fallu sept sessions du Comité ad hoc de négociation entre le 21 janvier 2002 et le 1er octobre 2003 pour négocier le texte de ce qui sera dénommé la Convention Nations Unies contre la Corruption.

Ce texte a été adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 31 octobre 2003, soit moins de deux ans après le début des négociations. Ce qui témoigne la ferme détermination de la communauté internationale d'éradiquer la corruption. Selon Monsieur Kofi Annan, Secrétaire Général des NU, dans son message adressé à l'Assemblée pendant la session d'adoption de l'instrument, elle constitue un signal clair à l'endroit des tenants de la corruption que désormais la trahison de la confiance du public ne sera plus tolérée.

Il faut dire que la Convention est le résultat de difficiles négociations. Il a fallu tenir compte encore une fois des divergences d'intérêts entre les pays riches et ceux en voie de développement. Et malgré les différents points faibles relevés par les observateurs, l'instrument contient les essentiels pour amener les Etats à s'y conformer. Il reflète également toutes les positions quant à la façon d'appréhender juridiquement le phénomène. Remarquons cependant que parmi les 12 premiers Etats parties, on ne recense pas un pays riche du Nord.

Principalement les points de divergences tournaient autour des points classiques d'intérêts nationaux et de traditions juridiques. Sur la question d'intérêt national, le point focal était sur la conséquence économique et politique de certains thèmes comme le financement des parties politiques et des campagnes électorales.

⁸⁷⁶ Article 15

⁸⁷⁷ Article 17

⁸⁷⁸ Article 18

⁸⁷⁹ Article 19

⁸⁸⁰ Article 20

biens dans le secteur privé⁸⁸¹ figurent parmi les incriminations recommandées, n'ayant pas nécessairement un caractère transnational. Elles constituent une originalité par rapport aux autres textes multilatéraux, sauf celui de l'Union Africaine de 2003⁸⁸². Par exemple, celui du Conseil de l'Europe se limite à la corruption passive ou active au cours d'une activité d'affaires.

La dimension internationale est largement prise en compte par l'incrimination concernant les agents publics étrangers⁸⁸³ et des fonctionnaires internationaux⁸⁸⁴. L'article 16 de la Convention dépeint les comportements répréhensibles de la part des catégories de personne visée. Il s'agit de l'extension de la corruption active⁸⁸⁵ mettant en cause des agents qui, traditionnellement, étaient en dehors de la sphère de la fonction publique nationale à protéger. Si du côté de la partie active de ce nouveau pacte corrupteur, la Convention se montre contraignante, elle devient plus réservée sur sa partie passive⁸⁸⁶, sans doute à cause des dispositions de droit international bien établi concernant les immunités et privilèges en matière pénale.

On peut déjà apprécier jusque là que la valeur protégée dépasse largement le cercle des biens juridiques usuellement protégés par certains droits nationaux, y compris ceux de Madagascar avant la réforme de 2004 et de la France. Ces pays, comme l'intitulé des sections respectives de leur code pénal, protègent tout au plus le devoir de probité des personnes chargées de fonction publique, en d'autres termes les fonctionnaires nationaux et assimilés. Il faudra toutefois signaler que le champ d'application de cette incrimination se trouve réduite aux domaines de marchés et de commerce internationaux. Ce qui les rapproche plus de la Convention pénale du Conseil de l'Europe qui ne limite pas la corruption transnationale aux infractions relatives aux transactions commerciales, contrairement à ce que font la Convention de l'OCDE et celle de l'Amérique.

Des incriminations des actes pouvant utiliser les frontières sont également prévues, comme le blanchiment des produits de crime⁸⁸⁷. Ayant pris origine, semble-t-il, aux Etats-Unis, le blanchiment d'argent a été repris par d'autres conventions non nécessairement relatives à la corruption. En effet, le blanchiment d'argent est spécialement encadré par la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée, notamment en ce qui concerne les produits du trafic de

⁸⁸¹ Articles 21 et 22

⁸⁸² Article 4

⁸⁸³ L'article 2-a) définit la notion d'"agent public étranger" par toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique

⁸⁸⁴ L'article 2-c) le dénomme par "fonctionnaire d'une organisation internationale publique", c'est-à-dire un fonctionnaire international ou toute personne autorisée par une telle organisation à agir en son nom

⁸⁸⁵ *Article 16 Corruption active 1.* Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international.

⁸⁸⁶ *Article 16 Corruption passive 2.* Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, au fait, pour un agent public étranger ou un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles.

⁸⁸⁷ Article 23 Blanchiment du produit du crime

stupéfiants⁸⁸⁸. L'article 23 de la Convention de Mérida renforce ainsi ce dispositif en ce qu'elle ne spécifie pas le crime source de l'argent à blanchir, ce qui la différencie aussi de la Convention Européenne qui n'encadre que les produits de la corruption. Toutefois, le texte d'incrimination contient une clause échappatoire permettant aux législateurs nationaux de subordonner son adoption aux commodités du système national. Par ailleurs, à première vue, cette incrimination semble difficilement entrer dans la famille des infractions de corruption et assimilés du fait qu'elle vise une infraction qui en elle-même constitue une activité criminelle autonome sans directement détruire la valeur intégrité, au sens strict.

De ce qui précède, on peut dire que la Convention des Nations Unies sur la corruption se distingue par sa volonté à appréhender toutes les manifestations du phénomène et ce dans tous les secteurs. Elle développe également les acquis des autres conventions multilatérales ayant le même objet concernant quelques principes de droit pénal.

2- Uniformisation de quelques principes du droit pénal général

Outre la direction indiquée par elle sur les comportements à incriminer, tendant à mettre au même standard les divers droits pénaux spéciaux des pays membres, la Convention se prononce également sur des éléments relevant plutôt du droit pénal général. Cette position sur des éléments caractérisant des principes essentiels du droit pénal général, tend à rapprocher les grandes tendances en la matière, notamment celles du *droit écrit* et celle de la *common law*.

Certains principes récents du droit de la responsabilité pénale tendent à être admis comme principe de droit pénal international par une mise en conformité des droits nationaux. En effet, la Convention admet la responsabilité pénale des personnes morales lorsqu'elles participent dans la commission des infractions retenues par elle. Le texte laisse cependant une large latitude au législateur national dans le choix de la nature de la responsabilité qui pourrait aussi être civile ou administrative. En fait, cette marge de manœuvre ne concerne que le choix positif entre les trois types de responsabilité et non celui de ne pas retenir la responsabilité du tout. Elle est ainsi contraignante à certains égards, mais contient toujours en second plan la clause type d'échappatoire.

La notion de participation mérite certainement des précisions lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité d'une personne morale puisqu'elle supposerait a priori un acte intentionnel qui reste l'apanage des personnes physiques. A défaut, la personne morale voit alors sa responsabilité mise en cause si elle bénéficie de la commission de l'infraction. En tout cas, elle n'exclut pas la responsabilité de la personne physique qui a matériellement commis l'acte ou l'omission répréhensible. Cette participation, autre que la coaction, n'est pas l'exclusivité des personnes morales puisque l'article 26 de la Convention indique aux parties de conférer le caractère d'infraction pénale, conformément à son droit interne, au fait de participer à quelque titre que ce soit, par exemple comme complice, autre assistant ou instigateur, à une infraction établie conformément à la présente Convention. Elle semble plus large que la complicité classique mais c'est certainement aux droits nationaux de le préciser en premier lieu selon leur propre principe de droit pénal.

⁸⁸⁸ Notamment la Convention des N.U de 1988 contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes

Par ailleurs, la Convention consacre la nature intentionnelle des infractions qu'elle décrit en précisant en son article 28 que la connaissance, l'intention et la motivation sont des éléments constitutifs à retenir. La connaissance et l'intention ressortent logiquement du dol général des infractions tandis que la motivation se rapproche du dol spécial sinon même le mobile dans leurs commissions. Ce dernier étant encore non pris en compte dans certains droits nationaux comme celui de Madagascar.

En outre, a-t-on pu dire, étant donné que la corruption semble dans certains des cas un délit facilitateur ou d'assurance, cette Convention a l'inconvénient de se désintéresser des infractions connexes. A la différence du droit interne, la situation du droit pénal spécial international, ayant autant d'infractions que de conventions⁸⁸⁹, peut entraîner des difficultés d'application en matière de connexité lorsque par exemple les statuts de deux pays concernés ne sont pas identiques sur les matières litigieuses.

On perçoit que la force obligatoire de ces principes est assez mitigée par l'existence de clauses exonératoires et cela conduit à les considérer également comme des dispositions facultatives.

II. PREDOMINANCE DES DISPOSITIONS FACULTATIVES

Comme toute convention, celle des Nations Unies constitue une rencontre de volontés. Elle tient ainsi compte des intérêts communs mais cherche tout autant à ménager ceux qui sont divergents. L'atteinte de l'objectif communément déclaré, la maîtrise de la corruption, peut en effet prendre plusieurs voies et la Convention, dans la majorité de ses dispositions, tient compte de cette dynamique d'intérêts par une démarche prudente. Il en résulte cependant un scepticisme sur son efficacité.

1- Prudence due aux divergences d'intérêts

Cherchant visiblement à ménager les grandes traditions juridiques, la Convention montre une certaine retenue. Dans son volet pénal, elle n'oblige que dans quelques dispositions en laissant une grande latitude aux Etats parties lorsqu'il s'agit notamment de dispositions originales protégeant l'intégrité des agissements plus subtils. Des points de discordance durant les négociations sont à l'origine de la souplesse de certaines dispositions. Ainsi à la suite de la résistance affichée par les États-Unis sur la transparence du financement politique, le compromis a abouti à une disposition molle et facultative dissimulée dans un article intitulé « Secteur public »⁸⁹⁰. Il en résultait que cette question essentielle au traitement des infractions de corruption de niveau élevé restait ainsi en dehors de la sphère pénale de l'instrument universel.

Pour satisfaire les positions des uns et des autres, il a fallu sur d'autres questions opter pour des dispositions pénales non contraignantes. C'est le cas de l'acceptation de pots-de-vin par des agents publics étrangers dont l'argument invoqué pour la faculté serait que cette responsabilité incombe avant tout au pays d'origine desdits agents publics. Il a aussi été argumenté que cette position ne conviendrait pas aux cas impliquant des fonctionnaires d'organisations publiques internationales,

⁸⁸⁹ Sur la vie et intégrité physique de la personne (Convention de 1984 sur la torture...), la dignité de l'être humain (Conventions de 1949 sur la traite, de 1923 et 1966 sur la discrimination), la sécurité des personnes (Convention de 1999 sur le terrorisme), la santé (Convention de 1988 sur les stupéfiants), biens faux monnayages, transactions commerciales (Convention de 1988 sur le blanchiment)

⁸⁹⁰ http://www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2004/fr/Rapports_internationaux_et_regionaux.pdf p. 2/p.130

comme l'ONU. L'on se demanderait alors, dans le cas contraire, sur le mécanisme de mise en jeu de la responsabilité pénale de ces fonctionnaires étant donné qu'ils n'ont pas de « gouvernement d'origine » pour assumer la responsabilité du for répressif, outre les mesures disciplinaires et les questions d'immunités souvent opposées.

Ensuite, on peut y inclure les incriminations qui concernent exclusivement les agents du secteur privé, quelle que soit leur qualité, patron ou salarié. L'article 21 de la Convention vise ainsi les dirigeants d'entreprises, mandataire ou propriétaire, qui font partie en tant que passif d'une transaction de corruption. Il vise au même pied d'égalité les personnes susceptibles d'agir en tant que partie active de la dite transaction. Même considérée comme des cas de corruption mettant en danger la globalisation de l'économie et surtout le développement des économies en développement, la corruption privée a rencontré une résistance inattendue de la part des Etats Unies qui argumentent qu'elle peut être traitée par des moyens non pénales⁸⁹¹. On constate également que la Convention s'attache à donner de l'importance à la répression des malversations dans le secteur non étatique en poursuivant également la soustraction des biens⁸⁹², dans la même logique qui réprime les mêmes agissements dans le secteur public. Encore très restreint sur leur champ d'application,⁸⁹³ ces dispositions concernant la corruption dans le secteur privé restent entièrement dans la partie molle de la Convention.

Une autre incrimination s'inscrivant dans cette catégorie est l'enrichissement illicite que la Convention propose d'une manière très réservée. Il s'agit de conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, à l'enrichissement illicite, c'est-à-dire une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes⁸⁹⁴. On retrouve cependant ce genre d'incrimination dans de nombreux grands Etats, notamment en matière de grande criminalité⁸⁹⁵.

L'on avoue ne pas complètement comprendre cette réserve sur les autres incriminations qu'on peut retrouver dans presque tous les droits pénaux contemporains et de traditions juridiques différentes. L'incompréhension devient de plus en plus poussée lorsqu'on constate *a contrario* que sur certaines questions qui divisent encore les camps juridiques, classiques ou non, la Convention montre sa fermeté. C'est le cas par exemple de la responsabilité des personnes morales et le blanchiment des produits du crime.

2- Scepticisme quant à l'efficacité

Ceci étant, tous s'accordent à reconnaître que la Convention des Nations Unies contre la corruption apporte des innovations en essayant d'élargir au maximum la conception de la corruption. Ce qui assure, au niveau global ainsi qu'au niveau des

⁸⁹¹ Webb P., *the United Nations Convention Against Corruption, Global achievement or missed opportunity*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, No. 1, Oxford University Press, 2005, p. 212 et s.

⁸⁹² *Article 22 Soustraction de biens dans le secteur privé qui incite à incriminer* l'acte a été commis intentionnellement dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales, à la soustraction par une personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de tous biens, de tous fonds ou valeurs privés ou de toute autre chose de valeur qui lui ont été remis à raison de ses fonctions.

⁸⁹³ Exclusivement en matière économique, financière ou commerciale,

⁸⁹⁴ *Article 20 Enrichissement illicite* Sous réserve de sa constitution et des principes fondamentaux de son système juridique

⁸⁹⁵ Exemple Mali, Sénégal, etc.

Etats, une meilleure protection de la valeur intégrité. Plus d'un restent cependant sceptiques quand à l'efficacité de cet instrument dans la maîtrise de la grande corruption internationale, eu égard au degré de compromission sur son adoption. Il est difficile toutefois de préjuger que la prédominance de la partie « soft » dans le volet pénal de la Convention constitue réellement une faiblesse. Il faudrait certainement voir son appropriation par les Etats parties pour en être fixé. On avance que la force d'un traité international ne réside uniquement pas sur la contrainte, même formellement consentie, mais plutôt par la réelle volonté des parties de s'y soumettre de bonne foi, notamment en ce qui concerne les dispositions facultatives.

Il faut également reconnaître que les textes internationaux résultent des dynamiques des intérêts étatiques appelés à évoluer même si cette évolution ne se dirige pas toujours vers l'efficacité. Dans la pratique, l'effectivité des textes internationaux dépend largement de la disposition des grandes puissances, notamment les Etats Unies et depuis peu l'Union Européenne, de les appliquer et inciter ou exiger des autres acteurs leurs applications⁸⁹⁶. En l'absence d'une entité supranationale chargée de faire appliquer le droit international, le vide est naturellement comblée par la loi du plus fort. Il est à craindre alors que ne seront effectivement appliquées que les dispositions qui serviront uniquement les intérêts des grandes puissances⁸⁹⁷. Ainsi dans la lutte internationale contre la corruption, il faudrait s'attendre à ce que les dispositions qui ouvrent le marché mondial aux grandes multinationales soient les plus rapidement mises en effectivité, comme par exemple la corruption d'agents publics étrangers.

Pour les Etats de l'Union Africaine, certaines omissions ou faiblesses de la Convention des NU seraient théoriquement comblées par la Convention de Maputo.

B. LA CONVENTION DE L'UNION AFRICAINE

Se substituant à l'Organisation de l'Unité Africaine, qui principalement était orientée vers l'émancipation politique du continent noir, l'Union Africaine vise plutôt une gouvernance meilleure et, à terme, une intégration plus poussée sur tous les plans. De tous les instruments internationaux ayant pour objet la maîtrise de la corruption, il est indéniable que celle de l'Union Africaine offre théoriquement la plus ferme protection de l'intégrité en tant que valeur universelle essentielle dans l'assurance du développement durable. Cette fermeté a cependant suscité des critiques virulentes de la part de la doctrine sur quelques infractions qualifiées de liberticides.

I. UNE PROTECTION ASSEZ COMPLETE

Comme celle des Nations Unies, la Convention africaine s'intéresse également à toutes les voies d'encadrement possibles de la corruption. Elle offre toute une

⁸⁹⁶ Tout récemment, la Chine affiche également une volonté de contribuer à l'effectivité de la Convention des Nations Unies contre la corruption par le soutien très prononcé de la mise en place de l'Association des Autorités Anti-Corruption (IAACA), créée en octobre 2006 lors de sa première réunion tenue à Beijing. Pour de plus amples informations, visiter le site <http://www.iaaca.org/>

⁸⁹⁷ Sans doute par anticipation, la Banque Mondiale et l'UNODC ont conjointement lancé en septembre 2007 l'initiative StAR (Stolen Asset Recovery) qui vise à aider les pays en développement à récupérer les avoirs détournés par les dirigeants corrompus et placés dans les pays développés. Voir en ce sens http://www.unodc/press_release_2007_09_17.html

panoplie de mesures préventives, éducatives et répressives. En ce qui concerne ces dernières, elles se distinguent par sa fermeté et l'existence de certaines originalités.

1- Fermeté de langage

Elle contient en premier lieu une gamme assez large d'incriminations qui couvrent presque tous les comportements de nature à porter atteinte à l'intégrité⁸⁹⁸. On y retrouve ainsi toutes les incriminations que l'on peut trouver dans les autres conventions internationales existantes. En outre, l'instrument panafricain adopte une approche qui semble devenir la norme en considérant que les auteurs des infractions de corruption ne sont uniquement plus les agents publics mais aussi d'autres personnes. Seulement, elle se limite là en restant silencieuse sur les agents publics étrangers et les fonctionnaires des organisations internationales, contrairement à ce que fait l'instrument des Nations Unies.

L'on se demande ainsi sur la signification de l'expression « toute autre personne » qui est alignée avec l'agent public dans la corruption passive ou active mettant en cause ces derniers. Des Etats parties peuvent-ils, sur la base de ces dispositions, incriminer la corruption active ou même passive des agents étrangers ? Ce qui semble clair c'est que l'expression concerne des personnes autres que les agents publics et les agents du secteur privé, leurs cas étant prévues par les dispositions des paragraphes e) et f) de l'article 4-1°. Il ne devrait s'agir non plus d'une alternative en prévision de la variété de catégories de personnes servant dans la fonction publique, comme le fait la Convention Interaméricaine de 1993 qui semble avoir une structure similaire en ce qui concerne les incriminations. Ce qui milite en faveur d'une interprétation large, laquelle semble bien être compatible avec les règles de compétence de l'article de l'article 13.

En second lieu, la Convention exige l'engagement des Etats parties pour incriminer les comportements de corruptions ou d'infractions assimilées qu'elle déclare prohiber⁸⁹⁹. Elle ne contient donc pratiquement pas des dispositions molles qui laissent aux pays le choix d'incriminer ou non selon la permission de leur système juridique respectif, sauf en ce qui concerne l'enrichissement illicite⁹⁰⁰.

2- Existence de certaines originalités

En ce qui concerne les actes de corruption, à la différence des autres instruments internationaux ayant le même objet, la Convention africaine prohibe le trafic d'influence, passive ou active, dans le secteur privé comme dans le secteur public. On peine également à trouver une telle incrimination dans les législations pénales internes, du moins dans celles de tradition du droit civil. Dans ce cadre, l'incrimination se rapproche dans une certaine mesure de l'escroquerie ou le recel ou complicité de cette dernière⁹⁰¹. Dans les deux cas, l'incrimination semble exclure de

⁸⁹⁸ Article 4 de la Convention

⁸⁹⁹ Article 5-1: les Etats parties s'engagent à adopter les mesures législatives et autres mesures requises pour définir comme infractions pénales, les actes visés au paragraphe 1 de l'article 4 de la présente Convention.

⁹⁰⁰ Article 8

⁹⁰¹ Article 4-f: l'offre, le don, la sollicitation ou l'acceptation, de manière directe ou indirecte, ou la promesse d'un avantage non justifié à une personne ou par une personne affirmant ou confirmant qu'elle est en mesure d'influencer irrégulièrement la décision d'une personne exerçant des fonctions dans le secteur public ou privé, en contrepartie de cet avantage, que celui-ci soit destiné à elle-même ou à une autre personne, ainsi que la demande, la réception ou l'acceptation de l'offre ou de la promesse d'un tel avantage, en contrepartie d'une telle influence,

cette prohibition l'utilisation régulière de l'influence avec des avantages justifiés, comme le cas des professionnels du lobbying.

Autre trait marquant, la Convention tend à ne plus mettre une différence entre le secteur privé et le secteur public puisque, même en matière d'abus de fonction⁹⁰², on ne retrouve pas une incrimination qui n'est pas applicable aux agents du secteur privé. Il est important de noter que la Convention demande en conséquence que des lois sur la lutte contre la corruption soient mises en application dans les deux secteurs⁹⁰³. Il semble en outre que la Convention va plus loin en exigeant aux agents publics et à tout autre personne le même devoir d'intégrité dans l'utilisation de biens appartenant à l'Etat et ses démembrements. Ce qui ressemble ni plus ni moins, pour les personnes autres que les agents publics, au vol ou abus de confiance des propriétés de l'Etat⁹⁰⁴. On peut néanmoins considérer que cette position égalitaire constitue un grand pas vers la protection uniforme de l'intégrité par tous les citoyens d'un pays membre en conformité. Elle abandonne ainsi la tradition du double standard qui consiste à mettre plus de rigueur dans la fonction publique⁹⁰⁵.

Enfin, il convient de noter que la Convention a cru devoir rappeler que la poursuite des infractions de corruption doit se dérouler conformément aux garanties minimales pour un procès équitable. Elle se réfère ainsi aux exigences de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de tout autre instrument international pertinent concernant les droits de l'homme, reconnu par les Etats parties concernés⁹⁰⁶. Un rappel pertinent dans la mesure où il existe certaines tendances d'instrumentaliser la lutte contre la corruption contre les opposants politiques et d'autant plus que l'instrument contient semble-t-il des mesures qui font clignoter des signaux d'alerte.

II. DES MESURES CONTROVERSEES

Les mêmes critiques semblent s'élever contre l'enrichissement illicite et le financement illicite des partis politiques⁹⁰⁷.

1- L'enrichissement illicite

Concernant l'enrichissement illicite, la Convention a aussi adopté une approche conciliante en offrant aux Etats parties le choix de ne pas l'incriminer si le droit national ne le permet pas. Les critiques considèreraient les dispositions sur l'enrichissement illicite comme une érosion du principe de la présomption

que celle -ci ait été oui ou non effectivement exercée ou qu'elle ait été oui ou non déterminante pour obtenir le résultat escompté ;

⁹⁰² Article 4-1 c)

⁹⁰³ Muna A., La Convention de l'Union africaine contre la corruption, *Rapport mondial sur la corruption 2004*, TI, 2005, p.137

⁹⁰⁴ Schrotch P. W., National and international constitutional aspect of African treaties and law against corruption, *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, vol.13, 2003, p.100

⁹⁰⁵ La Convention prévoit en son article 11 « l'adoption de mesures législatives et autres pour prévenir les actes de corruption et infractions assimilées commises dans le secteur privé et par les agents de ce secteur et pour lutter contre ceux-ci ».

⁹⁰⁶ Article 14

⁹⁰⁷ Article 10 : Chaque Etat partie adopte les mesures législatives et autres mesures pour : (a) prohiber l'utilisation des fonds acquis par des pratiques illégales et de corruption pour financer des partis politiques

d'innocence⁹⁰⁸. Dans une affaire pénale d'enrichissement illicite, qui implique une richesse injustifiée, le fardeau de la preuve devra incomber à la partie poursuivante. Cette dernière aura par conséquent à démontrer, hors de tout doute raisonnable, que la richesse accumulée n'est pas justifiée par les revenus.

Ce qui n'est pas le cas, aux termes de la Convention, de la partie poursuivante qui n'est pas tenue de démontrer, hors de tout doute raisonnable, que la richesse dépasse les revenus. De même, la partie poursuivante n'est pas nécessairement tenue de démontrer que les revenus non justifiés découlent de la corruption, puisqu'il est automatiquement présumé que des revenus non justifiés proviennent d'une source de corruption. Si ces dispositions sont mises en application, elles feront probablement l'objet de contestations judiciaires, en particulier dans les pays où la présomption d'innocence est prévue dans la Constitution⁹⁰⁹.

2- Financement illicite des partis politiques

S'agissant du financement illicite des partis politiques, le terrain est considéré unanimement comme fertile à la corruption à haut niveau. La Convention, dans son article 10, engage les parties à prohiber un tel financement mais la nature de la sanction n'est pas précisée. Ce qui laisse le choix aux Etats membres d'incriminer pénalement ou non, en sanctionnant par exemple la violation d'une telle prohibition par des mesures administratives ou électorales. Toutefois, de telles mesures ne seraient pas crédibles ni efficaces lorsqu'il est avéré que les sources de financement d'une organisation politique mise en cause sont de nature corruptive.

Il est intéressant, par ailleurs, de noter que la prohibition se cantonne au financement des partis politiques et ne touche pas le financement des campagnes électorales. Ce qui laisse hors du champ de cet instrument de nombreuses prévarications perpétrées par les candidats dits indépendants, non présentés par des partis politiques, situations qui ne semblent pas être hypothétiques⁹¹⁰.

Ces deux instruments internationaux ont fortement influencé le législateur malagasy qui veut appréhender tous comportements anti-intégrité et faciliter l'intégration de Madagascar dans la croisade internationale contre les phénomènes de corruption.

SECTION 2- FACTEURS DE CHANGEMENT

Il est incontestable que si Madagascar a substantiellement procédé au changement de son attitude face à la corruption, notamment par l'amélioration de son droit pénal, la pression internationale était pour quelque chose. On ne peut cependant pas affirmer que ce changement soit uniquement les effets du mouvement international contre le fléau. Comme nous l'avons montré plus haut, ce dernier faisait partie déjà des vices que le droit pénal malagasy dès son origine avait combattus.

Il convient aussi donc voir dans quelle mesure la récente dynamique sociale interne a contribué à la réhabilitation de l'intégrité dans la hiérarchie des valeurs que ce droit pénal protège. En effet, sans attendre l'adoption ni la mise en vigueur des

⁹⁰⁸ Schrotch P. W., *op. cit.*, p.103 et s.

⁹⁰⁹ Ce point sera discuté plus en profondeur infra pp 286 et s.

⁹¹⁰ Beaucoup de dirigeants africains, par exemple, arrivent aux pouvoirs sans être candidats par des partis politiques et n'en créent qu'une fois consolidés dans leur fonction.

deux précédents instruments, le législateur malagasy, sous l'impulsion des forces anti-corruption, a adopté la loi 2004-030 sur la lutte contre la corruption. De plus, cette mise en conformité, en matière pénale, semble aller plus loin que ne l'exige les instruments internationaux pertinents dont Madagascar fait partie. Elle touche aussi bien la partie spéciale que la partie générale du droit pénal interne.

A. LA PRESSION INTERNATIONALE

Dans un pays où la corruption est perçue systémique et généralisée, la tendance internationale pourrait constituer un argument politique de taille pour les gouvernants. Ceci dans la mesure où ils ont besoin de justifier des mesures drastiques non comprises par l'ensemble de la population active. En amont, la coopération internationale pourrait également susciter la volonté politique de s'attaquer sérieusement à la corruption et de s'en donner les moyens.⁹¹¹ En effet, la forte dépendance de la majorité des pays africains vis-à-vis de l'aide extérieure ferait que la politique des bailleurs de fonds dans le domaine devient de plus en plus importante, et l'observation de cette politique est nécessaire pour continuer à bénéficier de leurs ressources⁹¹². Il semblerait que dans les pays où ces ressources ont été utilisées de manière judicieuse, l'amélioration des institutions, de la gestion économique, et de la prestation des services publics est remarquable.⁹¹³

Egalement, l'engagement des organisations internationales était le fruit d'un activisme des organisations non gouvernementales, un ordre de choses qui semble contraster avec la situation locale.

I. LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Comme relatée plus haut, Madagascar a été contraint d'entrer en coopération très étroite avec les organisations multilatérales et des Etats créanciers pour redresser sa situation économique en constante dégradation, à l'instar des autres pays en développement très endettés. Ces pays, dans le but de bénéficier de l'aide internationale, n'ont d'ailleurs pas d'autres choix, puisque les autres sources de financement privées leur sont désormais inaccessibles du fait de leur surendettement. Néanmoins, la communauté de ces partenaires techniques et financiers a par la suite positivement joué un rôle décisif dans le déclenchement de la lutte contre la corruption à Madagascar, notamment après la crise post-électorale de 2002. Il ne s'agit plus ici de relater historiquement l'évolution de la position de ces bailleurs face à la corruption sur le plan global ou régional mais de mettre en relief que ces partenaires contribuent grandement à faire adopter, par un pays récipiendaire de leurs appuis, les normes qu'ils essaient de promouvoir.

A Madagascar, comme dans tous les pays où ces partenaires créanciers peuvent faire prévaloir leurs conditionnalités, les plus actifs ont pu pousser les nouveaux dirigeants à se lancer dans l'amélioration de la gouvernance en général. Cette dernière aura constitué plus tard le premier axe de la stratégie de réduction de

⁹¹¹ Klitgaard R., *International Cooperation Against Corruption*, Finances & Development, Mars 1998, p.5

⁹¹² Ce qui ne semble pas être la règle depuis lorsqu'on a pu constater que les pays les plus corrompus ne seraient pas les moins lotis en matière d'aide internationale. A ce sujet, voir Alesina A. and Weder B., *Does corrupt governments receive less foreign aid ?*, *The American Economic Review*, Vol. 92, n° 4, sept. 2002, pp. 1126-1137.

⁹¹³ Ogunjobi B., *op. cit.*

la pauvreté⁹¹⁴. Cette bonne gouvernance, selon la vision à peu près uniforme de ces partenaires externes, comprend plusieurs éléments dont la maîtrise de la corruption. Cette dernière constitue selon les analyses le point d'entrée de la réforme pour enclencher le cercle vertueux de la bonne gouvernance, condition d'un développement harmonieux et durable. En effet, on peut aisément entrevoir l'empreinte des partenaires techniques derrière l'adoption du décret 2002-1128 du 20 septembre 2002⁹¹⁵. Ce texte constituait sans aucun doute une des conditions de déblocage des fonds d'urgence pour normaliser la vie du pays après les conflits politiques violents et leurs effets néfastes sur tous les plans⁹¹⁶. Ces pressions étaient d'autant plus visibles dans l'incitation à promouvoir la transparence dans la vie publique à travers la déclaration de patrimoine des hautes personnalités de l'Etat, concrétisée par l'adoption du décret y afférent⁹¹⁷.

En dépit des objectifs parfois convergents et dans certains cas concertés, les modalités d'action diffèrent selon que le partenaire soit multilatéral ou bilatéral.

1- Les partenaires multilatéraux

Les institutions financières se distinguent des organisations de coopération sur le niveau de flexibilité des mesures anti-corruptions recommandées.

a. Les institutions financières

Conscient que les dépenses publiques et les aides n'ont pas eu les impacts escomptés sur la pauvreté et les attentes sociales, les institutions financières internationales se sont intéressées à la gouvernance en général et à la lutte contre la corruption en particulier. Leurs apports sont résumés sur la mise en place des codes et standards pour la transparence et la redevabilité des pays membres⁹¹⁸. Globalement, le peloton de ces créanciers qualifiés de *dernier ressort* est dirigé par les institutions de Bretton Woods, la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International. Au niveau régional, on remarque également la Banque Africaine de Développement dans le domaine. Ces organisations soutiennent activement un programme national de lutte contre la corruption lorsque le pays s'y engage sérieusement et l'accepte parmi tant d'autres conditionnalités.

Si beaucoup de partenaires multilatéraux ont déjà agi partout dans le monde pour promouvoir des valeurs à travers leurs programmes d'assistance économique ou

⁹¹⁴ DSRP, texte mis à jour disponible sur www.mefb.gov.mg

⁹¹⁵ Ce texte réglementaire qui met en place le CSLCC esquisse le plan que le nouveau régime entend mener la lutte contre la corruption. Un an plus tard, la cérémonie officielle de présentation de la première Présidente dudit Conseil, Madame Bakolalao RAMANANDRAIBE, a été faite en présence des représentants des principaux bailleurs de fonds du pays

⁹¹⁶ Voici un extrait (traduction libre) du rapport conjoint des institutions de Bretton Woods en 2002. « La mission recommande outre les domaines soulignés dans le Rapport de situation que le gouvernement examine plus profondément trois régions à intégrer dans le dans le PRSP. En premier, elle suggère que le gouvernement inclut dans le PRSP un plan d'action détaillé à court et à moyen terme sur les réformes budgétaires et en anti corruption. » International Monetary Fund And The International Development Association Madagascar, *Joint Staff Assessment of Poverty Reduction Strategy Paper Preparation Status Report*, December 6, 2002, p.2

⁹¹⁷ Décret n° 2002-1127 du 30 septembre 2002 instituant une obligation de déclaration de patrimoine par certaines catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires

⁹¹⁸ Abed G. T. and Gupta S., *The Economics of Corruption: An Overview, Governance, Corruption, & Economic Performance*, International Monetary Fund, September 23, 2002; <http://www.imf.org/external/pubs/nft/2002/govern/index.htm>

sociale, la Banque Mondiale, en ayant voulu se conformer à son mandat apolitique, a tardivement inscrit la lutte contre la corruption dans la panoplie des moyens qu'elle déploie pour accompagner la bonne gestion de ses programmes d'assistance. Après une longue période pendant laquelle le mot corruption était tabou en son sein⁹¹⁹, elle a au début de son engagement utilisé un instrument clé contre la corruption. Il s'agit du *Procurement Guidelines*⁹²⁰ qui préconise le rôle de supervision de la Banque renforcé sur la passation des marchés dans les projets financés par elle. L'approbation des projets d'assistance par la Banque pour certains pays vulnérables est assortie d'engagements dont la prise des mesures anti-corruption. On peut citer la transparence du processus de passation de marchés, la formulation d'une stratégie générale contre la corruption, l'adoption d'un cadre juridique permettant la détection et la répression effective des actes de corruption et malversations⁹²¹.

Cette position de la Banque s'est ensuite évoluée positivement par l'adoption de sa propre stratégie anti-corruption dans l'assistance aux pays emprunteurs⁹²². Elle a admis que la politique de libéralisation économique a échoué pour une grande part dû à la mauvaise gestion des programmes de la part des destinataires, et suggère que la libéralisation politique créera un environnement propice à la croissance économique, avec la maîtrise de la corruption⁹²³. Concernant le cas de Madagascar particulièrement, l'appui de la Banque s'inscrivait dans l'environnement du Crédit d'Ajustement Structurel et, en matière de gouvernance, se focalisait avant 2003 sur les réformes de la gestion publique, notamment des finances publiques, avant d'appuyer la mise en œuvre de l'axe correspondant du DSRP. L'appui du programme national de lutte contre la corruption a d'abord été timidement inscrit dans le programme de gouvernance et de développement institutionnel⁹²⁴ avant d'être repositionné en tant que composante autonome des appuis matérialisés par les crédits d'appui à la réduction de la pauvreté⁹²⁵. La méthode consiste à conditionner le

⁹¹⁹ Tung K-Y., The World Bank's institutional framework for combating fraud and corruption, Remarks delivered at Seminar on Monetary and Financial Law International Monetary Fund, May 8, 2002, <http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/tung.pdf>, p.1

⁹²⁰ Preventing corruption in Bank projects: Procurement Guidelines, <http://wbln0018.worldbank.org/prm>

⁹²¹ Posadas A., *op. cit.*, pp. 399-403

⁹²² Tung K-Y., *op.cit.*, p.3; pour de plus amples détails voir The World Bank, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*, R97-201, August 13, 1997

⁹²³ L'on soutient toutefois dans nombreux forums que c'est justement ce penchant libéral, en délaissant le social, qui a entre autres raisons causé les résultats mitigés des interventions de la Banque

⁹²⁴ En ce qui concerne spécifiquement la lutte contre la corruption, l'appui à la nouvelle commission anti-corruption fait partie de la quatrième sous-composante (Change management, coordination, monitoring & evaluation) de la rubrique « Improvement of transparency and economic governance » du projet. Afin d'atteindre l'objectif spécifique d'amélioration de la redevabilité et de la transparence des opérations du Gouvernement, les indicateurs suivant sont placés : Publication régulière de rapports identifiants les goulots d'étranglement par les services d'audits et de contrôle interne et externe, les efforts du gouvernement mènent à une réduction de corruption mesuré par Indice de perception de TI, conformité aux normes et règlements aussi bien que des sanctions sont systématiquement appliquées consignés dans un rapport annuel publié par la Commission anti-corruption. Voir The World Bank, *Project appraisal document on a proposed credit to the Republic of Madagascar for a Governance and institutional development project*, Report No.: 26034-MAG, pp.6, 22 et 23

⁹²⁵ Une série de trois tranches de Crédits d'Appui à la Réduction de la Pauvreté (CARP ou PRSCs en anglais), fournis dans sous forme d'aide budgétaire, est envisagé pour supporter la mise en oeuvre du DRSP. PRSC 1 supportera les axes stratégiques de la bonne gouvernance (gestion du dépenses publiques et anti-corruption),.... PRSC 2 continuerait à appuyer les axes stratégiques de gouvernance De plus PRSC 2 consolidera des réformes commencées sous PRSC 1, et aussi appuie la réalisation de la décentralisation par le Gouvernement. PRSC 3 consolidera les réformes commencées sous les premiers deux PRSCs, Voir Project Information Document 29275 Madagascar Poverty Reduction Support Credit 1,

déblocage des crédits par l'engagement et la revue périodique des avancements dans la lutte contre la corruption et dans la promotion de l'Etat de droit⁹²⁶.

Sur le même plan, le Fonds Monétaire International semble avoir accompagné le pas de la Banque sur la question de la corruption. Ce n'était que vers le milieu des années 90 que cette institution gardienne de système financier mondial s'est positionnée ouvertement contre la corruption en favorisant ce combat, considéré comme un principe de bonne gouvernance⁹²⁷. Initialement, si son intervention reposait sur le principe que les Etats assistés eux-mêmes doivent prendre l'initiative de lutter contre la corruption. Leur position s'est aussi favorablement évoluée en mettant une pression si le gouvernement interlocuteur se montrait peu empressé et lorsque cela peut mettre en danger les mesures d'assistance du Fonds. Ce dernier a ainsi établi un *Guidelines* qui définit sa position relative à la question de bonne gouvernance, dont la lutte contre la corruption. En ce qui concerne les cas individuels de corruption, l'intervention du Fonds est fonction de leurs conséquences macro-économiques mais en général il contribue à l'adoption de mesures adéquates par l'intermédiaire des conditionnalités⁹²⁸.

S'agissant des relations du Fonds avec Madagascar, l'avancement effectif de la lutte contre la corruption constitue également des conditions d'allocation de fonds et d'accession à d'autres programmes d'aides budgétaires. Depuis 2002, les lettres d'intention du gouvernement l'ont engagées sur des mesures concrètes de bonne gouvernance. Il est mentionné la nomination de nouveaux responsables dans tous les bureaux de douanes, l'audit sur l'utilisation des fonds spéciaux de la Présidence de la République et des dépenses sur les fonds IPTE, la mise en place d'un conseil anti-corruption pour appuyer l'élaboration d'une législation appropriée en la matière et la création d'une agence opérationnelle anti-corruption, le renforcement de capacité des organes de contrôle et la rédaction de rapports trimestriels de l'exécution du budget dans plusieurs Départements⁹²⁹. En parallèle, les différentes missions de revue du Fonds, conjointement ou non avec la Banque Mondiale, s'enquière toutes des réalisations et du programme relatif à la lutte contre la corruption⁹³⁰ et émettent

⁹²⁶ PRSC 1 appuie également le programme anti-corruption du gouvernement, notamment l'établissement d'une Commission opérationnelle anti-corruption et le développement d'une stratégie nationale de lutte contre la corruption, voir http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2004/06/29/000160016_20040629120930/Rendered/PDF/29376.pdf, p. 24 et s.; Pour PSRC 2, les engagements consistent à rendre opérationnel une Agence indépendante anti-corruption (BIANCO) en octobre 2004, élaborer et adopter une loi anti-corruption, y compris les principaux décrets de sa mise en œuvre, mettre en place un cadre réglementaire sur la déclaration de patrimoine pour augmenter le taux de conformité (à mi-mai 2005 60% de personnes assujetties auront rempli et déposé leurs formulaires), élaborer et adopter une législation contre le blanchiment d'argent, soumettre au Parlement une loi sur la réglementation des partis politiques et de leur financement et mener des audits indépendants sur le système de délivrance de titre foncier. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2005/06/21/000160016_20050621175603/Rendered/INDEX/32516a.txt;

⁹²⁷ La Déclaration Partnership for Sustainable Growth qui a été adoptée par le Comité Intérimaire du FMI pendant sa réunion à Washington D.C. le 29 septembre 1996 a identifié "encourager la bonne gouvernance dans tous ses aspects, y compris assurer la primauté du droit, améliorer l'efficacité et la redevabilité du secteur public, et s'attaquer à la corruption" comme un élément essentiel d'un cadre dans laquelle les économies peuvent prospérer. *News Brief* No. 97/15 August 4, 1997, IMF Adopts Guidelines Regarding Governance Issues; <http://www.imf.org/external/np/sec/nb/1997/nb9715.htm>

⁹²⁸ *Id.*

⁹²⁹ IMF, *Madagascar, Letter of Intent, Memorandum of Economic and Financial Policies, and Technical Memorandum of Understanding*, Antananarivo, December 4, 2002

⁹³⁰ *News Brief* n° 02/133, December 23, 2002, IMF Completes Second Review Under Madagascar's PRGF Arrangement and Approves US\$15 Million Disbursement; IMF, Country Report n° 09/91, March 2004, p.10

des recommandations, notamment celle de décembre 2002 sur la prise en compte des réformes anti-corrupctions dans le DSRP⁹³¹.

Sur le plan régional, préoccupé par la détérioration continue des conditions de vie des populations africaines, le Groupe de la Banque Africaine de Développement accorde une importance grandissante aux problèmes de gouvernance en Afrique. Elle ressent l'importance de la pratique de la bonne gouvernance pour l'amélioration de l'efficacité des politiques de développement en général et des performances de ses activités dans ses pays membres en particulier.⁹³² Ainsi, La Banque Africaine de Développement a entamé un diagnostic de la gouvernance à Madagascar et semble avancer sa coopération avec le pays avec l'assurance de l'amélioration de la maîtrise de la corruption. Un programme sur la bonne gouvernance est financé par cette institution depuis 2005⁹³³.

b. Les organisations de coopération

Ayant une approche plus souple, les organisations de développement contribuent à la lutte contre la corruption sous formes d'appuis non sujets à conditionnalités. Néanmoins, les aides sont fournies dans un cadre bien déterminé et sont octroyés sur sélectivité. Il s'agit d'une approche de gestion axée sur les résultats et l'octroi des fonds subdivisés en tranches en est tributaire. Conjugués avec les efforts des institutions financières, ces appuis ont aussi été déterminants pour Madagascar dont les partenaires les plus actifs sont le PNUD et l'Union Européenne. Cependant, d'autres organisations ont eu également des rôles à jouer pour accompagner le pays dans la lutte contre la corruption.

Outre les efforts relatifs à la Convention de Mérida ci-dessus, confiés à l'UNODC, la lutte contre la corruption tombe également sous le mandat du Programme pour Responsabilité et Transparence (PACTE) du PNUD qui voit en la corruption un problème de mauvaise gouvernance⁹³⁴. En ce qui concerne Madagascar, son concours se focalise ainsi sur nombreux projets pour l'amélioration de la gouvernance dont en grande partie le programme de maîtrise de la corruption. Dans son programme de pays avec Madagascar de 2005-2009 qui accompagne la mise en œuvre du DSRP, l'organisme de développement onusien place en premier place la gouvernance en contribuant au renforcement du cadre juridique de lutte contre la corruption par sa mise en conformité aux normes internationales. Soutenu par des mesures d'efficacité de l'administration et de participation citoyenne, il s'agit surtout de mettre en œuvre la stratégie nationale de lutte contre la corruption dans l'objectif si ambitieux de réduire de moitié le niveau de perception de la corruption suivant l'indice de TI, soit au moins progresser de 2,8 (2005) à 5,6 (2009).⁹³⁵

Madagascar fait partie du groupe ACP en partenariat depuis des décennies avec la Communauté Economique Européenne qui est devenue tout récemment

⁹³¹ International Monetary Fund and the International Development Association Madagascar, *Joint Staff Assessment of Poverty Reduction Strategy Paper Preparation Status Report*, December 6, 2002, p.2

⁹³² Gogue T. A., Gouvernance en Afrique : Etat des lieux, *Etudes et Recherches Economiques*, n° 67, La Banque africaine de développement, 2001, pp. 6 et 18 ; OCDE et la Banque Africaine de Développement, Un aperçu sur l'économie africaine, *African Economic Outlook*, mai 2005.

⁹³³ Projet de renforcement institutionnel visant la bonne gouvernance (PRIBG) ; <http://www.afdb.org/>

⁹³⁴ Marquette H., *op. cit.*, pp.396

⁹³⁵ Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour le développement et du Fonds des Nations Unies pour la population, *Projet de descriptif de programme de pays avec Madagascar (2005-2009)*, DP/DCP/MDG/1, 20 avril 2004, pp.3 et 7

Union Européenne. Le tout dernier Accord de 20 ans dit de Cotonou de 2000 se distingue des conventions antérieures⁹³⁶ par l'emphase sur la protection des droits humains, les principes démocratiques, la primauté du droit, la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption⁹³⁷. Madagascar a ratifié cet instrument et, juste après la crise de 2002, le nouveau gouvernement a signé un accord sur un programme d'urgence⁹³⁸. Particulièrement, l'Union Européenne accompagne aussi le pays sur un programme de promotion de l'Etat de droit notamment dans les secteurs de la Justice, Police et Douane et dans lesquels la lutte contre la corruption constitue un volet non négligeable⁹³⁹. Comme particularité de l'appui européen, la mission sur place a préféré apporter son appui sur le renforcement des structures existantes dans l'application de la loi anti-corruption plutôt que sur le nouveau cadre institutionnel, notamment le BIANCO.

D'autres organisations en Afrique semblent constituer des arènes indispensables pour l'épanouissement économique de Madagascar et dont l'admission est conditionnée par l'adhésion à leurs principes dont, communément, la bonne gouvernance en général et la maîtrise de la corruption en particulier. On peut citer en premier lieu, la *Southern African Development Community* (SADC)⁹⁴⁰. Pour y être admis, un pays doit être en accord avec les principes et objectifs du Traité de Windhoek de 1992⁹⁴¹, repris par le *Regional Indicative Strategic Development Plan* (RISDP)⁹⁴². Ce plan de quinze années énonce fermement que la croissance économique et le développement ne se seront pas réalisés dans des conditions qui font aggraver la pauvreté, notamment l'absence de la suprématie du droit et la corruption. Madagascar a intégré cette communauté en août 2005 après avoir été admis au statut de candidat membre pendant une année et a solennellement déclaré partager ses principes et objectifs⁹⁴³. Il a tout récemment ratifié le Protocole contre la corruption qui ambitionne entre autres à élaborer des politiques et des législations nationales visant à prévenir, dépister, punir et éliminer la corruption dans les secteurs public et privé et à les harmoniser⁹⁴⁴.

Enfin, l'Union Africaine a mis en place le projet « Le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD) » de 2001⁹⁴⁵ visant à favoriser une croissance

⁹³⁶ Conventions ACP-CEE de Lomé I à IV

⁹³⁷ Article 9.3 de l'Accord

⁹³⁸ Suite à la crise de 2002, pour appuyer l'effort de redressement économique du Gouvernement, la Commission Européenne a décidé la mise en place d'un Programme d'Appui Budgétaire d'Urgence (PABU) pour un montant de 70 millions EURO, financé en grande partie sur le 9ème FED

⁹³⁹ Pour le secteur justice, un des quatre objectifs consiste à consolider le dispositif de lutte contre la corruption et promouvoir l'éthique professionnelle. Le renforcement du dispositif de contrôle des juridictions et des établissements pénitentiaires et de lutte contre la corruption au sein de l'appareil judiciaire du Ministère de la Justice

⁹⁴⁰ Une communauté régionale qui regroupait les pays en ligne de front avec l'Afrique du Sud de l'apartheid avant de s'élargir tant sur ses objectifs et de ses membres qui sont de la partie australe de l'Afrique

⁹⁴¹ http://www.sadc.int/english/documents/legal/treaties/declaration_and_treaty_of_sadc.php#article4 et article5

⁹⁴² <http://www.sadc.int/english/documents/risdp/chapter1.php>, n°1.5.1

⁹⁴³ Speech of H.E. Marc Ravalomanana, President of the Republic of Madagascar SADC Conference, August 2005 Gaborone, Botswana,

⁹⁴⁴ http://www.sadc.int/index.php?action=a1001&page_id=protocols_corruption, article 2. La ratification par le Parlement a été obtenue pendant la première session de l'année 2007

⁹⁴⁵ Le NEPAD est une fusion du programme de partenariat du millénaire pour le rétablissement de l'Afrique (MAP) et du plan Omega, fusion réalisée le 3 juillet 2001 et a mis naissance à la Nouvelle initiative africaine (NIA) sa dénomination provisoire avant son approbation par le sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA le 11 juillet 2001.

accélérée et un développement durable, éradiquer la pauvreté généralisée et profonde et stopper la marginalisation de l'Afrique dans le processus de mondialisation. Dans ce cadre, il a été constaté que la bonne gouvernance, politique et économique, constitue une des conditions de réalisation du développement durable.⁹⁴⁶ Le Partenariat consiste dans le suivi de sa mise en œuvre par un pays partenaire de s'engager à un mécanisme d'examen par les pairs afin de rendre plus effective les conditions et engagements pris⁹⁴⁷. Il convient de dire que jusqu'à présent Madagascar ne semble pas très actifs au sein de ce cadre.

2- Les partenaires bilatéraux

La plupart des bailleurs bilatéraux considèrent la corruption comme un symptôme de la faiblesse d'institutions politiques, et leurs stratégies ont tendance à se concentrer sur le renforcement de ces institutions.⁹⁴⁸ A Madagascar, des partenaires bilatéraux sont aussi engagés dans l'appui pour le lancement de la lutte contre la corruption. En toute logique, ces partenaires se montrent plus réservés quand à la pression pour prioriser la lutte contre la corruption et se rangent généralement à la suite des grands partenaires multilatéraux. Leur implication prend plutôt le caractère d'encouragement et d'accompagnement techniques et financiers. En conformité avec leur politique d'engagement et d'assistance dans la promotion de la démocratie, de la bonne gouvernance et de la primauté du droit, ces partenaires étatiques ont pu contribuer dans l'orientation de pays sur la voie rejetant la corruption.

Parmi les plus actifs, on peut citer l'Agence américaine USAID qui a accompagnée le programme national de lutte dès son lancement en 2003 et dont l'engagement se caractérise depuis 2005 par la mise en place d'un programme très ambitieux sur la lutte intégrée contre la corruption. En conformité avec sa vision qui considère la corruption comme une menace contre la légitimité de la démocratie, cet Agence a développé deux axes de réponse au problème de corruption : le changement de l'environnement dans lequel évolue ensemble le secteur public et le secteur privé et, la mobilisation du soutien de public. Le MISONGA⁹⁴⁹, un programme de promotion de la bonne gouvernance et de la démocratie à Madagascar, a été mis en place par l'Agence pour mettre en œuvre son appui. Il s'aligne parfaitement sur ces axes en ayant comme objectifs le renforcement des Organisations de la Société Civile (OSC) en plaidoyer, l'amélioration de l'accès et la circulation des informations, le renforcement des capacités de réponses des services de l'Etat en matière de fourniture de services publics et la réduction du niveau de la

⁹⁴⁶ NPDA, Le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NPDA) en bref (Traduction non officielle), www.nepad.org, p.2

⁹⁴⁷ Les dix priorités du NEPAD sur lesquels devraient être concentrés les efforts de développement dont :

- 1 - La bonne gouvernance publique incluant démocratie, élections libres et honnêtes, institutions démocratiques, respect des droits de l'homme, de la femme et de l'enfant, transparence dans la gestion du patrimoine public.
- 2 - La bonne gouvernance de l'économie privée comprenant justice indépendante et honnête dans les litiges impliquant les investisseurs étrangers, gestion honnête et transparente des sociétés, etc.

⁹⁴⁸ Marquette H., *op. cit.*, p.396

⁹⁴⁹ *Managing Information and Strengthening Organizations for Networked Governance Approaches* (Misonga) est un programme en cohérence avec le DSRP du Gouvernement Malgache ou l'amélioration de la gouvernance à travers la restauration de l'Etat de droit et d'une société mieux gouvernée est considérée comme une des plus importantes stratégies à appliquer. Il durera cinq ans (2004-2008) et sera mis en œuvre conjointement par Pact Madagascar et CRS Madagascar, <http://www.pact.mg/>

corruption à tous les niveaux (structures étatiques, sociétés civiles, secteurs privés, public...) ⁹⁵⁰.

En outre, Madagascar est bénéficiaire du programme Millenium Challenge Account ⁹⁵¹ (MCA) qui est un Compte en faveur du Développement du Millénaire. Ce compte accorde des appuis consistants aux pays faisant preuve d'une gouvernance équitable, d'un investissement dans le développement humain et d'un engagement vers la liberté économique. La lutte contre la corruption figure en bonne place parmi les seize critères pour sélectionner les pays éligibles ⁹⁵². Madagascar a été le premier pays candidat élu au compte en mars 2005 avec une note de 96% sur le critère de lutte contre la corruption. A ce titre, le gouvernement s'est engagé dans son document de candidature à consolider ses performances ⁹⁵³ tout en affirmant que la lutte contre la corruption figure parmi les grandes priorités du pays. Il est important de noter que le manquement à l'atteinte des critères qualifiants marqué par une détérioration absolue de l'environnement politique en rapport avec les composantes entraîne la rupture avec le compte ⁹⁵⁴.

Les organismes de coopération des pays scandinaves semblent plus enclins à conditionner leurs aides sur la volonté politique de combattre la corruption. Cette position serait le fait que ces pays n'ont pas eu de colonies, ce qui les mettrait plus à l'abri des pressions politiques dans l'octroi de leur aide. ⁹⁵⁵ Confirmant cette tendance, la Norvège à travers son agence de développement NORAD s'est aussi inscrit dans la liste des partenaires qui poussent la lutte contre la corruption dans le pays. Son appui se situe particulièrement dans le renforcement de capacités des organes de lutte contre la corruption et la transparence dans la gestion des ressources naturelles, tels le pétrole et le gaz.

D'autres partenaires aussi se sont distingués dans l'accompagnement du programme en prenant part aux renforcements de capacité et à l'appui financier ⁹⁵⁶. Il est clair que ces appuis, décisifs dans la formation et la consolidation de la volonté

⁹⁵⁰ http://www.pact.mg/article.php3?id_article=199

⁹⁵¹ Voir le site <http://www.mca.gov/> pour des informations complètes sur le compte

⁹⁵² Les critères sont regroupés en trois composantes : 1-Bonne gouvernance (Libertés civiles, Droits politiques, Voix et responsabilités, Effectivité du Gouvernement, Etat de droit, Lutte contre la corruption), 2- Liberté économique (Taux de crédibilité du pays, Inflation, Politique fiscale, Politique commerciale, Contrôle de qualité, Délai de création d'entreprise) , 3- Investissement social (Dépenses publiques dans le secteur santé, Taux de vaccination, Dépenses publiques dans le secteur éducation, Taux d'achèvement de l'enseignement primaire). Source : <http://www.mefb.gov.mg/mca/doc/>

⁹⁵³ Les performances citées sont : l'obligation de déclaration périodique de patrimoine pour les personnes occupant des hautes responsabilités dans les hauts emplois de l'Etat, la mise en place et l'opérationnalisation du Conseil Supérieur de la Lutte Contre la Corruption (CSLCC), l'élaboration d'un projet de loi pour lutter efficacement contre la corruption et d'une Stratégie Nationale de Lutte Contre la Corruption (SNLCC), la mise en place du Bureau Indépendant Anti-Corruption (BIANCO) chargé de la mise en oeuvre de la Stratégie Nationale de Lutte Contre la Corruption, l'audit des services les plus sensibles à la corruption (comme les tribunaux, les services de santé, les grands projets d'investissement public...), la mise au standard international des services sensibles à la corruption (comme la Justice, la douane), des actions de communication, de prévention, d'adhésion du public pour la lutte contre la corruption. Voir Madagascar- Millennium Challenge Account, *Le Programme proposé : Développement rural intégré pour une croissance rapide et durable*, 16 Septembre 2004, http://www.mca.gov/countries/eligible/mg/exitnotice_mg.shtml, p. 30

⁹⁵⁴ MCC, *Implementing the Millennium Challenge Account*, Background Paper, http://www.mca.gov/about_us/key_documents/MCA_BackgroundPaper_FactSheet.pdf, February 5, 2003, p.5

⁹⁵⁵ Alesina A. & Weder B., *op. cit.*, p.1127

⁹⁵⁶ On peut citer ici la coopération suisse, la coopération allemande GTZ, l'ambassade de Grande Bretagne, la coopération japonaise JICA, la coopération française SCAC, etc.

politique nationale, résultent de volontés animées elles aussi par des acteurs internationaux non étatiques.

II. LES ACTEURS NON ETATIQUES

Il est incontestable que les positions des partenaires publics étrangers ont évoluées grâce à la montée d'une opinion internationale contre la corruption et ses effets néfastes sur le développement économique, environnemental et social des Etats.⁹⁵⁷ La formation de cette opinion est largement l'œuvre des organisations non gouvernementales qui sont spécialement dédiées à la corruption et d'autres qui contribuent pour la protection de causes spécifiques.

1- Organisations anti-corruption

Plusieurs entités non gouvernementales font de la lutte contre la corruption et la sauvegarde de l'intégrité leur propre mandat, mettant ainsi la pression sur les Etats et les organisations internationales pour qu'ils prennent leurs responsabilités respectives. Il convient de voir ici le cas de Transparency International non seulement pour son leadership dans le domaine mais également sa présence à Madagascar. ONG fondée en 1993 par des anciens cadres de ces institutions financières multilatérales, elle est entièrement dévouée à la lutte internationale contre la corruption et a pu influencer positivement le cours des événements qui précipiteront le mouvement mondial contre la corruption. Son influence est d'abord due à sa présence dans plus de quatre vingt dix pays, ce qui fait d'elle une grande coalition de Chapitres nationaux. Elle agit sur plusieurs fronts dans la promotion de normes juridiques ou non ayant des influences négatives sur la corruption⁹⁵⁸. En outre, elle a développé des outils originaux permettant de lutter efficacement contre le fléau et favorisant ainsi la promotion des principes consolidant l'intégrité comme la transparence, la participation, la *redevabilité* des gouvernants, la bonne gouvernance en général, l'efficacité...⁹⁵⁹

Un de ses outils le plus mobilisateur est le classement des pays selon la perception de la prévalence de la corruption, l'Indice de Perception de la Corruption (IPC), une agrégation d'indicateurs mise en place depuis 1996. Malgré les critiques formulées contre l'outil dont la faiblesse de transparence dans l'élaboration du classement, il est devenu une référence pour de nombreuses études et un outil de décision.⁹⁶⁰ Il est cependant hasardeux de tirer d'un indice une conclusion hâtive sur l'état de l'intégrité dans un pays. Par exemple, des enquêtes approfondies ont montré que dans plusieurs régions de Madagascar, comme dans d'autres pays d'Amérique latine où ce genre d'exercice a été menée, la perception ne correspond nullement à la victimisation, c'est-à-dire l'expérience vécue de la corruption⁹⁶¹. Le

⁹⁵⁷ OECD, *Fighting Corruption: What role for civil society? The experience of the OECD*, OECD Publications, 2003, pp.10 et 11,

⁹⁵⁸ OECD, *Fighting Corruption*, loc. cit., p.14

⁹⁵⁹ Coté-Freeman S., *What NGOs Can Do Against Corruption*, *TI Working paper*, March 1999

⁹⁶⁰ Søreide T., *Is it right to rank: Limitations, implications and potential improvements of corruption indices*, paper prepared for the IV Global Forum on Fighting Corruption, Brasilia, Brazil, 7-10 June 2005, <http://www.cmi.no>, pp. 8et s.

⁹⁶¹ Voir pour des détails les résultats du premier sondage national de la corruption à Madagascar, commandité par le CSLCC et réalisé par le cabinet américain Casals and Associates, résultats disponibles sur le site <http://www.sni.mg>

mérite de l'IPC reste incontestablement sa faculté par moment de soulever l'orgueil de quelques dirigeants de bonne foi pour améliorer l'image de leur pays. Madagascar a fait son entrée dans ce classement mondial en 2002 tout à fait en bas de l'échelle, date coïncidant avec le lancement de la lutte organisée contre la corruption, et a relativement progressé depuis⁹⁶². La coalition est présente à Madagascar par le biais de Transparency International-Initiative Madagascar, qui a également influencé la marche de la lutte contre la corruption à Madagascar par des actions ponctuelles mais décisives, notamment dans les domaines les plus décriés par la population comme la Justice. En 2004, elle a essayé d'agir sur la qualité de la nouvelle législation anti-corruption, mais tardivement, par l'envoi d'un argumentaire au Parlement.

2- Organisations participant au mouvement

D'autres organisations sont actives sur le plan international mais leurs effets sur les décisions prises à Madagascar, notamment sur le plan législatif restent à explorer. Toutefois, elles ont aussi contribué à la formation de l'opinion internationale, ayant ainsi conforté la volonté nationale d'avancer sereinement dans la lutte. Ces organisations sont actives sur d'autres plans qui font leur légitimité mais elles voient communément en la lutte contre la corruption une question transversale. Pour elles, la maîtrise de la corruption constitue surtout une condition de réussite de leurs causes respectives qu'elles soient de la paix mondiale, de l'environnement, de la religion, du commerce ou tant d'autres. Des exemples sur les deux dernières suffiront pour se rendre compte de leur influence sur l'opinion internationale et en particulier sur l'attitude que Madagascar a récemment adopté face à la corruption.

Sans exception, toutes les religions majeures du monde rejettent la corruption en tant que mal qu'il faut combattre si l'on veut s'approcher du bien. Des livres saintes et doctrines contiennent tous de référence servant à stigmatiser la corruption aux yeux des croyants ou des fidèles, la Torah, la Bible, le Coran, le Bouddhisme et l'Hindouisme⁹⁶³. A titre d'exemple, les actions anti-corruption des religions chrétiennes, organisée en congrégation ou église, se font primordialement par l'éducation spirituelle de ses membres mais elles s'effectuent aussi souvent par l'éducation citoyenne. C'est à ce titre que des associations ou organisations citoyennes, mais affiliées à une religion, s'activent contre la corruption et forment de vastes coalitions au niveau universel ou au niveau régional pour l'entraide et l'échange d'expériences⁹⁶⁴. A Madagascar, l'influence des organisations confessionnelles, notamment les églises chrétiennes, est de loin la plus importante si l'on compare avec les autres institutions présentes dans le pays et ce jusqu'au point

⁹⁶² Les classements IPC successifs de Madagascar : 1,8 en 2002, 2,4 en 2003, 3,1 en 2004, 2,8 en 2005, 3,1 en 2006 et 3,2 en 2007.

⁹⁶³ Stückelberger C., *Continue Fighting Corruption. Experiences and Tasks of Churches, Development Agencies and Missionary Societies*, Berne 2003, Bread for All, pp. 35 et s.

⁹⁶⁴ Par exemple le "International Network of Faith-based Organizations Against Corruption" (INFOC) was created in 2001 The aims of INFOC according to the founding meeting are "to strengthen common efforts of faith-based organizations FBOs in fighting corruption in countries, regions or internationally; to contribute to greater justice, accountability, transparency and integrity; to make the work of FBOs in fighting corruption more visible; to enhance the exchange of information between and among and between these groups/organizations and many of the governmental and non-governmental groups; to make available the positions of different faiths against corruption in individual, governmental and organizational life; to encourage interfaith organizations to join these efforts; to prepare representation and eventually common statements for international anti-corruption meetings and conferences." Stückelberger C., *op. cit.*, p.25

de devenir un interlocuteur privilégié du gouvernement depuis 2002.⁹⁶⁵ Concernant la corruption, la position de ces organisations ne serait que le prolongement soit de leurs entités d'affiliation soit des mouvements internationaux des églises ou organisations affiliées. Pour illustrer, la branche nationale de Justice et Paix est active depuis plus de vingt ans dans la protection de l'intégrité, notamment lors des élections et dans le domaine de la justice.

Sur un tout autre registre mais toujours dans la mobilisation autour d'un intérêt, la contribution de la Chambre de Commerce Internationale sur la lutte globale contre la corruption mérite qu'on y porte attention. L'engagement de cette organisation date depuis 1975 par la mise en place du Comité « Shawcross » qui a sorti en 1977 un rapport sans précédent appelant une coopération des Etats, des organisations internationales et du monde des affaires pour lutter contre la corruption. Il a adopté la même année la première version du code de conduite sur l'extorsion et la corruption dans les transactions commerciales internationales.⁹⁶⁶ D'autres recommandations de sa commission sur la lutte contre la corruption vinrent renforcer celles de 1977 et par l'occasion le code de conduite a été révisé afin d'inclure les formes les plus variées de la corruption, débordant le domaine des transactions commerciales⁹⁶⁷. L'on a pu dire que ses actions pionnières ont conduit à une relative moralisation des affaires et qu'elles seraient en tout cas la réponse des sociétés transnationales contre les pratiques contraignantes des Etats, notamment ceux en développement. Elle agit également à l'interne par l'encouragement de ses membres et des autres sociétés de se conformer au code, le guide détaillé « *Fighting Corruption: A Corporate Practices Manual* » a été élaboré à cet effet.

Outre l'influence, les partenaires internationaux ont acquis une riche expérience dans la lutte contre la corruption et c'est sans doute pour cette raison que la démarche participative adoptée lors de l'élaboration de la nouvelle législation anti-corruption en 2004 a inclu leurs experts. Néanmoins, aucune pression particulière à l'endroit des normes à établir n'a été constatée durant le processus de légifération. C'est dire que directement l'établissement des normes ressortit en grande partie de la dynamique interne.

B. LA DYNAMIQUE INTERNE

De par le monde où des mouvements anti-corruption se sont déclenchés, ils ont été toujours précédés de scandale grave sensibilisant au plus haut point l'opinion publique. Ils mettent les décideurs dans une position délicate dont la seule issue reste l'enclenchement d'un programme de lutte sérieuse contre les prévarications ayant engendré le scandale. Le scandale Watergate a déclenché et le FCPA et par la suite les mouvements multilatéraux contre la corruption comme celui de l'OCDE, de

⁹⁶⁵ Cette constatation vient d'être confirmée par le récent sondage anti-corruption de 2005 qui classe les institutions sur la confiance que les citoyens leurs accordent

⁹⁶⁶ Heimann F. (Vice Chair ICC Commission on Anti-Corruption), *Présentation à la Conférence de signature de l'UN Convention contre la corruption*, Mérida, Mexico, 11 décembre 2003

⁹⁶⁷ En mars 1996, la Chambre a volontairement pris des dispositions plus rigoureuses pour combattre la corruption dans les procédures judiciaires, les impôts, l'environnement et d'autres réglementations. La dernière révision a été réalisée en 1999 pour mieux accompagner l'entrée en vigueur de la Convention de l'OCDE mais aussi essayer de combler le coté non pris en compte par cette dernière, notamment la corruption entre privé et le financement privé des partis politiques. Voir Behrman J. N., *Adequacy of International Codes of Behavior*, *Journal of Business Ethics*, Kluwer Academic Publishers, 2001, p.55

l'OAS et d'autres. Dans les pays souvent cités comme référence dans la lutte contre la corruption, comme à HongKong et au Botswana, ces scandales déclencheurs ont également eu lieu⁹⁶⁸. Ce qui mérite d'être noté c'est que ces situations scandaleuses peuvent par la suite faire accepter les mesures douloureuses pouvant toucher l'ensemble de la population afin de rétablir les valeurs atteintes par la corruption, notamment l'intégrité.

A Madagascar, il est évident que le programme anti-corruption est entamé suite au mouvement populaire de 2002 contestant les résultats de l'élection présidentielle du 16 décembre 2001, lequel n'est que l'aboutissement des autres revendications non satisfaites lors des précédentes crises. Par ailleurs, on ne peut pas nier que l'établissement des normes ou le rétablissement de l'intégrité dans l'échelle des valeurs sociales pénalement protégées ont été grandement facilités ou permis par l'existence d'une certaine volonté politique au sein des instances dirigeantes.

I. LES CRISES CYCLIQUES

Depuis 1971, Madagascar a connu des crises quasi-périodiques qui sont, sans aucune ambiguïté, de nature politique. Toutefois, elles ont été toutes l'expression d'un malaise social dû à la non satisfaction de certaines revendications populaires. Le déficit d'intégrité, sous ses formes les plus variées, est incontestablement une des causes latentes des problèmes à l'origine de ces revendications ou du moins l'élément déclencheur de la crise.

1- Les crises des années 70

En 1971, un soulèvement populaire violent (armée) a eu lieu dans le sud de Madagascar sous la conduite d'une organisation politique, le Monima⁹⁶⁹. Ce mouvement insurrectionnel fut brutalement réprimé sans que ses causes ne trouvent solution de la part des dirigeants. Ce qui allait fatalement déboucher l'année suivante, en mai 1972, à un autre mouvement initié par des organisations estudiantines mais sous l'impulsion d'organisations politiques composées d'anciens membres de celle qui mena la révolte dans le sud. Cette fois-ci, les revendications s'articulaient autour de la malgachisation du système éducatif et la promotion des cadres nationaux. Ce mouvement recevait également une réponse musclée du régime, laquelle conduisait à une crise politique dont le dénouement fut la démission du premier Président de la République le 18 mai 1972.

Un régime transitoire de près de trois ans, après avoir évité une crise tribale ouverte, déboucha en 1975 à la seconde république du type pseudo socialiste. C'est au début de cette transition qu'a été initiée une réponse appropriée à forte connotation

⁹⁶⁸ Peter Godber, un Directeur de la Police, sous investigation en 1973, devait s'expliquer sur l'origine de ses biens évalués à plus de HK\$4.3 million. Mais il a pu passer inaperçu hors du territoire pendant le délai accordé pour étayer ses éventuelles justifications. L'évasion de Godber a déclenché une clameur publique et les étudiants ont mené un rassemblement massif dans le Parc de Victoria, protestant et condamnant le Gouvernement sur son échec dans la maîtrise du problème de corruption. Le Gouvernement a réagi par la création de l'ICAC, http://www.icac.org.hk/eng/about/history/main_4.html; v. aussi Jeaffreson D.G., *op. cit.*, p.150.

Une histoire semblable s'est passée au Botswana, dans le secteur de l'immobilier.

⁹⁶⁹ Mouvement National pour l'Indépendance de Madagascar ou en malgache Madagasikara Otronin'ny Malagasy (Monima) a mené un soulèvement rural dans la province de Toliara. L'élément déclencheur serait la pression de gouvernement pour la perception de l'impôt à un moment où les bétails locaux étaient ravagés par la maladie. Des milliers de militants en sont morts.

administrative contre toutes formes de prévarications⁹⁷⁰. Ayant traversé une crise économique sans précédent vers le début des années 80, ce régime « socialiste » allait par la suite être le *vivier* de tous les comportements de corruption et sous lequel aucune action majeure n'a été entreprise pour protéger l'intégrité. L'absence de transparence et de participation dans la conduite des affaires nationales ne pouvait que conduire vers une autre crise, catalysée par une nouvelle vague de démocratisation qui toucha le Continent africain.

2- La crise des années 90

Une des revendications populaires en ce moment fut le traitement des dits « grands dossiers » qui, même non clairement définis sur leur consistance, témoigne l'inexistence d'une véritable primauté du droit. La situation dénote ainsi la prévalence de la corruption et autres comportements assimilés ayant permis l'étouffement de ces affaires. Parmi ces dossiers, on peut citer l'exploitation de ressources minières par une société agricole et commerciale appartenant à des proches du Chef de l'Etat, mais qui n'avait pas une existence juridique malgré ses intenses activités notamment dans le nord. Nul n'ignorait également la faillite de la plupart des sociétés d'Etat de gestion type socialiste mais dont la cause de leur déconfiture n'est autre que le détournement et l'abus de fonction.

Le premier régime de la 3^e République essaya de répondre à ces aspirations de justice par l'établissement d'un organe, le Conseil Supérieur de Contrôle. Ce dernier commençait à effectuer des opérations de vérification dans les entreprises et institutions de l'Etat lorsque le Président Albert Zafy a été déclaré empêché par l'Assemblée Nationale⁹⁷¹. Il n'est pas par ailleurs inutile de rappeler que parmi les motifs de son empêchement figure le rattachement de cet organe de contrôle à la Présidence de la République. Il s'ensuit que les revendications restaient encore non satisfaites et le retour de l'Amiral Ratsiraka Didier au pouvoir allait enterrer encore une fois les « grands dossiers ».

3- La crise post-électorale de 2002

Cet évènement allait être l'élément déclencheur du mouvement anti-corruption. Il a été clairement affiché qu'une bonne majorité du peuple malagasy revendiquait la transparence et la justice dans la gestion des affaires nationales. Les résultats du premier tour de l'élection présidentielle proclamés par la Haute Cour Constitutionnelle ont été contestés par le candidat *challenger* arrivé en tête et qui réclamait une victoire sans second tour. Cette haute juridiction, qui constitue l'unique instance pour les élections présidentielles, a accusé un déficit de confiance généralisée suite à nombreuses suspicions nourries par des décisions de contentieux électoraux antérieures et surtout de la façon dont ont été désignés les nouveaux membres. Sans aucun doute, ce renouvellement de membres juste avant les élections a renforcé la légitimité de la demande de confrontation des différents exemplaires des procès verbaux des bureaux de vote et la recompte des voix obtenues par chaque candidat. Le recomptage fait par une nouvelle composition de la Haute Cour sans les membres désignés par le Président en exercice a fait ressortir la victoire du candidat Ravalomanana dès le premier tour.

⁹⁷⁰ Ordonnance de 1972

⁹⁷¹ Décision n°17-HCC/D3 du 04 Septembre 1996

Le manque de confiance à l'endroit de la plus haute institution judiciaire peut être facilement relié à son niveau d'intégrité. Cette situation renforce la perception d'une corruption systémique et généralisée, laquelle se caractérise par l'atteinte grave de la fonction juridictionnelle. Elle aurait cependant joué un rôle prépondérant dans la formation de la volonté politique pour faire de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption des hautes priorités.

II. LA VOLONTE POLITIQUE

Presque aucune fausse note n'est enregistrée de la littérature⁹⁷² et des opinions des praticiens anti-corruption⁹⁷³, affirmant que la volonté politique est indispensable pour réussir une lutte contre la corruption. Cette nécessité paraît d'une évidence certaine lorsqu'on considère seulement les ressources tant humaines que financières qu'une lutte sérieuse a besoin. Cette volonté politique devra se traduire en la promotion de la valeur intégrité parmi les valeurs fondamentales de la société et *ipso facto* le réajustement de sa protection par le droit pénal. Ce qui arriva justement à Madagascar par l'adoption de la loi anti-corruption et ses décrets d'application. Toutefois, ce qui paraît encore plus important est de savoir comment avoir une volonté politique confirmée et soutenue. Avant de tenter de répondre à cette question, il faudra définir ce que devrait constituer une volonté politique efficace (réelle) et quels acteurs devraient le démontrer.

1- Contenu et titulaires

La lutte contre la corruption comporte intrinsèquement des réformes courageuses qui nécessitent des actions, attitudes et comportements contrastant avec les normes ambiantes de la société à changer. La volonté politique est relativement plus objective que l'intention et reste mesurable⁹⁷⁴ selon ses manifestations qui devront faciliter la réalisation des réformes identifiées face aux nombreux obstacles⁹⁷⁵. Des indicateurs ont été ainsi proposés pour identifier son existence et son intensité puisqu'il est clair que cette volonté est mouvante selon les circonstances et rapports de force et d'intérêts dans la société⁹⁷⁶. On peut citer l'appartenance de l'initiative de l'engagement contre la corruption, la parfaite compréhension du phénomène en toutes ces facettes, la mobilisation des parties prenantes dans le soutien des réformes, l'application effective et crédible des sanctions pour faciliter l'atteinte des objectifs et la durabilité des efforts anti-corruption déployés.⁹⁷⁷

En tout cas, face aux phénomènes de corruption, c'est l'engagement dans une manière d'être et de se comporter convenablement qui semble le plus déterminant. Il constitue l'étape suivant la simple intention de combattre la corruption, l'intention se résumant souvent par les grandes orientations et discours politiques. Pratiquement, il semble difficile d'obtenir un tel effort de la part d'une personnalité politique, si influente

⁹⁷² Hors I., Fighting corruption in developing countries and emerging economies. The role of the private sector, *African Security Review*, Vol 8, no 5, 1999, p.23. Voir également Heymans C. and Lipietz B., *op. cit.*

⁹⁷³ Transparency International, *Combattre la corruption*, loc. cit., p.79 ; Fantaye D. K., Fighting Corruption and Embezzlement in Third World Countries, *The Journal of Criminal Law*, 68 (2), 2004, p.174

⁹⁷⁴ Pour un avis contraire voir Marquette H., *op. cit.*, p.401-402

⁹⁷⁵ Derick W. Brinkerhoff, Assessing political will for anti-corruption efforts: an analytic framework, *Public Administration and Development*, vol. 20 (3), 2000, pp.239 et s.

⁹⁷⁶ Ibid, p.243

⁹⁷⁷ Ibid, p.242

ou si haut placée soit-elle dans la hiérarchie sociale, sans l'aide d'autres institutions. Cependant, tous s'accordent à dire que pour réussir ou même bien démarrer une lutte sérieuse contre la corruption, il faut avoir la volonté politique au plus haut niveau de l'Etat⁹⁷⁸. Ainsi, même si la volonté politique doit être clairement affirmée depuis le sommet de l'Etat, elle ne devrait seulement pas être constituée de la volonté des seuls décideurs politiques⁹⁷⁹. Ces derniers ont tendance à être vulnérables des pressions émanant des intérêts souvent malmenés par les réformes. Leurs capacités opérationnelles peuvent ainsi être très limitées⁹⁸⁰.

Pour être efficace et durable, cette volonté devra exister au sein de tous les piliers de l'intégrité et conduire vers les réformes appropriées en étant la résultante des interactions entre les champions de l'intégrité⁹⁸¹. Par exemple, réussir les réformes juridiques et judiciaires pour des législations appropriées contre toutes les manifestations de la corruption nécessitent inévitablement la participation d'éléments engagés du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire⁹⁸². Le rôle du parlement dans la création et la poursuite de la volonté politique pour combattre la corruption est mis en exergue par le réseau africain des parlementaires APNAC⁹⁸³. Cette institution agit surtout au niveau de la qualité de la législation anti-corruption, y compris les dispositions pénales substantielles et processuelles. Le rôle des magistrats engagés en tant que suppléant d'un manque de volonté politique des dirigeants ou en tant que soutien dans l'élaboration des normes anti-corruptions appropriées est aussi décisif⁹⁸⁴. Enfin et non la moindre, la participation des citoyens engagés, souvent par l'intermédiaire des organisations de la société civile, place les nouvelles normes à promouvoir et à protéger au niveau de la population qui en devient le gardien de leur effectivité.

2- Effectivité

L'expérience montre que la volonté politique des dirigeants, une fois proclamée, est loin d'être acquise indéfiniment. Elle nécessite en permanence une attention particulière pour sa traduction en actions, étant donné les urgences et pressions qu'ils subissent quotidiennement.

a. Maintenir la volonté proclamée

Si le contenu et les titulaires de la volonté politique ne semblent pas poser des divergences, la question de l'approche pour la développer et la rendre durable paraît

⁹⁷⁸ Broadman H. G. and Recanatini F., Corruption and institution building, *Seeds of Corruption – Do Market Institutions Matter?*, MOCT-MOST 11, 2001, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 368. On cite ici volontiers l'exemple du Président Ougandais Museveni qui n'a pas hésité à sévir même dans sa propre famille pour montrer la ferme volonté politique de combattre la corruption, voir pour cela UNODC, Uganda project, http://www.unodc.org/en/corruption_projects_uganda.html#top, sous note 383

⁹⁷⁹ <http://www.u4.no/document/faqsmain>

⁹⁸⁰ Transparenci International, *Combattre la corruption*, loc. cit., p.80

⁹⁸¹ *Ibid.*, p.83

⁹⁸² Broadman H. G. and Recanatini F., *op. cit.*, p.377

⁹⁸³ Conférence régionale du réseau panafricain de parlementaires luttant contre la corruption, « nouveaux défis dans la lutte contre la corruption » 3 et 4 novembre 2003, Hôtel Grand Regency, Nairobi recommandations et résolutions

⁹⁸⁴ Della Porta D., A judges' revolution? Political corruption and the judiciary in Italy, *European Journal of Political Research* 39, Kluwer Academic Publishers, 2001, p.5

diviser les opinions. En effet, il y a ceux qui prônent la manière directe par la pression sur les décideurs politiques et ce par l'intermédiaire des bailleurs de fonds, comme la Banque Mondiale et le FMI⁹⁸⁵. Ces derniers ont parfois joué le jeu en conditionnant leur assistance par la prise de résolution ferme par les dirigeants nationaux pour lutte contre la corruption, comme il a été vu dans les paragraphes plus hauts. D'autres proposent des stratégies moins directes par le développement des autres gardiens de l'intégrité, notamment les partis politiques, les medias et la société civile qui à leur tour feront la pression au niveau des dirigeants pour avoir l'engagement nécessaire⁹⁸⁶. Cette démarche ascendante peut pour une certaine période être handicapée par les problèmes internes de chacun de ces piliers mais elle a l'avantage de la durabilité et l'irréversibilité du mouvement. En somme, l'efficacité semble résulter de la combinaison des deux approches avec, d'une part, un certain dosage en fonction des faiblesses ou résistances rencontrées et, d'autre part, des interventions appropriées au niveau des deux cotés des concernés par la réforme de l'intégrité, la demande et l'offre.

A Madagascar, il semble que la demande de réformes, dont au centre la lutte contre la corruption, émanait principalement de la population à travers les revendications relatées plus haut. Il est aussi constaté l'existence de champions au sein des piliers essentiels de l'intégrité et tout cela a contribué à la rapidité exceptionnelle dans l'élaboration des normes juridiques censées protéger la valeur intégrité. A ce titre, plusieurs acteurs institutionnels ont montré publiquement leurs engagements respectifs en signant les deux conventions nationales sur la stratégie de lutte contre la corruption de juillet 2004 et de juillet 2005. De surcroît, l'engagement des nouveaux dirigeants s'est rapidement concrétisé avec l'incitation des bailleurs de fonds. On peut dire que la volonté générale a rencontré la volonté politique des gouvernants dont la concrétisation rapide est le fruit de l'influence des partenaires techniques et financiers étrangers.

b. Effectivité acceptable

L'authenticité de la volonté politique se répercute inévitablement dans la qualité des normes à mettre en place. Comme il a été vu précédemment, on peut aisément identifier l'absence d'une réelle volonté politique par plusieurs critères⁹⁸⁷ dont principalement la réticence d'allouer les moyens nécessaires pour mener à bien les activités de lutte contre la corruption⁹⁸⁸. Cependant, la multiplication d'obstacles pour parvenir à l'incrimination appropriée des comportements nuisibles à l'intégrité, notamment ceux qui se rencontrent le plus souvent dans la haute sphère politico-financière semble plus révélatrice⁹⁸⁹, puisque sans excuse plausible. En effet, les obstacles juridico-juridiques ne sont guère invincibles et sont le plus souvent excipés pour masquer la réticence. Les travaux préparatoires sur la loi anti-corruption de

⁹⁸⁵ Transparency International, *Combattre la corruption, loc. cit.*, p.85

⁹⁸⁶ UNODC, Uganda project, *op. cit.*

⁹⁸⁷ Collier M. W., *Explaining corruption: An institutional choice approach Crime, Law & Social Change* 38, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 13 et ss.

⁹⁸⁸ Kwok Man Wai T., *On the Parliamentary Committee, ICAC, Mauritius, Comments on the Strategic Plan & Staff Proposal*, ICAC Mauritius, 2002, www.kwok-manwai.com/Speeches/Comments_on_Mauritius.html

⁹⁸⁹ L'exemple de l'Ukraine sur la lenteur des réformes du code penal peut illustrer ces propos, voir pour les détails Markovskaya A., Pridemore W. A. and Chizu N., *Laws without teeth: An overview of the problems associated with corruption in Ukraine, Crime, Law & Social Change* 39, Kluwer Academic Publishers, 2003, p.209

Madagascar ont connu certaines formes de résistance mais la volonté générale a exprimé son choix par l'obtention d'une qualité acceptable pour le démarrage. Les incriminations concernant les cadeaux, l'enrichissement injustifié, l'abus de fonction, la prise d'avantage injustifiée, la prise d'emploi prohibé et le conflit d'intérêts, la non déclaration de patrimoine ont rencontré des arguments culturels et juridiques sur leur chemin d'inscription sur la section correspondante du Code Pénal.

La qualité ainsi obtenue devrait permettre la prise en charge pénale de tous les comportements nuisibles à l'intégrité, bref circonscrire tous les phénomènes et acteurs potentiels de corruption. En effet, la modification de la section du Code pénal contenant les incriminations des comportements de corruption est ainsi allée au-delà des minima requis par les traités internationaux, comme vus précédemment. Par ce travail poussé d'incrimination, la valeur intégrité reçoit théoriquement consécration et promotion dans la hiérarchie des valeurs sociales juridiquement protégées. Elle bousculera les comportements installés depuis plusieurs décennies pendant lesquelles elle n'a connu aucune revalorisation. Il est soutenu qu'avoir une législation criminelle appropriée constitue une condition préalable pour pouvoir combattre effectivement la corruption. Elle se traduit sur la définition des comportements de corruption à prohiber, les personnes visées et les sanctions appliquées. De cela peut être appréciée l'authenticité et la profondeur de la volonté politique des instances dirigeantes⁹⁹⁰.

Dans la pratique, cette volonté politique a eu comme premiers résultats, entre autres actions, l'élaboration d'une stratégie globale et l'adoption d'une loi anti-corruption. Cette dernière, qui contient les normes pénales devant protéger l'intégrité, illustre très bien les caractéristiques d'une volonté pénale efficace. Le processus de rédaction a été initié par le décret de mise en place du CSLCC, lequel a donné un mandat de procéder à des réformes législatives. Juste peu de temps après l'opérationnalisation du Conseil, une consultation publique⁹⁹¹ à l'échelle nationale a été menée, pour entre autres questions posées, demander aux leaders d'opinions ce qu'ils considèrent comme pouvant être qualifiés d'acte de corruption et méritant d'être réprimés. Près de 52% des consultés ont répondu avec des majorités significativement affirmatives sur les comportements qui devraient constituer des infractions de corruption.

De ces opinions ont démarré les travaux des rédacteurs qui ont sorti un draft que la loi actuelle pourrait ne pas se reconnaître. Pour cause, il a été remanié, modifié et amendé pendant cette phase d'avant-projet jusqu'à une vingtaine de fois avec la participation de presque tous les partenaires consultés. Plusieurs propositions de modification et d'amélioration ont été recueillies par l'équipe rédactionnelle du Conseil avant que le draft final ne fût proposé au Conseil des Ministres pour adoption et transmission au Parlement. Le délai de tous ces travaux fut très court vu l'envergure de cette législation et les changements de comportements et de systèmes attendus⁹⁹². Toutefois, les débats préliminaires intenses et les travaux d'influence menés par les partis prenantes au sein de chaque instance décisionnelle, y compris le Parlement, fussent tels que les votes d'adoption de la loi par les deux chambres ont

⁹⁹⁰ UNICRI, *Anti-corruption strategies for central and east european countries*, Budapest, Hungary - 25/28 May 1998, Final report

⁹⁹¹ CSLCC, *Lutte contre la corruption : pour un nouveau départ*, brochure de consultation publique, CSLCC, 2003

⁹⁹² Celle de l'île Maurice a été en gestation pendant plus de deux ans avant son adoption en 2002

été obtenus en deux jours successifs juste avant la fermeture de la première session parlementaire de 2004⁹⁹³.

Il est irréaliste de présumer que toutes ces instances aient été sous la pression des bailleurs des fonds et que les modifications substantielles du droit pénal relative à la corruption ne furent seulement que des mascarades destinés à donner l'impression d'une bonne volonté simulée⁹⁹⁴. Ce qui n'exclut évidemment pas le doute sur la profondeur de la volonté par l'effet de certains actes de gouvernement tel l'adoption du décret sur la déclaration de patrimoine⁹⁹⁵. Contre ce règlement, des voix se sont élevées du côté des partis politiques et parlementaires de l'opposition et fortement relayées par certains médias et organisations de la société civile sur la réelle volonté du Gouvernement de lutter sérieusement contre la corruption. En effet, dans le décret y afférent, il a soustrait le Président de la République de l'obligation de déclarer périodiquement ses patrimoines⁹⁹⁶. Ce qui témoigne néanmoins la sensibilité de certains piliers de l'intégrité sur la question.

Quoi qu'il en soit, la fluidité du processus d'adoption, de contrôle de constitutionnalité et de promulgation de la loi 2004-030 sur la lutte contre la corruption témoigne de la forte volonté politique de la période. Elle a débouché à des innovations appréciables de l'encadrement pénal des phénomènes de corruption.

CHAPITRE II- LES INNOVATIONS EN MATIERE PENALE

Les changements opérés au niveau des incriminations (SECTION 1) sont accompagnés de mesures devant faciliter la répression de la corruption (SECTION 2). L'on constate qu'ils ont été structurés autour des diverses manifestations de la corruption et toujours dans la protection de quelques secteurs de la vie nationale. Seulement, l'atteinte à l'intégrité ne constitue pas directement le point de départ de la protection⁹⁹⁷.

SECTION 1- AU NIVEAU DES INCRIMINATIONS

A ce niveau, le législateur a substantiellement remanié une partie du code pénal relatif aux délits crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions⁹⁹⁸. Il a renforcé les infractions déjà existantes (A) et a rajouté des nouvelles autres (B). Il a toutefois ignoré quelques incriminations majeures, traduisant une certaine hésitation d'ordre doctrinale.

⁹⁹³ Juste avant la clôture de la première session parlementaire de 2004, respectivement le 28 juillet pour l'Assemblée générale et le 29 juillet pour le Sénat, avec l'introduction de certains amendements consolidant l'indépendance du BIANCO (Article 20 de la loi n° 2004-020)

⁹⁹⁴ Coldham S., Legal response to state corruption in commonwealth Africa, *Journal of African Law*, vol.39, n° 2, 1995, p. 115

⁹⁹⁵ décret n° 2004 – 983 abrogeant et remplaçant le décret n° 2002- 1127 du 30 septembre 2002 instituant une obligation de déclaration de patrimoine par certaines catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires (J.O). Le retard de la signature de la Convention nationale sur la stratégie anti-corruption de juillet 2004 fait aussi partie de l'attitude équivoque du Président de la République qui ne l'a signée qu'en décembre 2005 lors de l'inauguration du siège central du BIANCO

⁹⁹⁶ V. par exemple Eugène R., Déclaration de patrimoine : Fureur des députés, *Madagascar Tribune*, 09/04/05

⁹⁹⁷ Alldridge P., *op. cit.*, p.289

⁹⁹⁸ CP, Section II- De la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions

A. RENFORCEMENT DES INFRACTIONS EXISTANTES

Au vu de l'ampleur des phénomènes de corruption dans le pays, le législateur s'est empressé de rehausser le niveau de protection de l'intégrité qui, en fin de parcours, devient une valeur ayant pratiquement retrouvé sa place dans le Code Pénal. A l'analyse, l'intitulé de la section aurait du être modifié puisqu'il ne s'agira exclusivement plus des comportements d'agents publics comme le titre actuel l'indique. Il se rapproche de la protection tout court d'une valeur, l'intégrité des acteurs publics et privés, et contre presque toutes les atteintes possibles.

Il convient de noter que les travaux ont laissé intacte l'incrimination du détournement de biens publics prévu par l'article 169 du CP, pourtant comprise et en tête de liste de la section II. L'on ne pourrait expliquer cette omission que par une considération d'ordre doctrinale, si omission il y avait, vu que l'incrimination est recommandée par les deux conventions internationales pertinentes pour Madagascar. En effet, l'influence des experts du droit de *common law* apparaît clairement puisque dans cette tradition, le détournement n'est pas traditionnellement considérée comme faisant partie des infractions assimilées à la corruption.

L'explication avancée est qu'il s'agit d'un agissement unilatéral d'un détenteur de biens publics ne nécessitant pas en principe la présence d'un autre protagoniste qui bénéficie, par incitation ou coopération, à l'abus du premier, caractéristique de la corruption. En réalité, cet argument ne résiste pas longtemps puisqu'il est fondé sur la définition étroite de la corruption qui suppose un pacte ou un détournement d'un pouvoir au bénéfice d'un demandeur de service à l'aide de ce pouvoir. Le phénomène de corruption peut désormais comprendre des actes unilatéraux tel l'abus de fonction. Il serait plus acceptable de voir en l'infraction de détournement une forme caractérisée de vol ou d'abus de confiance, pouvant la soustraire du cercle de la définition élargie de la corruption. A la limite, elle aurait dû être phagocytée par l'incrimination de l'abus de fonction qui paraît assez étendue quant à son champ d'application matérielle, si les précisions sur les détenteurs de biens publics protégés ne devenaient plus la valeur directement à protéger.

Ceci étant, les autres infractions existantes n'ont pas été épargnées par cette vague de changement. Face à la nécessité d'une répression appropriée et englobante, des réajustements substantiels en ce qui concerne les personnes visées, les comportements prohibés et les peines applicables ont été rendus nécessaires.

I. LES PERSONNES VISEES

Dans l'objectif d'élargir le cercle des personnes concernées par les prohibitions déjà existantes, le législateur a opéré sur deux sens : d'un côté, les définitions utilisées ont été considérablement simplifiées et, de l'autre, des catégories de personnes non concernées auparavant le deviennent désormais.

1- Définitions simplifiées

Si une simplification de la définition des personnes concernées par les prohibitions a été notée, par une préférence donnée aux expressions plus englobantes, le législateur n'a pas totalement abandonné la spécification de certaines catégories professionnelles.

a. Trois catégories généralement visées

Il convient d'emblée de remarquer que, à l'instar de son homologue français dans son nouveau code pénal, le législateur malgache a voulu inclure dans trois catégories les personnes concernées par les incriminations modifiées: les dépositaires de l'autorité publique, celles chargées d'une mission de service public et celles investies d'un mandat public électif. Cette simplification va dans le sens d'une prohibition plus généralisée de certaines infractions auparavant réservées à certaines professions précises.

Dans l'article 174 modifié du CP sur la concussion, les expressions « personne dépositaire de l'autorité publique » ou « chargée d'une mission de service public » ont été utilisées en remplacement de fonctionnaires ou officiers publics, tous percepteurs des droits, contributions ou deniers publics, leurs commis ou préposés. Cela élargit de façon significative le cercle des personnes visées puisque une personne dépositaire de l'autorité publique englobe, selon la doctrine française et la jurisprudence, toute personne ayant un pouvoir de décision et de contrainte. Un ministre qui peut ne pas être un fonctionnaire et en aucun cas un percepteur de droits devient ainsi justiciable de cette incrimination. A ce titre, la personne détentrice d'une autorité publique ne sera uniquement plus mise en cause par un ordre qu'il devait avoir donné mais également en tant que participant direct à l'acte de concussion, les perceptions indues prévues dans le nouvel article. De la même façon, une personne physique évoluant dans le secteur privé mais chargée d'une mission de service public intègre le cercle des personnes visées par la concussion. Cette situation est très fréquente dans la mesure où, depuis la politique de libéralisation de l'économie nationale, l'Etat et ses démembrements territoriaux se désengagent ou se déchargent de nombreuses missions d'intérêt général. Les entreprises privées occupent davantage des secteurs réservés comme le transport public, la voirie et peuvent ainsi se voir octroyées, par convention, certaines prérogatives dont il convient d'observer un devoir d'intégrité dans leur exercice.

Cette simplification de la désignation des personnes visées trouve aussi son application concernant la corruption passive dans le secteur public. Le nouvel article 177 s'est débarrassé de la liste des catégories de personnes concernées, lesquelles ont été énumérées en raisons des actes spécifiques relatives à leurs fonctions respectives. C'est le cas du personnel médical qui, relevant du secteur privé ou libéral, est plutôt visé par les dispositions de l'article 177.3.

Il apparaît ici qu'en plus des deux catégories précédemment mentionnées, les élus sont globalement introduits dans la compagnie par les précisions apportées par les termes « investie d'un mandat public électif ». Cette troisième catégorie englobe les personnes désignées à l'aide d'élections publiques pour assumer des missions publiques, tels les députés, les sénateurs, et les conseillers des collectivités territoriales. D'autres élus comme le Président de la République et les maires peuvent être englobés par le terme mais ils constituent également une autorité publique de fait de la nature décisionnelle et contraignante de leurs pouvoirs. Cette distinction renforce relativement les restrictions à l'endroit des représentants du peuple pendant et après leur mandat électif.

La simplification touche partiellement les dispositions concernant les délits de fonctionnaires qui se seront ingérés dans des affaires⁹⁹⁹, lesquelles ont d'ailleurs été scindées en deux articles distinctes mais toujours dans une même famille. Dans une

⁹⁹⁹ Exemple, article 175

première partie, l'incrimination devenue la prise d'avantage injustifié vise désormais toutes les trois catégories susmentionnées alors qu'auparavant seuls les fonctionnaire, officier public, ou agent du Gouvernement ont été concernés. Il y a lieu de se demander si le maintien de mot fonctionnaire aux cotés des trois catégories signifierait que ces agents de l'Etat ne soient pas compris dans les trois nouvelles définitions. Il s'agirait sans doute d'une emphase sinon d'une redondance lorsqu'il est précisé que par essence la fonction publique a pour finalité de donner satisfaction aux usagers du service public.

L'élargissement n'a cependant pas touché l'article 175.1 nouveau qui n'est sur ce plan que la reprise de l'alinéa 2 de l'ancien article 175. En raison sans doute de préserver la possibilité d'échange d'expertises entre le secteur privé et le secteur public, le législateur a décidé de ne pas étendre les restrictions en ce qui concerne l'emploi sur toute personne publique. Il les maintient sur celle qui, en raison de sa fonction, a une influence directe ou indirecte sur une entreprise ou une opération de cette dernière. Outre donc le statut de fonctionnaire ou agent du gouvernement, une seconde précision sur la fonction rétrécit le cercle de personnes concernées par cette incrimination de prise d'emploi prohibé.

b. Maintien des spécifications

Le législateur a encore maintenu des prohibitions spécifiques à l'endroit de certaines catégories professionnelles. Ainsi, Il a persisté en quelque sorte sur la nécessité d'avoir en matière pénale de standards de comportement différenciés face à l'intégrité. L'on a néanmoins noté l'introduction de certaines professions dans les cercles restreints.

En ce qui concerne le commerce incompatible, l'infraction, toujours maintenue, devient aussi applicable aux commandants des forces de police si, auparavant, il ne l'était que pour les militaires et les autres fonctionnaires d'autorités comme les préfets et les sous préfets. On serait par ailleurs curieux de savoir la position de la jurisprudence en ce qui concerne ces deux dernières postes puisque peu de temps après l'adoption de la loi anti-corruption, ils n'ont plus figuré dans le nouvel organigramme des collectivités territoriales décentralisées. La logique du précédent voudrait que les fonctions de substitution, actuellement le Chef de Région et le Chef de District, soient justiciables de cette infraction sans que cela viole la règle d'interprétation stricte de la loi pénale.

Il est également à mentionner qu'en matière de concussion, la spécification concernant les greffiers et officiers ministériels est maintenue par l'article 174.2 nouveau, en raison de leur fonction de percepteur légal. Ce qui les rend doublement concernés en la matière puisque dans des cas autres, par exemple la concussion au détriment de la caisse publique, ils le sont au même titre que les autres assujettis. Ce maintien est encore noté en ce qui concerne les circonstances aggravantes du fait de l'appartenance à la profession judiciaire, mais le cercle a été élargi et ne reste plus au niveau des juges ou administrateurs.

2- Introduction de nouvelles catégories d'assujettis

Cette extension proprement dite est remarquée à la fois au niveau des incriminations et sur les personnes susceptibles d'être atteintes par les circonstances aggravantes de par la sensibilité de leur fonction.

a. Extension au niveau des incriminations

L'originalité de la nouvelle loi réside sans doute sur l'extension de la corruption passive dans la sphère non publique. En effet, en ce qui concerne le secteur privé, la répression atteint maintenant le cercle des dirigeants ou actionnaire d'une entreprise privée¹⁰⁰⁰ et les personnes qui exercent une profession libérale s'il s'avisent de se laisser corrompre par n'importe quel acteur. Auparavant l'incrimination ne concernait que le commis, employé, préposé, ou salarié ou personne rémunérée sous une forme quelconque. La catégorie de dirigeant ou actionnaire d'une entreprise privée mérite un développement en raison de sa première apparition dans cette partie du code pénal. A la différence de l'entreprise individuelle où le dirigeant n'est autre que le propriétaire, unique détenteur du capital, les explications ne seraient utiles que concernant les sociétés du fait de la relative complexité de distribution de rôles en leur sein.

Il ressort de la nouvelle loi sur les sociétés commerciales de 2003 que peut être qualifié de dirigeant social celui qui a le pouvoir d'engager la société sans avoir à justifier d'un mandat social. Organiquement, les dirigeants sociaux sont les personnes responsables de gestion, de direction et d'administration d'une société et dont la désignation, la révocation ou la démission doit être publiée au registre du commerce et des sociétés.¹⁰⁰¹ Si ce pouvoir de direction se trouve concentré en la personne du gérant pour les sociétés en noms collectifs, les sociétés en commandite simple¹⁰⁰² et les sociétés à responsabilité limitée¹⁰⁰³, ils peuvent être détenus par différents organes dans le cas d'une société anonyme, selon le mode d'administration. Dans un premier cas, avec un conseil d'administration, la direction d'une société anonyme est confiée soit à un président directeur général, soit à un président du conseil d'administration et un directeur général¹⁰⁰⁴. La loi a prévu qu'une personne morale peut être administrateur d'une société anonyme mais dans ce cas, c'est le représentant permanent qu'elle désigne qui fait fonction de dirigeant. Il se trouve soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente¹⁰⁰⁵. Dans un second cas, sans conseil d'administration, la société anonyme est dirigée par un administrateur général qui en assume l'administration et la direction générale¹⁰⁰⁶.

En ce qui concerne l'actionnaire, le terme en son sens strict désigne un associé dans les sociétés par actions, société anonyme et société en commandite par actions¹⁰⁰⁷. En utilisant le terme, l'on se demande si le législateur a réellement voulu limiter la responsabilité pénale aux seules associées par actions et laissant ainsi hors du sphère de la répression les associés des sociétés en noms collectifs, à responsabilité limitée et en commandite simple. Le principe d'interprétation stricte risque en effet de conduire à l'ineffectivité partielle de la répression par la ségrégation

¹⁰⁰⁰ Article 178 nouveau de la loi 2004-030

¹⁰⁰¹ Articles 105 à 109 de la Loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les Sociétés Commerciales, <http://www.edbm.gov.mg/textes.php>

¹⁰⁰² Article 313

¹⁰⁰³ Article 343

¹⁰⁰⁴ Article 438

¹⁰⁰⁵ Article 444

¹⁰⁰⁶ Article 524

¹⁰⁰⁷ Article 43 de la Loi n° 2003-036

qu'elle opère, étant connu que la majorité des entreprises privées sont sous ses formes épargnées. En tout cas, l'on conçoit mal le législateur effectuer telle une sélection alors que les pouvoirs des associés non dirigeants d'une quelconque société restent sans distinction et se limitent sur les délibérations concernant la vie de la société, notamment les actes des dirigeants. Sans doute, il conviendrait ici pour le juge de ne pas se laisser enfermer par la définition stricte du droit commercial mais de prendre comme actionnaire toute personne participant au capital d'une société quelle qu'en soit la forme. Par ailleurs, la possibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale d'une personne morale associée d'une société se dessine en l'absence d'une interdiction de principe ou expresse du code pénal¹⁰⁰⁸.

S'agissant des membres d'une profession libérale, ce sont les dispositions fiscales qui donnent des indications sur l'expression qui comprend notamment les activités indépendantes d'ordre scientifique, littéraire, artistique, éducatif ou pédagogique, ainsi que les activités indépendantes des médecins, avocats, ingénieurs, architectes, dentistes et comptables¹⁰⁰⁹. Apparemment, c'est le critère d'indépendance, c'est-à-dire l'absence de lien de subordination qui est retenu pour les distinguer des salariés et des patrons. En considération de ces critères, l'on se demande si les membres d'une ONG peuvent dans ce cadre intégrer le cercle des personnes pénalement visées en matière de corruption. En effet, le statut de ces organisations¹⁰¹⁰ précise qu'elles exercent de façon professionnelle et permanente des activités à caractère caritatif, socioéconomique, socio-éducatif et culturel sous forme de prestations de services, en tout cas de façon autonome et privée¹⁰¹¹. La seule différence est le caractère bénévolat de leurs activités mais qui ne devait influencer sur la similitude d'activités avec celles des professions libérales.

La nouvelle loi a enfin introduit une autre nouvelle catégorie de personne pénalement responsable dans plusieurs incriminations, l'intermédiaire¹⁰¹². Le terme est communément utilisé par les Conventions des Nations Unies et de l'Union Africaine sur la corruption sans qu'aucune définition suffisante n'ait été avancée, sauf que celui-ci peut être un participant aux cotés de l'auteur, le coauteur, ou le complice¹⁰¹³.

L'importance nocive du rôle de l'intermédiaire dans une transaction corrompue a été démontrée du fait qu'il connaît le degré d'intégrité/corruptibilité d'un agent et, le cas échéant, son prix. Ce qui permet, d'une part, au client initiateur d'éviter le risque de tomber sur un agent honnête ou de payer un prix non tentant pour un agent corrompu et, d'autre part, pour l'agent solliciteur d'être exposé à la dénonciation d'un client honnête. Dans tous les cas, la présence de l'intermédiaire facilite le développement de la corruption dans un système et rend difficile son éradication, notamment par la répression pénale.¹⁰¹⁴

D'une manière générale, l'intermédiaire se situe entre l'offre et la demande d'une transaction et d'une certaine façon fait rencontrer les deux en vue de satisfaire la dernière. Dans certains cas, l'intermédiaire évolue dans un cadre professionnel

¹⁰⁰⁸ Article 4 de la Loi n° 2003-036

¹⁰⁰⁹ Conventions fiscales du 22 juillet 1983 entre Madagascar et la France article 14, du 30 août 1994 entre Madagascar et Maurice article 14

¹⁰¹⁰ Loi n° 96-030 du 14 août 1997 portant régime particulier des Organisations Non Gouvernementales (ONG) à Madagascar (*J.O* n° 2463 du 10.11.97, p.2198)

¹⁰¹¹ Article 1^{er} de la loi n° 96-030

¹⁰¹² Articles 177.1, 177.2, 178, 179 et 179.1 nouveaux

¹⁰¹³ Respectivement en leurs articles 54 et 4

¹⁰¹⁴ Bayar G., The role of intermediaries in corruption, *Public Choice*, 2005, pp.288 et s.

bien précis, comme le courtier, le commissionnaire, etc. Il est clair que les nouvelles dispositions pertinentes visent ce tiers, professionnel ou non, qui met en relation le corrompu et le corrupteur en vue de la réalisation d'une transaction corrompue. En matière de trafic d'influence, l'intermédiaire visé se situe entre le demandeur de l'influence et le titulaire réel ou supposé de l'influence sur la personne publique, en quelque sorte un sous intermédiaire. Le cas n'est pas simple en ce qui concerne l'abus de fonction, lorsqu'on sait qu'a priori la demande et l'offre peuvent se confondre dans une même personne. L'intervention du tiers est ainsi difficilement distinguée de celle d'un complice.

b. Extension sur les aggravations

A la différence de ce qui était prévu par les anciennes dispositions, la nouvelle loi a étendu les circonstances aggravantes relatives à la fonction juridictionnelle à toute personne ayant la qualité de magistrat, y compris donc ceux du ministère public¹⁰¹⁵. A défaut de précision de la loi, ces dispositions concerneraient tout aussi bien les magistrats de l'ordre judiciaire que ceux de l'ordre administrative ou financière. La question semble se poser pour les magistrats en service à la Chancellerie et à ceux en détachement dans les autres services publics. D'un côté, la logique administrative et constitutionnelle, de par le principe de séparation des pouvoirs, voudrait que ces magistrats détachés de leur fonction naturelle suivent le régime du service d'accueil et donc d'être dans la même situation que les autres agents publics à leurs cotés. De l'autre, la rigueur exégétique militerait pour l'inclusion de tous les magistrats, s'ils sont encore régis par le statut de magistrat¹⁰¹⁶ et spécialement s'ils sont en position d'activité. En définitive, il semble au vu de la liste des personnes visées par l'article 181 nouveau que c'est la fonction de juger qui est au centre de la préoccupation du fait du pouvoir de décision extraordinaire qu'elle détient sur les personnes et leurs biens, et non le statut professionnel.

En outre, l'aggravation des peines s'étend pareillement aux personnes qui sont appelées à aider le magistrat dans l'exercice de la fonction de juger, comme les assesseurs des cours criminelles ou des juridictions spéciales¹⁰¹⁷, les personnes siégeant dans une formation juridictionnelle ou les experts¹⁰¹⁸. L'extension va au delà de la juridiction étatique et englobe aussi les juridictions arbitrales par l'entrée en lice de l'arbitre. On peut supposer que les autorités des *Dina* ou convention communautaire, communément appelé *mpizaka*, et qui statuent d'une manière juridictionnelle peuvent être incluses dans cette catégorie de justiciables.

Ces extensions ont permis à la législation malagasy d'être en conformité avec les conventions internationales pertinentes et complètent la mise aux normes en ce qui concerne les comportements répréhensibles.

¹⁰¹⁵ Article 181 nouveau

¹⁰¹⁶ Le statut des Magistrats demeure régi par l'Ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2005 portant loi organique relative au statut de la magistrature (abrogeant et remplaçant l'ordonnance modifiée n° 79-025 du 15 octobre 1979) qui prévoit les positions statutaires suivantes : l'activité, le détachement, la position sous les drapeaux et la disponibilité

¹⁰¹⁷ Les tribunaux des enfants, de travail ou de commerce où l'échevinage est de règle

¹⁰¹⁸ Désignés par une juridiction, étatique ou arbitrale, ou nommés par les parties au litige dans ces deux types de juridiction.

II. LES COMPORTEMENTS PROHIBES

Pour bien apprécier les changements apportés par le législateur, il convient d'analyser une à une les modifications apportées aux actes matériels des incriminations reconduites dans le code pénal par l'intermédiaire de la nouvelle loi anti-corrruption.

1- Sur la concussion

Depuis la réforme, la tentative est devenue punissable si auparavant l'acte devait être intégralement consommé pour l'être. Le code pénal malagasy ne définit que la tentative de crime en laissant à une loi spécifique le soin de les préciser pour les délits¹⁰¹⁹. Cette position, qualifiée de mixte par rapport aux solutions doctrinales en la matière¹⁰²⁰, trouve par exemple son application en matière d'atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat en temps de paix¹⁰²¹, la contrefaçon ou falsification de pièces publiques¹⁰²², évasion de détenus ou prisonniers de guerre¹⁰²³, de bris de scellés¹⁰²⁴, de viol non aggravé¹⁰²⁵, de proxénétisme¹⁰²⁶, de détournement de mineur¹⁰²⁷ et de vols¹⁰²⁸. Cependant, dans tous les cas, les dispositions restent inexpressives quant aux actes constituant les éléments matériels de la tentative, comme c'est le cas de la tentative de concussion. Ce qui ne laisse disponible pour la compréhension que la précision du code en matière de tentative criminelle.

Ceci étant et sans vouloir entrer dans le débat doctrinal en subjectivisme et objectivisme¹⁰²⁹, l'on se pose tout de même la question de savoir si la tentative de prélever indûment une somme peut engendrer un trouble à l'ordre social, justifiant l'intervention du droit pénal. Il est clair que le trouble ne pourrait être causée que si est seulement si les intentions du (futur) délinquant se seraient déjà manifestées à l'endroit d'un membre de la société, le contribuable dans cette hypothèse. Il faudrait alors que les actes de préparation, en vue d'un prélèvement, ou déjà un commencement d'exécution aient été portés en connaissance du contribuable.

La concussion, comme vu plus haut, nécessite trois actes précis : la réception, l'exigence, l'ordre pour la perception indue et l'accord pour les exonérations et franchises illégales. La disposition étant nouvelle et n'étant pas encore mis à l'épreuve par les tribunaux, il convient de procéder par analogie pour essayer de comprendre ce que législateur a voulu réprimer comme tentative de concussion. A travers les critères donnés par le code pénal, la tentative n'est constituée que si les deux éléments suivants sont réunis : le commencement d'exécution et l'arrêt de ce dernier ou l'inaboutissement de ses effets par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

¹⁰¹⁹ Article 2 du CP

¹⁰²⁰ Bouloc B., *op. cit.*, p.219

¹⁰²¹ Articles 83 et 103 et s. CP

¹⁰²² Articles 142 et 145 à 148 CP

¹⁰²³ Articles 237 à 248 CP

¹⁰²⁴ Article 251 CP

¹⁰²⁵ Article 332 al.3 CP

¹⁰²⁶ Articles 334, 334 bis et 33CP

¹⁰²⁷ Article 354 al.2 CP

¹⁰²⁸ Articles 386,388 et 401 CP

¹⁰²⁹ Dressler J., *op.cit.*, p.390

Selon la jurisprudence, il y a commencement d'exécution, seul punissable, si l'acte tend directement au délit et lorsqu'il a été accompli avec l'intention de le commettre¹⁰³⁰. Dans la concussion, le commencement d'exécution pourrait être caractérisé par des actes en rapport direct et immédiat avec la réalisation de la perception indue ou l'accord d'une gratuité illégale, mais bien en amont de ceux-ci. L'exigence ou l'ordre de percevoir constituant sans aucun doute le commencement d'exécution de la perception indue, il est ainsi difficile d'imaginer d'autres actes à leur tour comme commencement d'exécution des premiers mais ne relevant pas de la pure préparation non punissable. Tel est le fait d'établir les titres y afférents ou de désigner un agent subalterne d'effectuer de la perception indue. Dans tous les cas de figure, la victime ne pourrait théoriquement être atteinte que par le biais d'un document de sommation, d'avertissement ou de perception. Avant ce stade, de tels actes ne pourraient pratiquement être connus que de son auteur et ne touchant pas encore la victime. Tout ce qui précède milite en faveur de l'opinion selon laquelle le législateur était allé un peu trop loin dans sa visée préventive avec le risque accru d'atteindre indûment des innocents¹⁰³¹.

2- Sur les incompatibilités

Sur ces infractions des articles 175 et 175.1, le renforcement se situe sur trois plans : l'extension de la prohibition au-delà du mandat, l'acte matériel de l'infraction et l'élargissement de l'entité intéressée.

En effet, les anciennes dispositions n'ont pas précisé le délai de prohibition de prise d'intérêt, ce que les nouvelles ont suppléé en mentionnant que l'interdiction de prendre des avantages est valable pendant l'exercice de la fonction et même au-delà. Ce qui veut dire après la cessation de la fonction origine de la prohibition, soit 2 ans pour les avantages injustifiés et 3 ans pour les emplois prohibés. Les cas de cessation de fonction sont énumérés pour les emplois prohibés, ce qui n'est pas le cas pour les avantages injustifiés qui méritent ainsi des précisions jurisprudentielles.

En ce qui concerne l'acte matériel répréhensible, la conservation d'un avantage acquis avant l'accession à la fonction restrictive caractérise depuis la nouvelle loi une prise injustifiée. Ce qui met donc la personne intéressée devant un choix, soit de se débarrasser de ses avantages, comme les actions, parts sociales et autres, soit renoncer à la nouvelle fonction incompatible avec l'avantage. Sur les emplois prohibés, la relation qualificative avec l'entité interlocutrice de l'intéressé a été aussi élargie. Si avant la modification, la fonction ne consistait qu'en la surveillance ou le contrôle direct d'une entreprise privée, désormais le fait de conclure des contrats avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par cette dernière déclenche la prohibition.

Toujours dans le cas des emplois prohibés, les nouvelles dispositions se montrent plus générales et ainsi englobantes en ce qui concerne la nature des emplois prohibés qui étaient la participation par travail, conseils ou capitaux. En effet, un mandat social quelconque ou une activité rémunérée de quelque manière que ce soit peut suffisamment inclure les activités pouvant constituer un conflit d'intérêts ou mettre la personne publique dans une situation d'obligé moral. L'entité interlocutrice de la personne exerçant ou ayant exercée une fonction publique devient aussi plus variée en nature en comparaison avec les anciennes dispositions. Par une

¹⁰³⁰ Crim. 3 déc 1927, S. 1929.I.119 ; Crim. 19 nov. 1943, n° 129

¹⁰³¹ Dressler J., *op.cit.*, p.380

dénomination simple, entreprise privée qui signifie toute opération de nature économique à titre indépendant, professionnel et permanent, l'expression peut englober toutes formes d'entreprise autres que celles énumérées par l'ancien article 175 en son alinéa 2. Les entreprises publiques peuvent par ailleurs faire partie des entités originaires de la prohibition si elles évoluent dans un marché concurrentiel et géré comme une entreprise privée.

Sur le commerce incompatible, les nouvelles dispositions ont défini les marchandises prohibées par l'expression « produits de première nécessité ». Ces termes cadrent mieux avec la réalité malagasy en ce sens que les anciennes dispositions étaient relativement limitatives. En effet, l'ancien article 176 a exhaustivement cité les marchandises interdites de commerce par les personnes visées : grains, grenailles, farines, substances farineuses, vins ou boissons. Cette limitation n'est pas compréhensible en rapport avec l'intérêt protégé, soit l'intégrité publique par la non confusion d'intérêts. En effet, l'interdiction absolue pour ces mêmes personnes de mener des activités commerciales étant établie par le code de commerce¹⁰³², il s'avérait ainsi inconsistant de ne réserver la solution pénale que pour quelques marchandises. Le législateur a sur ce point effectué une légère mise en cohérence en visant toutes marchandises consistant en des produits de première nécessité, ce que, sans le luxe, toute la population a besoin dans leur consommation quotidienne incluant l'huile alimentaire, le sel, le sucre, etc. Enfin, elle peut ainsi atteindre les objectifs de la répression qui devraient éviter la confusion de l'intérêt particulier du fonctionnaire d'autorité et les intérêts généraux de la population, dans sa compétence territoriale.

3- Sur la corruption proprement dite

La nouvelle loi consacre l'autonomie de la corruption active de la corruption passive, les deux cotés ont cependant subi des retouches au niveau des activités délictueuses.

a. Les modifications du côté passif

Concernant les personnes exerçant une fonction publique de l'article 177 nouveau, l'incrimination a été simplifiée en unifiant dans un seul alinéa les activités délictueuses répréhensibles. D'une part, aussi bien les trafics d'actes de fonction que ceux facilités par la fonction sont regroupés et reçoivent la même réponse répressive. D'autre part, les actes spécifiques pour les catégories de professionnels de l'ancien article 177-1° et 3° n'ont plus été repris. Ce qui place toutes les formes de corruption commises par les personnes exerçant une fonction publique au même plan, quelque soit la nature des agissements prohibés. Par ailleurs, le législateur a cru bon de ne plus retenir la précision sur la justesse des actes délictueux, s'inspirant sans doute de l'absence d'intérêt d'une telle précision par la doctrine française qui soutient que la solution reste valable en dépit de ce nouveau silence¹⁰³³. Dans la fonction publique, le même raisonnement doit être tenu pour la rémunération éventuelle des actes visés.

¹⁰³² Article 2-4 du code de commerce (Loi du 2 août 1999)

¹⁰³³ Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *loc. cit.*, p.19

Sur la corruption passive dans le secteur privé, autre que celle du commis et de l'employé¹⁰³⁴, l'acte matériel prohibé laisse apparaître une faible précision pouvant conduire à une interprétation inappropriée de la part des praticiens. En effet, en de mots simples, la répression consiste au fait par les personnes visées, sans droit, soit de solliciter ou agréer des offres ou promesses, soit solliciter ou recevoir des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte dans l'exercice de sa fonction. L'accent doit être mis sur l'expression « sans droit » qui distingue la nature corruptive ou non de la transaction. En effet, il n'y a de plus normal pour les opérateurs privés de recevoir des contreparties financières pour des prestations relevant de leurs fonctions. Le cas, par exemple, d'un actionnaire qui reçoit une contrepartie occulte pour exercer son droit de vote illustre bien les comportements visés par les nouvelles dispositions. Pour les professions libérales, cela suppose donc que toutes ces contreparties doivent constituer des droits préalablement fixés, ce qui n'est pas encore le cas pour des raisons diverses, notamment de pratiques fiscales.

Quid alors si la contrepartie promise par le bénéficiaire de la décision à prendre est susceptible d'une formalisation administrative. Il conviendra alors de considérer la formulation recommandée par la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption qui insiste sur la violation des devoirs. Il faudra alors, dans ce cas de figure, définir les devoirs d'un dirigeant d'une entreprise privée et, par la suite les actes pouvant les violer. Pour s'y retrouver, il conviendrait de se référer au droit commercial et notamment aux lois sur les sociétés commerciales. Les devoirs des personnes visées se résument en la recherche de l'intérêt général de l'entreprise et souvent au détriment d'intérêt particulier.

Cette précision pourrait toutefois être un handicap pour une meilleure répression de la corruption dans le secteur privé lorsque il s'agit de sanctionner toute atteinte à l'intégrité. Les personnes visées peuvent par exemple recevoir une contrepartie indue tout en ne pas violant ses devoirs professionnels, en d'autres termes l'acte est en lui-même réglementaire. Tel est le cas par exemple d'un associé qui vote pour ou contre l'affectation d'un résultat financier réalisé mais sous l'impulsion d'une contrepartie non inscrite dans les charges de l'entreprise. Il est clair qu'il réalise son devoir en effectuant le vote, que celui-ci reflète ou non l'intérêt général de l'entreprise, mais ce qui est répréhensible ici est le fait de recevoir une contrepartie indue. Ce qui dénature la décision quand bien même l'acceptation de la contrepartie n'avait aucun effet sur l'intention initiale. Alors, pour une meilleure prise en charge du comportement prohibé, il faudrait combiner les deux options : tenir compte de l'avantage indu, ce que le terme « sans droit » représente, et la violation de devoirs.

Il est cependant regrettable de constater que la corruption dans le secteur privé ne concerne que la partie passive en laissant hors du champ de la répression l'acteur actif, sauf le cas de complicité qui cependant le laisse en second plan avec une supposition de responsabilité moindre. Ce cas est cependant prévu par la Convention des Nations Unies en son article 21-a) qui recommande aux Etats parties d'incriminer le fait de corrompre toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité¹⁰³⁵, et il en est de même pour l'article 4-e) de la Convention de

¹⁰³⁴ Pour les dirigeants sociaux, différents des cadres supérieurs dans une entreprise, les actionnaires, les membres d'une profession libérale.

¹⁰³⁵ Article 21-a) Au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte.

l'Union Africaine qui est plus contraignant. Ce qui nécessite une remise aux normes de la nouvelle législation malagasy¹⁰³⁶.

b. Les modifications du coté actif

Les nouvelles dispositions sur la corruption active deviennent plus élaborées en ce sens que des précisions sur les activités délictueuses ont été ajoutées par l'article 177.1 nouveau. Il s'agit, rappelons-le et en comparaison avec celles de l'ancien article 179 du code pénal, d'une reprise de la modification opérée par l'ordonnance française de 1943. Tout d'abord, l'usage de voies de fait ou de la menace pour obtenir le trafic d'actes par la personne exerçant une fonction publique n'a plus été repris. Le sujet passif reste donc libre de toute contrainte pour accepter ou non la proposition de l'actif. En effet, l'usage de tel moyen range l'acte du côté du chantage ou de l'extorsion déjà réprimés par d'autres dispositions pertinentes du code pénal. A terme, il s'agit vraiment d'une transaction libre mais délictueuse que l'agent actif propose à l'agent public. Ensuite, pour une meilleure lisibilité, mais sans aucune valeur ajoutée sur le renforcement de la répression, les comportements du passif visés par le corrupteur sont bien distingués, à savoir l'accomplissement des actes de la fonction, de ceux facilités par la fonction ou enfin l'usage abusive de l'influence. La notion d'intermédiaire est aussi reprise dans la répression de la corruption active par l'alinéa in fine de l'article 177.1 et suppose logiquement les mêmes actes réprimés relatés dans le numéro précédent.

Lorsqu'il s'agit de corrompre les agents publics étrangers et les fonctionnaires des organisations internationales, les avantages visés par l'agent actif sont limités. Reprenant ce qui a été avancé plus haut concernant les incriminations recommandées par les Conventions internationales, cette limitation risque d'handicaper la répression. En effet, elle ne contient que l'obtention ou la conservation d'un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international, en ignorant d'autres actes pouvant être trafiqués comme l'obtention d'un emploi ou d'une subvention non commerciale.

4- sur le trafic d'influence

L'article 179 nouveau se démarque de l'ancien article 178 du code pénal par l'absence de différenciation sur la qualité de la personne influente ou supposée comme telle, par l'emploi du terme quiconque par le législateur. Seul le trafic d'influence actif à l'endroit de la personne publique a subsisté mais renvoyé dans l'article 177.1 traitant de la corruption active. En effet, la qualité de la personne influente ou supposée comme telle n'apporte aucun changement sur l'incrimination ni sur la peine, contrairement à l'ancien article 178 du CP qui aggrave la peine au double. Ceci dans le cas où le sujet passif, celui qui abuse de son influence, tombe dans une des catégories de personne citées par l'ancien article 177-1°. Cette modification va dans le sens du changement pris par le droit français, l'article 433.2 du nouveau code pénal français sanctionnant indifféremment le trafic d'influence par une personne exerçant une fonction publique ou par un particulier. Il convient de signaler que le droit français incrimine distinctement le trafic d'influence portée sur une autorité

¹⁰³⁶ L'offre ou le don, la promesse, la sollicitation ou l'acceptation, de manière directe ou indirecte, de tout avantage non justifié accordé à une personne ou proposé par une personne occupant un poste de responsabilité ou tout autre poste dans une entité du secteur privé, pour son propre compte ou celui d'une autre personne, en échange de l'accomplissement ou de l'omission d'un acte, contrairement aux exigences de ses fonctions.

judiciaire qui n'est donc par englobée par l'expression autorité ou administration publique, tout comme en matière de corruption passive par elle¹⁰³⁷.

Par contre, le nouvel article sur le trafic d'influence a rassemblé en alinéas les trafics actif et passif et leur réserve la même peine. Cela traduit la volonté du législateur de traiter au même plan les deux acteurs et considérer les actes délictueux comme des infractions autonomes. Ce qui mérite d'être signalé également c'est que la tentative n'a plus place dans ces catégories d'infractions puisque elles sont caractérisées dès lors qu'il y a sollicitation. Par analogie, elle constitue pratiquement des actes de commencement, reprenant la solution adoptée en matière de corruption active et passive. Enfin, l'intermédiaire qui met en rapport le sujet actif et l'agent d'influence est également incriminé dans les mêmes conditions des autres intermédiaires aux autres infractions vues auparavant.

Les modifications sur les personnes visées et les actes matériels prohibés opérées sur toutes ces infractions sont suivies d'une modification substantielle au niveau de la peine.

III. ADEQUATION DES SANCTIONS

De prime abord, les modifications au niveau des peines applicables semblent aller vers un alourdissement généralisé des peines existantes. Cependant, à y voir de près, il semble qu'un réel effort de personnalisation a été entrepris pour des sanctions plus adéquates.

1- Meilleure personnalisation

D'emblée, il est constaté que sauf en matière d'enrichissement illicite, de défaut de déclaration de patrimoine et de dénonciation abusive, les peines d'emprisonnement et d'amendes peuvent ne pas être cumulées. Le juge a désormais le choix entre les deux ou peut les infliger simultanément selon les circonstances de l'infraction. On remarque ainsi une nette démarcation avec les anciennes incriminations qui, toutes, obligent le juge à prononcer et l'emprisonnement et l'amende. A titre de comparaison, l'ancienne position reste par ailleurs gardée par le nouveau code pénal français dans toute sa section sur les manquements au devoir de probité. Cette situation qui peut être interprétée comme un adoucissement de la répression semble surtout aller vers une meilleure personnalisation par l'octroi de plus de pouvoir au juge. Toutefois, le risque existe de voir la pratique de corruption comme un investissement si le juge se montrait trop enclin à ne prononcer que les amendes pécuniaires. D'où la nécessité d'une politique pénale bien définie afin de minimiser les injustices et de rendre efficiente la répression.

Il convient de signaler brièvement quelques changements au niveau des peines additionnelles et des peines aggravées, lesquels seront plus longuement développés dans la section suivante de ce chapitre. Les peines accessoires et complémentaires ont été généralisées pour un traitement uniforme de toutes les infractions de corruption. C'est la raison de leur mise en facteur dans des articles autonomes, expliquant également son absence dans l'article 175 nouveau. En ce qui concerne

¹⁰³⁷ Articles 434-9 et 434-9-1 de la loi française n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption

les circonstances aggravantes, il semble que les peines de l'ancien article 183 du CP, concernant les juges et administrateurs partiels dans leur décision, ont bénéficié d'un adoucissement. De la dégradation civique qui est une peine criminelle infamante, elle passe à la fourchette de 5 à 10 ans d'emprisonnement outre l'amende ordonnée par l'article 177 nouveau. En matière criminelle, la peine de réclusion de l'article 181 alinéa 1 nouveau reste figée et ne suit plus une peine plus grave prononcée par le juge ou le juré coupable, comme dans le cas de l'ancien article 182.

En somme, il s'agit d'un alourdissement généralisé qui actualise les peines pour les rendre plus dissuasives, puisqu'il est évident que les phénomènes de corruption sont des infractions économiquement réfléchies sinon calculées par leurs acteurs. L'analyse de coût ou de rentabilité « risque/bénéfice » semble toujours être entreprise au préalable de la commission de l'infraction de corruption. Alors, des peines insignifiantes pourraient faire pencher la balance vers le bénéfice tandis que l'inverse pourrait jouer un rôle intimidateur. Toutefois, il faudrait différencier dans cette optique l'influence de la nature de la peine. Dans une situation de corruption systémique, la peine corporelle semblerait être moins dissuasive que celle touchant les éventuels gains de la corruption.

2- Les principales modifications

Sur ce plan, l'amélioration se situe surtout au niveau des quantum, c'est-à-dire en quantité et non en qualité, sans qu'elle ait pour autant changé la nature des infractions. Ce qui conforte en quelque sorte la nature correctionnelle des actes de corruption et infractions assimilées. En effet, ce qu'on pourrait qualifier plus proprement d'alourdissement ont porté les peines presque au double sans que les maxima ne dépassent les limites supérieures des peines délictuelles posées par le code pénal. Pour passer du délit au crime, le droit malagasy pose comme critère d'aggravation les peines corporelles. Cela laisse l'alourdissement des peines pécuniaires ou autres sans influence sur la nature de l'infraction. On peut noter que l'alourdissement est généralisé en matière de peine pécuniaire tandis qu'il a été sélectif en matière corporelle pour respecter les limites légales.

a. Les amendes

Sur ce plan, l'alourdissement peut être expliquée par la recherche de plus de signification face à la dévaluation monétaire. Cette dernière a eu comme résultat de faire sonner les chiffres mais que, réellement en terme de valeur, la somme n'apporte qu'une dissuasion partielle. En effet, la rigueur ne peut être crainte que par ceux qui vivent réellement dans le système de valeur monétaire nationale, c'est-à-dire ceux qui ont les plus faibles pouvoirs d'achat et en proie avec la corruption de survie ou de petite ampleur en terme d'enjeu financier. Par contre, pour les opérateurs transfrontaliers qui peuvent se permettre d'évoluer dans un système de comparaison monétaire, ces peines pécuniaires converties en devises étrangères se débarrassent rapidement de leur apparence alourdie. A titre d'illustration, si avant la réforme le minimum d'amende était de 15.000 Frs, actuellement il est de 500.000 Frs, soit en convertissant : de 2300 à 66 euros¹⁰³⁸. S'agissant du maximum, il porté de 450.000 Frs à 500.000.000 Frs, soit en euros : de 67 000 à 33 000.

¹⁰³⁸ Si l'on prend les valeurs du franc malgache au moment de la mise en vigueur des dispositions, soit en 1962 (2 francs français s'achetaient à 1fmg) et en 2004 (1 euro s'achetait à 7500 fmg). Si par contre, les comparaisons

Il est utile de rappeler qu'en 2004, compte tenu de cette dévaluation flagrante, le législateur a révisé à la hausse les peines pécuniaires d'une manière générale pour les rendre plus dissuasives. Une révision qui ne concerne pas les peines présentement étudiées.¹⁰³⁹

b. L'emprisonnement

La réforme a été sélective sur cette peine puisque seules quelques unes des infractions déjà existantes ont connu des modifications. Les infractions qui ont déjà atteint la limite supérieure des peines correctionnelles n'ont plus subi de changement. Ce qui témoigne de la volonté du législateur de maintenir la rigueur sans toutefois passer à la criminalisation de l'infraction. C'est le cas de la concussion et des formes de corruption des articles 177 à 178 nouveaux. Il est utile de rappeler que, concernant ces derniers, notamment sur la corruption passive des personnes chargées d'une fonction publique, les nouvelles dispositions n'ont plus retenu la différence de traitement sur les actes de fonction et sur les actes facilités par la fonction. Contrairement à l'ancienne version qui punit moins sévèrement ces derniers. Cette remarque vaut aussi pour le trafic d'influence qui devient maintenant unifié au niveau de la peine.

Les modifications sont plus importantes du côté des prises illégales, dans le sens de l'alourdissement. Sur les prises d'avantages injustifiés, la peine maximale est portée au plus que le double, de 2 ans à 5 ans d'emprisonnement, tandis que la peine minimale est six fois alourdie, soit de 6 mois à 3 ans. Cela témoigne la volonté de traiter plus sévèrement ce genre d'infractions sans doute par la perception de la gravité des atteintes qu'elles portent à la valeur protégée. Cette atteinte est confirmée par l'étendue considérable de la pratique, rapportée par les résultats des diagnostics faits.

Quant à la prise d'emploi prohibé, l'alourdissement n'a touché que le minimum de la peine en passant de 6 mois à 1 an d'emprisonnement. Cela confirme le changement de vision du législateur sur la différence de traitement entre la prise d'avantage et la prise d'emploi lorsque elles ont été placées en deux articles différents. L'explication de cette différenciation au niveau du traitement peut-elle être lue à travers l'impact sur la valeur protégée ? En d'autres termes, est-ce qu'actuellement la prise d'emploi affecte-elle moins la valeur intégrité que la prise d'avantages ? Ce qui est clair c'est que les deux infractions ne visent forcément pas les mêmes personnes, en raison de la différence de pouvoirs qu'elles détiennent. La prise d'avantages, de par la présence de personnes particulièrement exposées parmi les personnes concernées, peut avoir d'impacts plus graves soit au niveau des administrés/citoyens soit au niveau de l'économie. Ils sont supposés moindres pour la prise d'emploi qui elle vise tout agent de l'administration. Toutefois, leurs impacts respectifs sur des éléments protégés comme l'égalité devant le service public et la concurrence loyale ne justifient pas cette différence de traitement. Il est clair en effet que l'intimité ou la relation étroite entre la personne visée et l'entreprise prohibée met à mal au même titre ces éléments, autant que la prise d'avantages.

sont faites au moment de la réforme (2004), une augmentation très significative est constatée soit pour le minimum de 2 à 66 euros et pour le maximum de 60 à 3300 euros.

¹⁰³⁹ Les peines d'amende du code pénal prévues 1999, dont le taux s'avérait largement dépassé, ont été réactualisées en multipliant par vingt le minimum et par trente le maximum. Loi n° 2004-051 du 28 janvier 2005 modifiant le taux des amendes dans le code pénal

Sans doute, il faudrait voir en cette différenciation moins la place que la valeur intégrité occupe sur l'échelle des biens pénalement protégés que la conception du législateur sur les peines. Une aggravation n'est sans doute pas considérée comme la meilleure solution en matière de politique répressive, capitalisant ainsi les solutions en matière de vol aggravé ou criminalisé comme en matière de bovidés ou de vanilles.

Au delà du renforcement des infractions déjà existantes dans le Code Pénal, le législateur a aussi inscrit de nouvelles infractions. Cela se traduit par une meilleure prise en compte d'autres phénomènes de corruption, jusque là non réprimés.

B. LES NOUVELLES INFRACTIONS

Pour réprimer des atteintes à l'intégrité non encore sanctionnées jusqu'alors par le droit pénal et se mettre en conformité avec les normes internationales que Madagascar a adoptées, il a fallu instaurer de nouvelles incriminations qui répondent mieux à la définition large de la corruption. Ces nouveaux apports permettent non seulement d'élargir le cercle matériel de la répression mais facilitent également la poursuite. En effet, certaines incriminations n'obligent plus le poursuivant à prouver l'acte de sollicitation, d'agrément ou de cession, difficile à prouver du fait de son caractère éphémère et souvent immatériel. Elles visent plutôt l'irrégularité de l'acte et l'existence d'un avantage indu y afférent.

Parmi ces nouvelles incriminations, il y a d'abord celles qui ont une vocation plutôt préventive en se mettant bien amont de la ligne de protection immédiate de l'intégrité, celles qui participent à cette protection immédiate. On recense ensuite celles qui facilitent la répression. De par la nouveauté de ces incriminations dans le droit pénal malagasy, il est plus judicieux de les présenter successivement en insistant sur leurs apports respectifs dans l'atteinte des objectifs sus relatés.

I. LES INCRIMINATIONS A VOCATION PREVENTIVE

La reconquête de l'intégrité nécessite toute une panoplie de mesures préventives sous-tendues par des principes généraux de prévention qui doivent régir tous les aspects de la vie publique, tel l'objectivité et la transparence¹⁰⁴⁰. L'effectivité de ces principes et mesures préventifs est renforcée par la nouvelle loi de 2004 par l'incrimination d'infractions ayant la même vocation : le défaut de déclaration de conflit d'intérêts, l'acceptation de cadeaux prohibés et le défaut de déclaration de patrimoine.

1- Le défaut de déclaration de conflit d'intérêts

D'une manière générale, le conflit d'intérêts constitue un dilemme dans le domaine de l'éthique publique et naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. La nécessité de gérer ou de prévenir ce conflit ressort presque de l'évidence du fait qu'il a été comparé comme le cancer. Il ronge la démocratie et le libre échange qui reposent sur l'intégrité, la liberté d'information et l'objectivité du processus de prise de décision. C'est prédire que toute société qui n'arrive pas à prendre en charge le phénomène verra sans tarder l'effondrement de

¹⁰⁴⁰ Exposé de motifs de la loi 2004-030

ces institutions. En effet, trois valeurs fondamentales sont mises en jeu: la confiance, l'intégrité et l'impartialité ; lesquelles méritent protection appropriée.¹⁰⁴¹ Cependant, il est généralement admis que toutes les situations de conflits ne sont pas toujours sources de problème et ne peuvent ainsi être assimilées à la corruption. Dès lors, il va de soi que l'intervention du droit pénal dans son encadrement demande également un discernement sur son opportunité et son objectif.

La question est d'une importance capitale pour la nation que la Constitution de 1992 pose elle-même les principes devant encadrer les conflits d'intérêts. Il est en effet précisé que les fonctions au service des institutions de l'Etat ne peuvent constituer une source d'enrichissement ni un moyen de servir des intérêts privés. Les dispositions visent particulièrement les personnalités appelées à exercer un mandat, à accomplir des fonctions ou à effectuer des missions au sein de la Présidence de la République, du Gouvernement, de l'Assemblée nationale, du Sénat et de la HCC.¹⁰⁴² Le droit administratif s'occupe également de la situation par l'intermédiaire du code des marchés publics¹⁰⁴³, du statut et du code de déontologie des magistrats¹⁰⁴⁴, du code de déontologie des fonctionnaires¹⁰⁴⁵ et d'autres encore.

Choisissant aussi la répression pénale, le législateur dans la nouvelle loi de 2004 a défini l'expression « conflit d'intérêts » comme la coïncidence entre les intérêts privés de la personne visée et l'intérêt public et que cette situation est susceptible d'influencer des devoirs officiels¹⁰⁴⁶. Ensuite, elle pose une obligation de déclaration de la survenance d'un tel conflit et, précisément, c'est l'inobservation de cette obligation qui déclenche l'intervention du droit pénal.

Avant la réforme, des aspects particuliers du conflit d'intérêts comme l'ingérence et le commerce incompatible ont été déjà incriminés et continuent de l'être à travers les articles 175, 175.1 et 175.2 nouveaux du code pénal. L'innovation réside ainsi par sa généralité et son caractère anticipateur en responsabilisant les personnes visées, afin de renforcer la prévention. La nouvelle incrimination peut englober des situations pouvant rentrer dans les prévisions des articles suscités mais elle vise spécialement, sans considérations d'attributions professionnelles spéciales, les situations qui se présentent légèrement en amont. Il est clair que la déclaration ne constitue pas une excuse absolutoire pour les prises illégales et le commerce incompatible. Pour l'effectivité, la pleine compréhension des éléments du délit que le législateur entend réprimer est nécessaire mais cela ne pourrait se faire sans discerner les intérêts susceptibles d'entrer en conflit.

¹⁰⁴¹ Gilman S. C., Joseph J. and Raven C. L., *Conflicts of Interest: Balancing Appearances, Intentions and Values*, Ethics Resource Center 2002-04, <http://www.ethics.org/resources/index.html> Article ID: 853

¹⁰⁴² Article 42 et 43 de la Constitution du 18 septembre 1992 (dans sa nouvelle rédaction, publiée au *J.O* n° 2495 du 08.04.98, p. 1274 -1286, avec les modifications apportées par la loi constitutionnelle n° 95-001 du 13 octobre 1995 et la loi constitutionnelle n° 98-001 du 8 avril 1998)

¹⁰⁴³ Article 9 de Loi n° 2004 - 009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics, qui exclut des marchés publics les entreprises dans lesquelles la Personne Responsable des Marchés Publics ou les membres de la Commission d'Appel Offres possèdent des intérêts financiers ou personnels directs de quelque nature que ce soit

¹⁰⁴⁴ Articles 10 et 13 à 16 de l'ordonnance n° 2005- 005 DU 22 mars 2006 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; articles 9 et 17 du décret n°2005-710 portant Code de déontologie des magistrats

¹⁰⁴⁵ Décret N° 2003-1158 du 17 décembre 2003 Portant Code de Déontologie de l'Administration et de Bonne Conduite des Agents de l'Etat

¹⁰⁴⁶ Article 182 nouvel alinéa 1 du CP

a. Les intérêts en présence

Le conflit qui préoccupe le législateur met en présence deux intérêts de nature différente : l'un privé et l'autre public, dont il convient d'en cerner les contours.

Les « intérêts privés » semblent indiquer tout naturellement les intérêts financiers ou patrimoniaux, ou ceux qui confèreraient un avantage personnel direct à l'agent public. Cependant, ils ne s'y limiteraient pas en incluant des activités privées et des attaches ou liens personnels, ainsi que des intérêts familiaux.¹⁰⁴⁷ La notion d'intérêt privé ou personnel est particulièrement vaste, puisqu'elle engloberait des intérêts directs et indirects¹⁰⁴⁸. On y inclut les intérêts du principal concerné lui-même, ceux de ses proches, ceux de ses amis ou même ceux d'un groupe auquel il appartient. La notion, très extensive, se caractérise également de la nature variée que l'on peut lui attribuer. L'on ne prendrait pas uniquement en compte la nature financière mais tout ce qui pourrait constituer, pour l'agent public, un intérêt, qu'il soit familial, politique, professionnel, confessionnel ou même sexuel¹⁰⁴⁹. Le code de marché public semble différencier les intérêts financiers des intérêts personnels qualifiés de quelque nature que ce soit. Ce qui semble pencher vers l'inclusion des intérêts non pécuniaires.¹⁰⁵⁰ La jurisprudence malgache n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point mais d'emblée tous les intérêts prohibés pris en compte dans la répression de l'ingérence font partie des intérêts privés. En France, il semblerait qu'un intérêt simplement moral constitue l'intérêt dont la prise, la réception ou la conservation est interdite par l'article 432-12 du Code pénal. Par l'indication de la jurisprudence, la prise illégale d'intérêts est caractérisée par la prise d'un intérêt matériel ou moral direct ou indirect.¹⁰⁵¹ Cette position aurait cependant reçu des critiques selon lesquels les limites de l'incrimination seront ainsi indéfiniment repoussées¹⁰⁵². Ailleurs, il a été considéré comme d'intérêt privé le fait pour un maire d'utiliser pour ses besoins personnels des infrastructures ou des facilités de la municipalité¹⁰⁵³.

Quant à l'intérêt protégé susceptible d'entrer en conflit avec les intérêts privés, il semble que chaque organisme a ses propres préoccupations. Par exemple, l'OCDE parle de « mission publique » dans sa recommandation sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public¹⁰⁵⁴, c'est à dire sur l'ensemble des activités de l'agent public. Par ailleurs, le glossaire des Nations Unies le considère plus restrictivement en utilisant les termes de « décision publique » pouvant être influencé par l'intérêt privé¹⁰⁵⁵. En effet, on a pu juger au Canada que les fonctions et responsabilités attachées à une charge publique sont à la fois complexes et subtiles. Il est possible d'exercer un pouvoir et une influence immenses même

¹⁰⁴⁷ SCPC, *Rapport annuel 2004*, p.5

¹⁰⁴⁸ Sur l'intérêt indirect, la Cour de Cassation française, en matière commerciale, a eu à préciser qu'il doit être suffisamment important pour infléchir la conduite de la société, Com., 4 octobre 1988.

¹⁰⁴⁹ SCPC, *op. cit.*, p.27

¹⁰⁵⁰ Article 9 de Loi n° 2004 - 009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics

¹⁰⁵¹ Arrêt du 5 novembre 1998 (Bull. n° 289) ; arrêt du 29 septembre 1999 (n° 5683, en cours de publication)

¹⁰⁵² Samuel X., *op. cit.*

¹⁰⁵³ LeChasseur M-A., *Conflits d'intérêts et inhabilités*, www.barreau.qc.ca/journal/vol31/no8/conflits.html, notamment sur une décision de la Cour supérieure du Québec sur l'affaire *Teasdale-Lachapelle c. Pellerin*, C.S. 415-05-000322-965

¹⁰⁵⁴ OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public. Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, OCDE Publications, Juin 2003, p.4

¹⁰⁵⁵ <http://hq.unhabitat.org/cdrom/TRANSPARENCY/glossary/conflict.html>

sans prendre de décision. La confiance du public ne peut alors être préservée et accrue que si toutes les fonctions et responsabilités de l'agent public, et non ses seules décisions, sont sujettes à examen.¹⁰⁵⁶

Le droit malgache semble opter pour la prise en compte de la situation plutôt que de la seule décision, si l'on se réfère aux dispositions constitutionnelles pertinentes ci-dessus et à l'article 182 du code pénal qui lui parle d'intérêt public, sans la définir. Cela marque également sa différence avec les prises illégales qui s'occupent plutôt d'une incompatibilité avec des positions de surveillance et de contrôle, quand bien même leur finalité reste toujours l'intérêt public. La notion d'intérêt public est également un concept extensible qui semble difficile à délimiter en de termes précises. L'on a pu simplement dire que c'est la finalité de ce que ceux qui exercent consciencieusement le pouvoir croient être le plus approprié pour le bien être général de la société. Dans un cadre plus restreint comme celle de l'incrimination présentement étudiée, l'intérêt public en question devrait être en étroite relation avec les devoirs officiels de l'agent public. Ceux-ci varient selon la fonction de l'agent concerné, les devoirs officiels d'un ministre ne coïncideraient certainement pas avec ceux d'un parlementaire ni ceux d'un magistrat. L'essentiel est que ces devoirs ne devraient pas être influencés par les intérêts privés sinon la situation devient indésirable.

b. Le comportement condamnable

Il découle de l'analyse du conflit indésirable, de l'acte répréhensible et des personnes visées.

i. Le conflit indésirable

Pour parvenir à cerner suffisamment l'acte répréhensible, il va falloir connaître quel genre de conflit le législateur entend gérer. En effet, l'expression peut décrire plusieurs situations selon la chronologie de l'occurrence de chaque intérêt.

En premier lieu, on parle de conflit réel lorsque l'agent possède un intérêt avéré, le conflit est ainsi dit « effectif » ou « réel ». Il s'agit d'un intérêt privé susceptible d'influencer la façon dont l'agent s'acquitte de ses responsabilités ou de ses obligations professionnelles. En second lieu, le conflit peut être « apparent » si le risque n'existe pas en réalité. Deux situations alors peuvent se présenter : soit les intérêts personnels d'ordre privé n'existent pas réellement, soit les faits en cause ne sont pas certains : l'agent « semble posséder » des intérêts. Enfin, le conflit reste « potentiel » lorsque l'agent possède des intérêts privés qui ne sont pas suffisants à l'instant où la question du conflit est posée. Il n'existe pas encore de relation entre ses fonctions et ses intérêts privés et jusqu'à ce que la situation changent ou évoluent¹⁰⁵⁷.

Un autre essai de définition reprend les mêmes catégorisations avec des critères plutôt subjectifs. Un conflit réel serait une situation dans laquelle l'agent concerné a connaissance d'un intérêt pécuniaire privé suffisant pour influencer sur

¹⁰⁵⁶ Rapport de la Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens dit « Rapport Parker », Approvisionnement et Services, Canada, 1987, p. 31-37, cité par Young M., *Les conflits d'intérêts: principaux aspects*, Division du droit et du gouvernement, Novembre 1993, Révisé en octobre 1998 ; [http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp362-f.htm#\(6\)txt](http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp362-f.htm#(6)txt)

¹⁰⁵⁷ SCPC, *Rapport annuel 2004*, Les éditions des journaux officiels, 2005, p.27

l'exercice de ses fonctions et responsabilités officielles. Par contre, il aurait conflit d'intérêts apparent lorsqu'une personne raisonnablement bien informée peut logiquement redouter un conflit d'intérêts. Le dernier, conflit potentiel, survient dès qu'une personne prend conscience de la possibilité d'un conflit, mais n'a pas encore exercé les fonctions ou pris les responsabilités qui pourraient influencer sur l'intérêt en cause.¹⁰⁵⁸

A la lumière de ces indications qu'on retrouve aussi dans les documents de l'OCDE susmentionnés, le droit pénal malagasy semble avoir pris en considération la situation de conflit réel. En effet, et cela nous amènera à déterminer le sens du mot influence par la suite, l'article 182 nouveau du CP parle d'une situation de conflit réel en insistant sur la susceptibilité de l'influence. Il est donc clair que toutes les coïncidences d'intérêts ne constituent pas le conflit suspect nécessitant une déclaration à l'autorité hiérarchique. C'est le cas par exemple d'un fonctionnaire des douanes qui possède des intérêts dans une entreprise de transit ou de commission en douanes non active dans le ressort de sa recette douanière. Dans ce cas, le conflit est potentiel et également apparent à certains égards. Cependant, il ne deviendrait suspect nécessitant une déclaration que lorsque la situation viendrait à évoluer sur deux plans. D'un côté, dans le cas où l'entreprise étendait ses opérations dans le ressort territorial du fonctionnaire, ou de l'autre, si celui-ci recevait affectation ou mission dans les zones d'exercice de l'entreprise dans laquelle il a des intérêts. C'est ainsi que le conflit indésirable est celui qui est susceptible d'influencer les devoirs officiels de l'agent public.

La question qui mérite aussi d'être posée est la suivante : quel type de coïncidence d'intérêts pourra de nature influencer un agent public dans l'exercice de ses devoirs officiels. La définition, en usant du terme susceptibilité, laisse un champ large d'interprétation propice à la subjectivité et aux abus. La réponse à cette préoccupation dépend de la signification donnée au mot influence ou plus précisément la force séductrice de celle-ci. La susceptibilité de l'influence dépend principalement de l'importance des intérêts privés, si ceux-ci le sont suffisamment¹⁰⁵⁹ pour pouvoir modifier le comportement de l'agent public vis-à-vis de ses devoirs officiels¹⁰⁶⁰. L'influence pourrait ensuite tenir à la nature de ses intérêts (responsabilités familiales, foi religieuse, liens professionnels, appartenance politique, biens personnels, investissements, dettes, par exemple) ou à leur valeur (intérêts dans une entreprise familiale, possibilité de réaliser un bénéfice important, d'éviter une perte, par exemple)¹⁰⁶¹. Si ces avantages sont insignifiants, en terme de valeur aux yeux de l'agent ou des citoyens, ils seront considérés comme n'étant pas susceptibles d'avoir une quelconque pouvoir sur l'exercice des devoirs officiels. Ce serait le cas d'une parenté éloignée, d'une relation d'affaires très ancienne ou de participations minimales dans des sociétés anonymes. Cela supposerait une hiérarchie de valeurs considérant que l'intérêt personnel ne pourrait en aucun cas primer sur la mission publique. Toutefois, il s'agit d'appréciation de valeurs qui peut être très subjective et amener tout droit à l'arbitraire ou à l'incohérence. Il est alors utile de suggérer de prendre en compte toutes les situations de conflit réel et à charge pour l'intéressé de produire l'insignifiance de l'intérêt personnel comme moyen de défense. Quoi qu'il en

¹⁰⁵⁸ Rapport Parker, p. 31

¹⁰⁵⁹ Carney G., *Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials, TI Working Papers*, 1998; http://www.transparency.org/working_papers/carney/index.html p.2

¹⁰⁶⁰ <http://hq.unhabitat.org/cdrom/TRANSPARENCY/html/copyright.htm>

¹⁰⁶¹ SCPC, *op. cit.*, p.27

soit, il s'agit dans le cadre du droit pénal d'une question de fait laissée à la discrétion du juge de fond.

ii. L'acte condamnable

Ce qui amène maintenant à analyser l'acte ou plutôt l'abstention réellement répréhensible. En effet, ce n'est pas cette situation de conflit en elle-même qui est répréhensible mais la non déclaration à l'autorité hiérarchique compétente. Ce n'est donc ni la polarité ni l'existence du conflit qui importe dans le concept nouveau du droit pénal malagasy et elles n'en constituent pas l'infraction. En effet, le conflit peut être positif ou négatif au sens que la personne intéressée a agit de façon active ou passive ou tout simplement n'a pas agi. Le conflit en lui seul indique une situation neutre de possibilité, une situation de latence. Ce n'est pas cette situation qui est incriminée dans les dispositions de l'article correspondant, contrairement à certain pays qui l'ont réprimée, mais le fait de ne pas dévoiler la situation. Cela s'inscrit plus, faudrait-il le rappeler, dans la responsabilisation de l'agent d'identifier les situations compromettantes, d'analyser en permanence sa position et de faire un acte positif en déclarant l'occurrence d'un conflit auprès de l'autorité hiérarchique. Par ailleurs, une situation de corruption semble toujours constituer un conflit d'intérêts puisqu'il s'agit pour la personne visée de favoriser son intérêt personnel au détriment de celui de sa mission¹⁰⁶², auquel cas la déclaration équivaldrait à un aveu de culpabilité.

La déclaration exigée¹⁰⁶³ doit être immédiate pour être exonératoire de responsabilité pénale. Ce qui suppose donc dès la connaissance par l'agent intéressé de la coïncidence d'intérêts. Si on prend à la lettre cette incrimination, il faut donc que les deux intérêts légalement non souhaitable de coïncidence sont déjà présents et que partant le conflit est déjà effectif. Ce qui semble infirmer le caractère préventif de l'incrimination qui penche ainsi vers la gestion du conflit avéré. Il aurait été plus efficace, en répondant au caractère de délit obstacle, d'exiger la déclaration dès que le conflit est en voie d'être réel. En effet, la déclaration devient également un aveu de culpabilité lorsqu'il s'agit de prise d'intérêts ou d'emploi rentrant dans la prévention des articles 175 et 175.1 du code pénal.

Quant à la forme de la déclaration, en l'absence de précision de la loi, elle pourrait être faite oralement ou par écrit. Toutefois, s'agissant d'une relation régie par le droit administratif, l'usage en matière de correspondance exige un support écrit dans les formes officielles et cela pour faciliter la preuve. Il incombe à la jurisprudence de préciser toutes les questions formelles relatives à la déclaration en l'absence d'une un cadre règlementaire suffisamment détaillée pour prévenir et gérer les conflits d'intérêts. Cela devra apporter également la réponse à la question si la déclaration peut être faite directement ou par personne interposée. A ce titre, le décret de 2004 sur la déclaration de patrimoine donne suffisamment d'indication sur la forme de la déclaration d'intérêts. Il s'agit du second formulaire de déclaration, dont le modèle figure à l'annexe bis du texte. Il comporte une énumération des intérêts économiques de l'agent assujetti déclarant dans une entreprise ou une organisation.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p.29

¹⁰⁶³ Le système de déclaration d'intérêts est encouragé par la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption qui dans son article 8- 5° exhorte la mise en place par chaque État Partie, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public. Il est clair donc que la déclaration concerne les conflits potentiels.

Il est destiné, le cas échéant, au chef hiérarchique ou à l'autorité compétente pour permettre à ce dernier de prévenir les conflits d'intérêt¹⁰⁶⁴.

iii. Les personnes visées

S'agissant à présent des personnes concernées par l'incrimination, l'agent public et l'autorité publique sont les seules retenues. Si cette dernière catégorie n'appelle plus d'autres commentaires, la notion d'agent public nécessite une précision. D'une manière générique, le terme désigne tout collaborateur d'un service public et relevant du droit administratif¹⁰⁶⁵. Il serait bien plus large que la notion de fonctionnaire¹⁰⁶⁶, qui lui relève du statut général des fonctionnaires, et inclut en outre les agents non encadrés de l'Etat, régis par leur propre statut¹⁰⁶⁷. Le terme englobe également les autres cadres de l'Etat régis par des statuts particuliers ou spéciaux comme les magistrats, les militaires et les policiers. Seraient également inclus dans cette catégorie, les personnes qui sans avoir les qualités ci-dessus n'en exercent pas moins une fonction publique dans l'intérêt général. Tel est le cas d'un conseiller municipal ou d'un membre d'un conseil d'administration d'un établissement public. Selon la jurisprudence française, elle n'est ainsi reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique¹⁰⁶⁸.

Ce qui la différencie de l'expression chargée d'une mission de service public est que cette dernière ne contient pas que d'agents publics mais aussi de personne relevant du droit privé et à qui est confiée une mission d'intérêt général. La doctrine française cite comme exemple les personnes morales ou physiques placées sous la surveillance ou le contrôle de l'Etat par voie de délégation, de concession, ou de réquisition¹⁰⁶⁹. Convierait-il alors de prendre l'expression agent public dans son acception la plus large ? Ce qui va inclure les fonctionnaires, certains élus, en tant que dépositaires d'une partie de l'autorité publique¹⁰⁷⁰, les personnes chargées d'une mission de service public et toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées¹⁰⁷¹. C'est le sens que la Convention des Nations Unies et celle de l'Union Africaine relatives à la corruption donnent à la notion et il en est de même pour le Protocole anti-corruption de la SADC. Sens auquel le droit malgache devrait en principe s'y conformer¹⁰⁷².

La formalité de dépôt de déclaration, dont l'inexécution constitue l'acte matériel répréhensible, peut cependant poser un problème pratique pour certaine catégorie de

¹⁰⁶⁴ Article 4 in fine du Décret n° 2002-1127 instituant une obligation de déclaration de patrimoine par certaines catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires, modifié et complété par le décret n° 2004 - 983 du 12 octobre 2004

¹⁰⁶⁵ Guillien R. et Vincent J., *op. cit.*, p.28

¹⁰⁶⁶ Deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour qu'un individu soit tenu pour fonctionnaire. 1° Il faut qu'il occupe un emploi institué pour assurer la marche d'un service public proprement dit. 2° Il faut que cet emploi soit permanent ou ait tout au moins une certaine permanence. Cons. d'État 20 décembre 1946 voit un fonctionnaire dans une personne qui occupe un emploi permanent dans les cadres d'un service public. (Gaz.Pal. 1947 I 179)

¹⁰⁶⁷ Loi n°94-025 du 17 novembre 1994, JO n°2337 du 04.12.95, vm p.3657 et vf p. 3667

¹⁰⁶⁸ Cass.crim. 25 mai 2004 (Bull.crim. n° 136 p.519)

¹⁰⁶⁹ Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *Edition du Juris-Classeur pénal*, 1999, Dalloz, fasc. 10, p.7

¹⁰⁷⁰ Chefs de l'Exécutif de collectivités, tels que les maires et les chefs de Région de la deuxième génération

¹⁰⁷¹ SCPC, *Rapport annuel 2002*, Les éditions des journaux officiels, 2003, pp.163 et s.

¹⁰⁷² Article 2 Convention UN, article 1 Convention UA et article 1 Protocole SADC

personne qui n'a pas d'autorité hiérarchique bien individualisée. C'est le cas par exemple du Président des Institutions de l'Etat, des parlementaires, des élus et des juges du siège. La notion d'autorité hiérarchique pourrait cependant être prise dans un sens extensible débordant de la définition que le droit administratif la réserve. Il devrait s'agir de l'entité, physique ou morale, qui a le pouvoir de nomination et de démission sur l'agent public ou à la limite à celle à qui il rend compte. Ainsi pour les élus, ce serait soit son électorat, auquel cas la déclaration prend la forme d'une divulgation publique, soit un organe délibérant, par exemple le conseil communal pour le maire. Dans tous les cas, la solution dépendra en partie de la conception que la jurisprudence prendra à propos de la notion d'agent public.

c. L'élément moral

L'incrimination suppose tout d'abord une simple connaissance de la survenance de la situation indésirable, c'est-à-dire du conflit réel. En outre, l'omission de la porter à la connaissance de l'autorité hiérarchique devrait être de mauvaise foi en l'absence de précision de la loi. Enlèverait donc le caractère délictuel à l'omission le fait d'avoir fait la déclaration à la mauvaise adresse, la perte de celle-ci ou l'impossibilité matérielle de l'effectuer.

d. La répression

La peine principale correspond bien à la nature préventive de la peine. Elle est à moitié moins sévère, comparée autres infractions de corruption. La non déclaration d'un conflit réel d'intérêts est ainsi passible d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 500.000 de fmg ou 1 hetsy ariary à 50 millions de fmg ou 10 tapitrisa ariary ou de l'une de ces deux peines seulement. Ce qu'il convient de retenir c'est que la présente incrimination ne devrait être qu'un des volets de la prévention et de gestion des conflits d'intérêts qui, d'une manière générale, englobe le problème posé par le cadeau.

2- Des cadeaux¹⁰⁷³

La réglementation des cadeaux, voire sa criminalisation, pose toujours un dilemme culturel puisque elle remet en question des pratiques longtemps considérées comme légitimes. Des considérations générales méritent d'être revues avant de cerner les éléments de la répression.

a. Considérations générales

En effet, comme dans plusieurs pays étrangers¹⁰⁷⁴, la culture de cadeaux reste encore très répandue à Madagascar si l'on ne prend seulement l'adage : « *ny vato*

¹⁰⁷³ Article 183 du CP : « Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à deux ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par un agent public ou toute autorité publique d'accepter d'une personne un cadeau ou tout avantage indu susceptible d'avoir influencé ou d'influencer le traitement d'une procédure ou d'une transaction liée à ses fonctions.
Le donateur sera puni des mêmes peines. »

¹⁰⁷⁴ Comme le *guanxi* en Chine ou le *blat* en Russie. Pour des détails sur les cadeaux équivoques, voir Andvig J. C. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., *op.cit.*, p.72

aza hosora-menaka rehefa manambina vao mainka ny olombelona ». Littéralement, cela veut dire qu'une personne qui vous a fait du bien mérite mieux, en terme de reconnaissance, qu'un rocher sacré enduit d'huile lorsqu'il porte chance. Ces cadeaux prennent plusieurs dénominations comme le *falim-po*, *fisaorana*, etc. et ils permettent de développer les relations et échanger des services entre connaissances. En eux-mêmes, dons et présents constituent des vertus mais comme dans toute société confrontée à une corruption généralisée, ils sont souvent utilisés pour témoigner une relation coupable : corruption ou conflit d'intérêts. On a même pu dire qu'en Afrique la pratique des cadeaux constitue un mode de gouvernance qualifié de douce corruption¹⁰⁷⁵.

Les pays qui ont réglementé la réception de cadeaux par des agents publics ont chacun leur manière propre de la traiter : de la pure interdiction en passant par le plafonnement pour terminer jusqu'à la libre appréciation selon les circonstances de la donation. Peu cependant ont choisi la voie pénale¹⁰⁷⁶ en les traitant par la voie administrative et disciplinaire¹⁰⁷⁷. La pénalisation de ce comportement trouve son explication par la facilité qu'il offre pour camoufler les pots de vin ou pour justifier moralement ou culturellement les cadeaux donnés avec des intentions corruptives¹⁰⁷⁸. Outre les traditions culturelles de donation, qui d'ailleurs ne sont pas l'apanage de quelques pays, les cadeaux peuvent également faciliter les relations entre les acteurs d'un service public et favoriser l'établissement de réseaux mettant en place finalement les conditions de développement des activités de corruption¹⁰⁷⁹.

Afin de faire la part des choses entre cadeaux légitimes et ceux pervertis, le CSLCC a demandé pendant la consultation publique ci-dessus l'opinion des gens. Il a été tout d'abord expliqué succinctement que dans beaucoup de pays la tradition honorable de cadeaux de satisfaction a été pervertie. Il arrive que les fonctionnaires publics attendent ou même réclame un cadeau avant de faire le travail pour lequel ils sont payés. C'est une infraction moins grave que le pot de vin mais surtout son incrimination constitue une mesure anti-corruption réputée efficace. En effet, elle traite les nombreux cas où il est impossible de prouver que le cadeau était un pot de vin. En outre, il restaure l'offre de cadeaux à ses origines sociales honorables. A Madagascar la réclamation ou l'attente de cadeaux par les agents de l'Etat est devenue un problème qui devrait être traité. Il était alors temps de songer à ériger en infraction le fait, pour un agent investi d'une mission publique, d'accepter un cadeau à moins qu'il n'y soit autorisé. Ensuite, il a été demandé aux consultés si le fait, pour un agent de l'Etat, d'accepter un cadeau non autorisé, devrait constituer une infraction. La réponse des consultés a clairement indiqué la nécessité de l'incrimination¹⁰⁸⁰ mais

¹⁰⁷⁵ TI, Côte d'Ivoire : le fonds de commerce de feu Houphouët-Boigny, Cité d'après Pierre Péan, *L'Argent noir. Corruption et sous-développement*, Fayard, 1988, encadré, in TI, *Combattre la corruption*, loc. cit., p.95

¹⁰⁷⁶ Par exemple les USA en criminalisant les « illegal gratuities » Section 201 de l'USC

¹⁰⁷⁷ Voir par exemple pour des comparaisons, le rapport de la Banque Asiatique pour le Développement (ADB) en 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/45/34300023.pdf>, pp. 24 et s.

¹⁰⁷⁸ Della Porta D. and Vannucci A., *The resources of corruption: Some reflections from the Italian Case*, *Crime, Law & Social Change*, 27, Kluwer Academic Publishers, 1997, p.231

¹⁰⁷⁹ Haynes A., *The struggle against Corruption – what are the optimal structures?* ICC, Durban, 3-7 December 2001, 2nd World Conference, *Modern criminal investigation, Organized crime and human rights*, p.4 et 5

¹⁰⁸⁰ On demandait aux consultés si l'acceptation sans autorisation de cadeaux par un agent de l'Etat devrait constituer une infraction. Une grande majorité (69.6%) a dit oui. 30.4% ont dit non et 3,5% n'ont pas répondu. Les dirigeants (politiciens nationaux, autorités locales et chefs traditionnels) se sont montrés plus favorables que la moyenne (73%) au fait de considérer l'acceptation de cadeaux comme une infraction. La réponse de la catégorie des fonctionnaires était un peu moins élevée (55,7%) mais dépassait la proportion de fonctionnaires opposés au fait de considérer l'acceptation de cadeaux comme une infraction (44,3%).

ce n'est que pendant les travaux préparatoires que le critère d'autorisation a été enlevé au profit du critère de l'influence. La réticence des membres du Gouvernement de se prononcer ultérieurement par voie réglementaire sur les conditions d'autorisation des cadeaux en est la cause¹⁰⁸¹.

Dans toutes les sociétés, et cela développé dans le cercle familial dès le plus jeune âge, il est d'usage d'offrir un présent à ceux qu'on chérit et particulièrement dans des circonstances particulières. Ce témoignage d'affection s'étend dans les relations sociales et mêmes professionnelles et c'est dans ce dernier cercle que la vertu peut se muer en vice. Les dons et présents de toute nature sont souvent utilisés pour appuyer une relation gênante voire délictueuse. Ce sont précisément ces derniers que l'article 183 nouveau vise en vue d'éviter de mettre les agents publics à l'abri des relations compromettantes. Recevoir un cadeau de la part des clients pour des agents publics pourrait en outre mettre ces derniers dans une situation d'obligé.

b. Les éléments de la répression

Au même titre que le conflit d'intérêt, le traitement des dons et présents compromettants est aussi recommandé par la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la corruption¹⁰⁸². Madagascar est allé au-delà des mesures et systèmes de déclaration obligatoire recommandée en choisissant la voie pénale par son incrimination. Cependant, il va falloir cependant éclaircir les nombreuses zones grises qui persistent autour de cette notion de cadeaux illicites.

Les cadeaux posent d'emblée une problématique dans le traitement pénal des phénomènes de corruption puisque ils constituent pour certaines incriminations une composante de l'élément matériel prenant la dénomination de dons et présents. Dans cette optique, l'infraction d'acceptation illégale de cadeaux se différencie principalement par exemple de celle de la corruption passive principalement par l'intention. Pour la corruption, l'agent public doit avoir connaissance que le pot de vin proposé ou sollicité est la contrepartie nécessaire de l'exercice ou non de ses devoirs officiels ou ceux facilités par eux. Il faut en outre que ces agissements aient été incités par les avantages indus promis ou sollicités. Pour les présents, il n'est question que de connaissance du pouvoir « influenceur » du cadeau sans que l'intention ne soit expressément ou immédiatement l'obtention d'une action ou abstention dans le cadre des devoirs officiels de l'agent public. Il est pourtant précisé que ce n'est ni le cadeau ni l'échange de celui-ci, en eux-mêmes, qui sont répréhensibles mais le détournement de celui-ci en instrument de prévarication : l'avantage indu.

On devrait précisément parler de catégories spéciales de cadeaux puisque tous les présents reçus par les personnes visées par l'incrimination ne sont pas tous inclus dans le champ de la prévention. Seuls les sont ceux qui sont susceptibles d'avoir influencé ou d'influencer le traitement d'une procédure ou d'une transaction liée aux fonctions. On peut aisément deviner la difficulté de mise en œuvre de l'incrimination en raison, d'une part, de l'originalité de l'infraction et, d'autre part, de la marge considérable qu'elle laisse à la discrétion du juge. Ce dernier aura à apprécier la relation d'influence entre le cadeau et la décision de l'agent public dans l'exercice de ses attributions officielles. La pratique aura incontestablement besoin du guide de la doctrine avant qu'une jurisprudence fournie soit disponible. Dans ce cas, le droit

¹⁰⁸¹ Cf. lettre du Ministre des Finances et du Budget en date du 06 mai 2004

¹⁰⁸² Article 8-5°

comparé doit aussi servir de *ratio scripta* ou du moins guider la démarche décisionnelle de l'acteur dans la détermination des éléments constitutifs de cette infraction et leur application sur les faits à lui soumis. Le développement qui va suivre essaiera tout simplement de donner des indications de recherche au praticien confronté à des cas réels à résoudre.

i. Les personnes visées par l'incrimination

On retombe dans le même cas que celui du conflit d'intérêts puisqu'il s'agit de la même catégorie concernée et qu'il n'est plus besoin de s'y attarder. Toutefois, la question sur la limitation de cette catégorie particulière pourrait s'élever et mériter quelques remarques. En effet, les cadeaux compromettants constituent également un problème dans le secteur non étatique et se situe même au centre de dilemme éthique qu'il faudrait adresser. La raison de cette discrimination se situe au niveau du standard d'éthique que devrait avoir les agents de chaque secteur. Etant donné que les agents publics sont payés par le contribuable et théoriquement au service de l'intérêt général, il paraît tout à fait normal et non choquant pour la plupart des citoyens de leur exiger des normes de comportement plus rigoureuses. Parmi celle-ci, on leur demande particulièrement d'être objectif, intègre et impartial dans l'exercice de leur fonction et même en dehors de cet exercice. Or l'acceptation de cadeaux ou avantages indus de la part d'un usager est susceptible de porter atteinte aux valeurs protégées par les normes¹⁰⁸³. Ce qui ne justifie pas un sauf conduit dans le secteur privé mais que la violation simple des dites normes est gérée et sanctionnée par des voies autres que pénales, puisque ne touchant pas trop l'ordre public. Il faudra aussi rappeler que l'incrimination des cadeaux « influenceurs » n'est pas une nouveauté dans le droit malagasy et a été une des plus ancienne des normes pénales pour protéger les valeurs intégrité et équité¹⁰⁸⁴. Dans le droit positif, l'acceptation de cadeaux est déjà répréhensible pour une catégorie d'agent public que sont les agents de douanes¹⁰⁸⁵. Il s'agit donc ici à proprement parler non pas de nouveauté mais également d'extension *ratione personae* sinon une remise en vigueur d'une norme déjà existante.

L'incrimination se cantonne ainsi, en l'absence de précision, aux agents publics en exercice en laissant hors de portée les anciens et futurs agents qui sans discussion aucune peuvent être récipiendaires des cadeaux prohibés. Concernant les anciens agents, ceux-ci ne sont pas totalement hors de la répression puisque leurs cas peuvent tomber sous le coup des incriminations de prise d'avantages injustifiés ou de prise d'emploi prohibé pendant une certaine période. S'agissant maintenant des futurs agents publics, les cas peuvent se différencier : d'une part, pour ceux qui exerceront des mandats publics électifs dont le traitement devrait figurer dans les réglementations électorales et, d'autre part, les autres catégories qui échappent totalement à la répression puisque ils n'ont pas encore la qualité au moment de l'acceptation du cadeau prohibé. Tel est le cas par exemple d'un candidat reçu ou pressenti dans l'occupation d'une fonction publique qui accepte un cadeau de la part d'un usager de son futur service dans le but de le conditionner dès le départ.

¹⁰⁸³ Pour une opinion contraire voir Alldridge P., *op. cit.*, p.294 et s

¹⁰⁸⁴ Voir supra, p.106

¹⁰⁸⁵ Article 40 du code des douanes

ii. L'acte matériel répréhensible

Il s'agit précisément de l'acceptation du cadeau prohibé. La réception matérielle ou non de l'avantage indu, soit par lui-même soit par personne interposée, ne devrait avoir aucune influence sur la constitution de l'infraction et ne représenterait qu'une facilité en matière de preuve. L'acquiescement de l'offre par l'agent public peut prendre plusieurs formes, expresse ou tacite. Dans un premier cas, un pacte entre les deux parties de la donation prohibée est nécessaire et peut être matérialisé par un accord exprès. Il faudrait toutefois faire une distinction selon le point de départ de l'initiative de la transaction. Dans le cas où celle-ci émane de l'agent public, la violation s'apparente plutôt de la corruption passive. Sauf, s'il est établi que la décision sur la procédure et la transaction protégées n'a été en aucune manière conditionnée par le cadeau sollicité *a posteriori*. Toujours est-il que dans cette hypothèse, la question sur la susceptibilité d'influence semble ne plus se poser. L'agent devait avoir agi dans l'espoir ou dans la pire des cas dans le but inavoué d'obtenir une rétribution indue ; dans tous les cas, l'acceptation est avérée. Cette probabilité devient très grande lorsque l'usager donateur sollicité est un habitué du service public et considérera le don comme facilitateur des transactions à venir.

Ce qui amène à considérer le cas de l'acceptation tacite qui peut présenter des équivoques. L'acceptation pourrait être qualifiée de tacite lorsque l'agent public concerné ne se prononce pas clairement sur son acquiescement mais se comporte de façon à ce que des signes extérieurs permettent de déduire qu'il ne pouvait qu'accepter le don qui lui est offert. Ce comportement se réfère souvent aux attitudes précédentes que l'agent avait en présence d'une offre pareille, tel la joie ou la jubilation, l'appréciation, le projet d'utilisation de l'avantage en vue ou en perspective et la promesse d'agir plus favorablement à l'avenir. Quoi qu'il en soit, l'acceptation devrait être présumée lorsque l'agent entre en possession de l'avantage et se comporte comme bénéficiaire.

Cependant, l'acceptation du cadeau ne constitue pas en elle seule l'élément objectif de l'infraction puisque cela dépend surtout de l'influence que celui-ci a ou aurait sur l'agent public. En effet, l'analyse de l'influence devrait ressortir de critères objectifs et non d'une supposition ou appréciation subjective du juge. Auquel cas, l'arbitraire est aux alentours et le principe de la légalité en passe d'être violé. C'est dire comment il serait délicat de qualifier un cadeau de susceptibilité d'influence. Cette appréciation serait plus aisée dans le cas où la conduite de l'agent devant une offre de cadeau était règlementée par des normes, comme les codes de conduite ou de déontologie. Ces normes auxquelles le juge devrait se référer serviraient de guide déterminant les cadeaux prohibés dans une profession ou dans un corps. En effet, ces standards sont déterminés pour soustraire les agents publics des situations d'obligé moral devant un usager du service public. Ce qui suppose que la persistance d'accepter un cadeau hors standards est constitutive de faute professionnelle ou disciplinaire puisque mettant l'agent, au moins pire des cas, susceptible d'influence¹⁰⁸⁶. Il paraît évident que le juge n'est pas lié par les dispositions de telles normes mais il devra apprécier souverainement notamment lorsque ces normes, de nature réglementaire dans la plupart des cas, entrent en contradiction avec la valeur protégée par l'incrimination étudiée présentement¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁶ C'est le cas par exemple des agents de BIANCO dont le comportement face aux cadeaux est règlementé par un code de conduite. CSLCC, *Code de conduite du personnel du BIANCO*, octobre 2004

¹⁰⁸⁷ Par exemple l'article 13 du code de déontologie des magistrats qui les obligent de s'abstenir d'accepter d'une personne un cadeau ou tout avantage indu susceptible d'influencer le traitement d'une procédure liée à ses

Dans le cas contraire où il n'existe pas de règles de conduite sur les cadeaux liés à l'exercice de la fonction, d'autres critères devront être mis en œuvre pour avoir plus d'objectivité dans l'appréciation de la relation d'influence. A titre préalable, cette relation suppose un lien de causalité entre le cadeau et l'exercice des devoirs officiels. En d'autres termes, l'offre de cadeau devrait être à l'occasion d'un traitement d'une transaction ou d'une procédure mais il peut l'être dans d'autres occasions écartées. Par exemple, le cadeau prohibé peut être offert lors d'une fête d'anniversaire, d'évènement familial de l'agent public alors qu'en réalité il sert à récompenser un service rendu. L'éventualité est aussi valable pour le cas de corruption passive qui suppose en outre le trafic de la fonction, lequel n'est pas nécessaire pour l'incrimination sur les cadeaux. Ce qui exclut donc du champ de la répression les cadeaux de bonnes convenances que l'agent public, comme tout être humain membre d'une communauté, a l'occasion d'apprécier. Toutefois, il devra exclure tout lien avec le traitement d'une procédure ou une transaction. La question de savoir si la procédure ou la transaction devrait ou non être spécifiquement identifiée reste à préciser par la jurisprudence. Dans l'affirmative, et ce que semble suggérer les termes de l'incrimination, les cadeaux de conditionnement pour des facilités futures non précises seraient hors du champ de la répression.

Ce préalable posé, il convient à présent de déterminer la relation coupable entre le cadeau et la décision de l'agent public. Pour cela, le critère d'*anormalité* est proposé pour asseoir plus d'objectivité dans la démarche d'appréciation. En effet, l'anormalité est souvent synonyme d'illicéité. Dans certains droits, elle constitue un élément du droit pénal¹⁰⁸⁸ tandis que dans le droit malagasy elle n'a droit de cité que dans le droit civil¹⁰⁸⁹. Dans le sens général, elle suppose un dépassement du commun et soulève l'intrigue puisque évoluant hors d'une norme préétablie. Cette anormalité peut être appliquée sur les deux variables de l'équation que sont le cadeau en lui-même, d'un côté, et le traitement de la procédure ou de la transaction, de l'autre.

En ce qui concerne le cadeau, le critère se réfèrera sans exclusive sur la valeur et les circonstances de l'offre ou de l'acceptation. En premier lieu, le cadeau apparaît anormal lorsque elle représente une valeur qui dépasse une certaine proportion. Sa valeur peut être appréciée soit par rapport à la situation pécuniaire de l'agent public ou celle de l'offreur, soit en considération de l'enjeu de la transaction et de la procédure¹⁰⁹⁰. Pour caricaturer, un agenda en début d'année est moins susceptible d'influence qu'un séjour de vacances offert pour la même occasion. Cela renforce néanmoins la nécessité d'une réglementation sur la valeur de cadeaux autorisés comme cela se fait dans plusieurs pays pour certaines professions. Dans certains pays, la loi pose expressément un plafond fixe¹⁰⁹¹ ou variable par rapport aux revenus de l'agent en question¹⁰⁹². De telles normes aideraient sans aucun doute le praticien dans l'appréciation des cas et les agents de leur conduite face aux cadeaux.

fonctions. Il semble que les termes de cet article n'apporte pas une aide particulière tout en semant la confusion puisque ils apparaissent plus permissifs que ceux de la loi pénale.

¹⁰⁸⁸ Voir Vitu A., De l'illicéité en droit criminel français, *loc. cit.*, pp.127 et s.

¹⁰⁸⁹ C'est ainsi que, en droit des obligations, l'illicéité de sa cause rend sans effet un contrat ; Article 92 de la Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à La Théorie Générale Des Obligations (*J.O* n° 486 du 09.07.66, p.1429 ; Errata : *J.O* n° 489 du 23.07.66, p. 1657 ; du 14.01.67, p. 35 et du 30.11.68, p. 2229)

¹⁰⁹⁰ Kututwa N. & Kunaka C., *Practical value of legislation to combat organised crime: a southern african perspective*, Human Rights Trust of Southern Africa (SAHRIT), ICC, Durban, 3-7 december 2001, p.2

¹⁰⁹¹ Cas des Etats-Unis

¹⁰⁹² Cas de la Mongolie

L'appréciation de l'anormalité de la donation ne relève pas d'un jugement moral, en distinction du mal au bien ou du juste au blâmable¹⁰⁹³, et même si cela peut aider le praticien à légitimer sa décision. Elle ne concerne non plus l'éthique pour lesquels des critères de distinction existent. Ceux-là consistent plutôt à mettre en évidence une relation d'influence entre le cadeaux et la transaction ou la procédure afin de guider la prise de décision d'un agent en face d'un dilemme. Quoi qu'il en soit, la transparence comme puissant outil anti-corruption permet d'apprécier l'anormalité d'un présent. Un cadeau serait d'autant plus approprié si l'offre, l'acceptation ou la réception s'est fait en toute transparence. Ce qui signifie devant les collègues ou le supérieur hiérarchique, par exemple et l'avantage concerné peut être déclaré dans le cas contraire dans les medias et le public en général.

Dans les pays ou organisations ayant adopté des politiques ou législations sur les conflits d'intérêts, le système de déclaration de cadeaux semblerait fonctionner pour une bonne appréciation des dons compromettants. Dès lors, des biens déclarés tardivement comme cadeaux mais qui ont été révélés par les investigations ne sauraient avoir d'autres qualifications que d'anormaux puisque ne passant pas le test de la transparence. Toutefois, le risque existe en ce que la divulgation conduirait à considérer qu'une fois faite en public tout était réglé et qu'il n'y avait plus de problème. C'est par exemple le cas d'un ministre qui, au cours d'une cérémonie publique, a reçu un bijoux en or de la part d'un opérateur sous sa surveillance¹⁰⁹⁴. Parfois rendant plus complexe l'analyse objective des circonstances de l'offre ou de l'acceptation des cadeaux, ces outils peuvent rendre service pour corroborer les autres critères de l'anormalité du cadeau.

Dans un contexte de prépondérance de la corruption face à l'intégrité, menant ainsi à un déficit généralisé de confiance, la difficulté concernant les cadeaux est l'ambiguïté qu'ils représentent¹⁰⁹⁵. Le plus ardu reste la distinction de ce qui est approprié¹⁰⁹⁶ de ce qui ne l'est pas, c'est-à-dire le don avec une intention de séduire, du fait que c'est une question de connaissance sociale (*social knowledge*)¹⁰⁹⁷. Dans certaines professions qui traitent des procédures contentieuses¹⁰⁹⁸, les cadeaux représentent à tout moment une suspicion notamment de la part des parties lésées par la décision de l'agent public. Il devient alors délicat dans ces cas de figure de distinguer les cadeaux anormaux des autres.

Dans cette logique, on avance spontanément un autre critère : le moment de l'acceptation. En effet, les cadeaux de reconnaissance s'offrent souvent après la transaction ou la procédure favorable au donateur. Cela n'exclut évidemment pas le cas des cadeaux offerts avant la prestation dans l'unique but d'influence ou lorsque le donateur est déjà assuré qu'il sera servi d'une manière qui le satisfasse. Dans cette optique, les dispositions de l'article 183 se rapprochent de droit népalais qui parle d'impact quelconque sur l'exercice des devoirs officiels¹⁰⁹⁹, ce qui n'accorde pas d'importance particulière à la chronologie de l'acceptation.

¹⁰⁹³ Steidlmeier P., Gift Giving, Bribery and Corruption: Ethical Management of Business Relationships in China, *Journal of Business Ethics* 20, Kluwer Academic Publishers, 1999, p.127

¹⁰⁹⁴ Rolly Mercia, BIANCO et CSI: Des points significatifs, *La Gazette de la Grande Ile*, 20/07/2006

¹⁰⁹⁵ L'auteur défend ici la thèse de la difficulté de distinguer clairement le cadeau des pots de vin ou des commissions. Steidlmeier P., *id.*

¹⁰⁹⁶ Voir sur ce point le cas de Malawi cité par Jeremy Pope., *Confronting Corruption : The Elements of a National Integrity System*, *Source Book*, TI, 2000, p.61

¹⁰⁹⁷ Steidlmeier P., *op. cit.*, pp.121 et ss.

¹⁰⁹⁸ Comme les juges

¹⁰⁹⁹ The Prevention of Corruption Act, 2059 (2002 A.D) Nepal

Enfin, un cadeau qui mettrait l'agent public en permanente dépendance au donateur relève normalement de la catégorie des avantages prohibés par l'article 183 du CP, la susceptibilité d'influence est flagrante. On peut citer à titre d'exemple un instrument dont les pièces de rechange ou la maintenance reste de la compétence technique exclusive du donateur. Une analyse plus sécurisante amène à analyser la transaction ou la procédure à travers des normes sociales, professionnelles ou règlementaires dont le dépassement (excessivité) constituerait l'élément déclencheur de l'influence suspectée.

Le droit malagasy est ici plus restrictif par rapport à d'autres en spécifiant la transaction ou la procédure. En effet, dans certaines législations étrangères, il suffit d'un lien avec des actes officiels ou de la fonction pour que l'infraction soit constituée¹¹⁰⁰. La notion de procédure reste néanmoins large et serait présente pour tous les actes des administrations publiques et des instances juridictionnelles, civiles, commerciales ou pénales. Elle engloberait la notion de transaction qui ne recouvre que la proposition par certaines administrations, en cas d'infractions spéciales, d'un abandon de poursuite pénales contre une personne ayant commis une infraction sous certaines conditions. Les principales contreparties, entraînant l'extinction de l'action publique, sont la reconnaissance des faits et le versement d'une somme fixée à titre de sanction, de nature fiscale dans le droit malagasy¹¹⁰¹.

Selon les lexiques et dictionnaires, la procédure est constituée de formalités, règles ou principes qui doivent être suivis ou observés pour soumettre une prétention à un juge, qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire¹¹⁰². Cette définition semble cependant trop restrictive et prive, le cas échéant, l'incrimination de l'efficacité recherchée. En effet, il n'y a pas de raisons particulières à ne mettre sous prévention que les agents des instances juridictionnelles lorsque la loi spécifie une catégorie bien plus large d'agents publics. Ainsi, par analyse étymologique du mot qui dérive du verbe procéder, tirant lui-même son origine du latin *procedere* signifiant s'avancer, il consiste en des formalités requises pour obtenir une prestation auprès d'une administration ou d'un service public quelconque. Elle comprendrait alors des spécificités suivant la nature de l'interlocuteur ou de la prestation demandée. On parle de procédure administrative par exemple lorsqu'il s'agit d'une procédure suivie devant les juridictions administratives ou de procédures douanières lorsqu'il s'agit d'obtenir des prestations des autorités douanières telles que le dédouanement de marchandises. Il faudrait ne pas perdre de vue que la transaction ou la procédure concernée devrait être liée aux fonctions de l'agent incriminé. Ce qui inclurait les actes de procédure relevant directement de ses fonctions et ceux facilités par elles, suivant la même logique que celle de la corruption de personnes exerçant une fonction publique ci-dessus.

Dès lors, l'appréciation de l'anormalité d'une transaction ou d'une procédure ne devrait pas susciter beaucoup de difficultés puisque cette dernière est constituée de règles, formalités et principes supposés préétablis et connus de tous, et partant de

¹¹⁰⁰ Pour les Etats-Unis, le problème ne se pose pas dans ce cas puisqu'il s'agit tout simplement de faire la relation entre la gratuité illégale et l'acte officiel sans avoir à établir l'influence, critère qui entre plutôt dans leur incrimination sur les pots de vin. Voir Meitl J., Minton P. I. and Dyer B., Twentieth survey of white collar crime: Public Corruption, *American Criminal Law Review*, 42, 2005, p.783 et s.

La législation du Kenya et celle du Zimbabwe prévoient cette manière simple de traiter les cadeaux, voir à ce titre Coldham S., *op. cit.*, p.117

¹¹⁰¹ Par exemple les administrations des impôts, des douanes, des forêts...

¹¹⁰² Guillien R. et Vincent J., *op. cit.*, p.436 et s. ; *Dictionnaire Quillet de la langue française*, vol. K-P, éd. Quillet.

nature réglementaire. L'anormalité dans ce cas devient flagrante lorsque ces règles, formalités et principes n'ont pas été observés et lorsqu'ils sont évidemment en relation avec un cadeau quelconque. Cependant, l'appréciation devient plus difficile lorsque ces normes n'existent pas d'une manière formelle ou présentent des failles et laissent ainsi l'agent public livré à lui-même dans le traitement de la procédure. Dans de tels cas, l'appréciation devrait prendre comme référence les pratiques et les usages du secteur. L'analyse portera par exemple sur la durée de traitement d'une procédure, le contenu de la décision, les privilèges accordés et ceux par rapport aux autres affaires non accompagnées d'un cadeau.

Enfin, l'anormalité du cadeau ou celle de la procédure ne devraient pas être cumulative pour constituer l'élément influence à prouver. La satisfaction d'une seule condition paraît suffire. La présence des deux critères renforce par contre la susceptibilité de la relation d'influence entre le cadeau et la procédure.

iii. L'élément moral de l'infraction

Il représente, comme mentionné plus haut, la différence avec la corruption proprement dite, passive ou active, qui nécessite une intention d'obtenir un acte de la fonction ou facilité par elle. En effet, pour le cas de cadeaux prohibés, l'intention coupable serait moins intense et ne réside que dans la connaissance que le cadeau accepté ne laisserait pas le bénéficiaire indifférent dans ses décisions procédurales vis-à-vis du donateur. Il devait donc au moment de l'acceptation du cadeau être en mesure de connaître l'existence d'une procédure ou transaction impliquant ou devant impliquer le donateur. Cela suppose de l'agent public un questionnement personnel ou du donateur avant de s'hasarder à accepter un cadeau qui est devenu depuis l'avènement de la loi de 2004 sur la lutte contre la corruption un fruit à ne consommer qu'après mûre réflexion.

iv. La sanction

Comme dans la logique des nouvelles infractions d'obstacles, les peines réservées à l'acceptation d'un cadeau influent sont moins lourdes par rapport à la corruption passive, par exemple. L'explication viendrait sans doute de l'intensité moindre de l'intention coupable et de la nature préventive de l'infraction. Ce qui supposerait en cas de violation une atteinte hypothétique de la valeur protégée. Le coupable sera ainsi puni d'un emprisonnement de 6 mois à deux ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement.

3- Du défaut de déclaration de patrimoine¹¹⁰³

Préconisée fortement par la Convention des Nations Unies contre la corruption, l'obligation de déclaration de patrimoine est une mesure spécifiquement préventive. Bien avant 2003, la déclaration des avoirs était déjà un outil de prévention de conflits d'intérêts de plus en plus utilisé et beaucoup de pays développés¹¹⁰⁴ ou

¹¹⁰³ Article 183.2 du CP

¹¹⁰⁴ Bertók J., La gestion des conflits d'intérêts dans les pays de l'OCDE, *Rapport mondial sur la corruption* 2003, TI, 2004, p. 413

d'organisations internationales¹¹⁰⁵ l'ont adopté comme outils. Elle serait encore une mesure à promouvoir en Afrique¹¹⁰⁶, malgré les termes contraignante prévue à cet effet par la Convention de l'Union Africaine sur la corruption¹¹⁰⁷.

La notion de déclaration de patrimoine ne serait pas nouvelle à Madagascar si l'on retrace l'histoire puisque pendant la colonisation, les fonctionnaires et les percepteurs français ont été soumis à une obligation de déclarer leurs patrimoines et ce depuis l'Ancien régime, par une législation de 1793¹¹⁰⁸. En France même, ce cadre juridique a longtemps stagné avant de connaître depuis 1988 un nouvel essor avec l'adoption de plusieurs textes¹¹⁰⁹. Le système de déclaration constitue cependant une nouveauté pour le droit post-indépendance comme outils de lutte contre la corruption. Il a fait son apparition dans le droit malagasy en 2002 juste après la crise post-électorale, par l'adoption du décret n° 2002 – 1127 instituant une obligation de déclaration de patrimoine par certaines catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires. L'adoption de la loi n°2004-030 sur la lutte contre la corruption institutionnalise progressivement le système en la qualifiant de mesures préventives. En application, un autre décret modificatif a été pris pour une meilleure mise en œuvre¹¹¹⁰. En effet, le système posé par le premier décret n'a pas reçu la pleine adhésion des trois catégories de personnes obligées de faire la déclaration. Et même un recours en suspension et en illégalité a été introduite par le syndicat de la magistrature de Madagascar (SMM), pour mesure discriminatoire et atteinte à la vie privée. La Chambre administrative de la Cour Suprême a ordonné le sursis à exécution de l'acte règlementaire mais n'a pas encore statué sur le fond jusqu'à présent.

Pour mieux apprécier l'apport de la présente incrimination dans la protection de l'intégrité, il y a lieu de voir son fondement, les mesures apportées par la législation en vigueur pour garantir l'intégrité et l'analyse de la constitution de l'infraction.

a. Fondements de la déclaration de patrimoine

Il est indéniable que la transparence constitue un des principes essentiels contre la corruption. Cette dernière ne pourrait réellement prospérer que dans l'ombre, par la culture du secret, et la déclaration de patrimoine est une mesure s'inscrivant dans la logique de transparence. Elle est différente de la déclaration de revenu qui vise la contribution fiscale de chaque citoyen en fonction de ses revenus et avoirs. La nouvelle mesure essaie d'asseoir une meilleure transparence dans la vie publique et ne concerne que les agents publics en général. Les infractions de prévarication étant des actes financièrement calculés, leurs auteurs visent principalement à acquérir des

¹¹⁰⁵ *Progress in the fight against corruption in Asia and the Pacific*, Papers Presented at the Joint ADB-OECD Conference on Combating Corruption in the Asia-Pacific Region Seoul, Korea 11-13 December 2000, chapter 4

¹¹⁰⁶ Doig A., Watt D. & Williams R., *Measuring 'success' in five African Anti-Corruption Commissions - the cases of Ghana, Malawi, Tanzania, Uganda & Zambia*, U4 reports, May 2005, p.23

¹¹⁰⁷ Articles 8-5° et 9-1°-e/ de la Convention des Nations Unies et Article 7-1 de la Convention Africaine

¹¹⁰⁸ SCPC, *rapport annuel 2004*, p.35

¹¹⁰⁹ Loi n° 88-226 du 11/03/1988 relative à la transparence financière de la vie politique, *J.O* du 12/03/1998, p. 3288, et loi n° 88-227 du 11/03/1988 relative au même objet, *ibid.*, p. 3290.; Loi organique n° 95-63 du 19/01/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement, *JO* du 20/01/1995, p. 1041. ; Loi n° 95-126 du 8/02/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, *JO* du 9/02/1995, p. 2184

¹¹¹⁰ Décret n° 2004 - 983 du 12 octobre 2004

ressources et avantages quelconques. Ce qui résulte souvent par une augmentation substantielle des avoirs par rapport aux revenus légitimes.

L'efficacité pratique de cette mesure en tant que seul outil sinon le principal contre la corruption reste cependant à éprouver pour deux raisons¹¹¹¹. D'une part, l'Administration, dans son état actuel, aura du mal à examiner et suivre minutieusement l'exactitude et l'évolution du patrimoine de chaque assujetti. D'autre part, il est plus que probable que les amateurs de la corruption, des gens cultivés et intelligents, ne vont pas inscrire lisiblement les ressources mal acquises dans leurs déclarations. Ce qui rendrait encore le contrôle plus laborieux puisque élargissant le champ des investigations des personnes proches des assujettis susceptibles d'être le détenteur des biens camouflés. En dépit de nombreuses questions pratiques sur l'effectivité et l'opportunité¹¹¹², son efficacité ne sera obtenue que par sa combinaison avec d'autres mesures. Par exemple, la mise en place d'un organe de contrôle agissante suivant une méthode rationnelle et impartiale, et surtout par l'existence d'une autre infraction sur l'enrichissement non justifié.

Poursuivant plusieurs objectifs¹¹¹³, le motif principal de la mesure résiderait sur sa participation à promouvoir la transparence, de garantir l'intégrité des serviteurs de l'Etat et d'affermir la confiance du public envers les institutions. La transparence dicterait l'accessibilité par le public aux informations contenues dans les formulaires de déclaration. Ainsi, la déclaration permettrait une prévention générale en ce que la communauté, notamment par les media et les organisations de la société civile, puisse effectuer son « contrôle »¹¹¹⁴. Ce qui met ainsi l'agent assujetti sous permanente pression quand à sa conduite dans l'exercice de ses fonctions, notamment sur la relation normale de cette dernière avec ses intérêts. Effective dans certains pays¹¹¹⁵, cette transparence totale n'est pas sans risque puisque elle serait en violation d'un principe fondamental des droits humains qu'est le droit à la protection de la vie privée. Ce principe consacré par le droit malagasy¹¹¹⁶ se doit d'être observé mais d'autres principes aussi essentiels permettent d'atténuer sa portée. En outre, cette divulgation de revenu se heurte quelque part à la culture malagasy par laquelle même les époux et encore moins les membres d'une même grande famille ne se communiquent pas les détails de leurs avoirs.

Il convient d'emblée de remarquer qu'il existerait une certaine contradiction dans la loi 2004-030 sur ce sujet. Dans le chapitre premier, elle pose le principe de la transparence tandis que dans le chapitre sur la modification du code pénal elle incrimine sévèrement le fait de divulguer ou publier le contenu de la déclaration. Cette confidentialité est par la suite renforcée par le décret d'application en son article 4 qui dispose que le premier formulaire de déclaration détaillée revêt un caractère confidentiel dont l'effectivité est de la responsabilité du BIANCO¹¹¹⁷. Finalement, l'objectif de transparence a été biaisé et le souci de la protection de la confidentialité de la vie privée semble l'emporter.

¹¹¹¹ Stevens M., *Enforcement and disciplinary issues*,
<http://www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/enforcement.htm>

¹¹¹² Pope J., *op. cit.*, p.188

¹¹¹³ TI & UN-HABITAT, *op. cit.*, p.101

¹¹¹⁴ *Id.*

¹¹¹⁵ Exemple les Etats-Unis, le Canada et plusieurs pays nordiques

¹¹¹⁶ Déduite de l'article 13 de la Constitution de 1992, ce droit à la vie privée est protégée par la Déclaration Universelle des droits de l'homme en son article 12 et du Pacte International relatif aux droits civils et politiques en son article 17 qui sont incorporées dans l'ordre juridique malagasy

¹¹¹⁷ Articles 7 et 8 du décret 2002-984

Ainsi, le droit malagasy a retenu sur ce sujet complexe d'accessibilité¹¹¹⁸ le principe de la déclaration mais avec certaines précautions pour préserver le droit de l'individu. En conséquence, les déclarations ne sont accessibles, outre par le déclarant ou ses ayants droits, que par quelques autorités administratives et judiciaires définies¹¹¹⁹. L'accessibilité et l'exploitation du contenu des déclarations ne sont réservées en fait que pour les besoins d'une investigation ou pour porter une solution à un litige. La nature de ce litige n'est pas précisée, laissant supposer qu'elle peut être administrative ou judiciaire en rapport aux autorités pouvant avoir la communication du contenu de la déclaration.

L'obligation est loin d'être généralisée même si le champ d'application *ratione personae* a été largement étendu par le second décret de 2002. Il est constaté que seuls les hauts responsables de l'Administration, plus exposés et vulnérables à la corruption, sont assujettis. A vrai dire, leurs fonctions étant par nature des postes de volontariat, ils y accèdent en toute connaissance des contraintes et obligations que leurs statuts imposent. Ce qui fait de la déclaration de patrimoine une concession volontaire d'une partie de leurs libertés et droits.

b. La garantie de l'intégrité

Il reste à savoir dans quelle mesure l'obligation de déclarer ses avoirs contribue à garantir l'intégrité des personnes assujetties. Il est clair que pour l'agent régulièrement assujetti, le changement de comportement peut être obtenu dans la mesure où la déclaration périodique induirait le réflexe de se mettre en questionnement permanent quant à la licéité de ses biens. Cette vertu éducative demeure néanmoins primaire et peut rester sans effet durable en l'absence d'une meilleure transparence et la possibilité de contrôler le contenu de la déclaration. La garantie apportée par elle ne saurait pleinement résider que dans la prévention des conflits d'intérêts. C'est sans doute la raison pour laquelle le décret d'application de 2004 a aussi rendu obligatoire le remplissage d'un deuxième formulaire qui devait contenir les intérêts économiques de l'agent concerné. Adressés à l'autorité hiérarchique, les renseignements divulgués serviraient à prévenir les conflits d'intérêts de deux manières.

Placé en connaissance des intérêts de son subordonné, le supérieur hiérarchique a la possibilité de connaître les conflits d'intérêts de toute nature. Cela lui permettrait en premier lieu d'obtenir de l'agent, par la sensibilisation, un acte d'abstention lorsque un risque de conflit se présente ou tout simplement le relever, d'office ou par récusation, de la fonction ou de la mission entrant en contradiction avec ses intérêts personnels. Dans les cas où la mesure de coté de la fonction entre

¹¹¹⁸ Pope J., *op. cit.*, p.188

¹¹¹⁹ Le texte réglementaire autorise la communication :

- à toute juridiction, à la demande du Premier Président de la Cour Suprême, lorsque leur communication paraît nécessaire à la solution d'un litige dont elle a été régulièrement saisie ou utile à la découverte de la vérité ;
- au parquet, à la demande du Procureur Général près la Cour Suprême, lorsqu'une plainte a été déposée ou lorsque des informations lui sont parvenues, susceptibles de mettre en cause la ou les personnes ayant effectué ces déclarations ou formulé ces observations ;
- à toute Commission parlementaire spécialement chargée par le Sénat ou l'Assemblée Nationale, d'enquêter sur des faits ou des présomptions de corruption susceptibles de mettre en cause la ou les personnes ayant effectué ces déclarations ou formuler ces observations, à la demande du Président du Sénat ou du Président de l'Assemblée Nationale ;
- à tout Chef d'Institution.

en contradiction avec les intérêts généraux ou du service, l'autorité devrait obtenir de l'agent le renoncement à ses intérêts personnels. Toutes ces mesures devraient cependant faire l'objet d'une réglementation précise afin d'éviter les abus et les sacrifices inutiles. Cela nous ramène encore à la nécessité d'avoir une législation élaborée sur la prévention et la gestion des conflits d'intérêt. Cette dernière aura ainsi à préciser la responsabilité de l'autorité hiérarchique défaillante au vu d'une déclaration d'intérêts déposée par un de ses agents. La prévention générale est par ailleurs opérée puisque la déclaration d'intérêts devrait en principe être accessible au public. En dehors de toute précision du décret de 2004, l'expression « communicable en cas de besoin » permettrait jusqu'à preuve de contraire une accessibilité élargie. Il appartiendrait à une législation globale sur l'accès à l'information de préciser les principes et les modalités de mise en œuvre, le cas échéant.

Cela atténue ainsi l'effet de la protection de la vie privée dans la mise en œuvre du principe de transparence relatée ci-dessus. Pratiquement, la déclaration d'intérêts ne heurte pas en totalité l'intimité des agents puisque, selon le règlement, elle ne devrait contenir que des renseignements non détaillés et ne serait que l'énumération des intérêts économiques du déclarant dans une entreprise ou une organisation. L'expression « intérêts économiques », prise dans son acception la plus large, engloberait tout avantage de nature financière ou non. Dans une entreprise commerciale, l'intérêt peut prendre la forme d'une part ou d'une action tandis que dans n'importe quelle organisation il peut s'agir de fonction ou d'appartenance. En tenant compte de l'obligation de confidentialité prescrite par l'alinéa 2 des dispositions incriminant le défaut de déclaration de patrimoine, le second formulaire ne serait pas directement concerné par la voie pénale.

c. La constitution de l'infraction

L'intitulé « défaut de déclaration de patrimoine » illustre bien le contenu de l'incrimination. Il s'agit précisément de sanctionner certaines défaillances volontaires de la part de la personne assujettie à l'obligation de divulguer, notamment le contenu détaillé de son patrimoine élargi. L'incrimination vient ainsi en renforcement de la mesure préventive d'obligation de certains hauts responsables publics de déclarer leurs avoirs et ceux de leurs proches parents. L'article 182.3 contient deux alinéas ayant les mêmes sanctions et dont le second appuie le premier par la confidentialité.

i. Sur le premier alinéa

La qualité du prévenu ne suscite pas beaucoup de développement juridique puisqu'une liste exhaustive de 10 catégories de personne est donnée par le décret de 2004¹¹²⁰. Les catégories relèvent toutes du secteur public et comprend de hautes personnalités étatiques ainsi que de hauts fonctionnaires, civils et militaires. S'agissant d'une mesure exceptionnelle face à la protection de la vie privée, il est compréhensible qu'elle ne concerne ainsi que les personnes publiques. Cette

¹¹²⁰ Premier Ministre et membres du Gouvernement ; Sénateurs et Députés ; Gouverneurs des provinces autonomes, chefs de région et maires ; Les membres de la HCC ; Magistrats de l'ordre judiciaire, administratif et financier ; Fonctionnaires occupant des postes de haute responsabilité de niveau égal ou supérieur à celui de directeur de ministère ; Inspecteurs des domaines, du trésor, des douanes, des impôts et des finances ; Chefs de formation militaire à partir de l'échelon compagnie et plus ; Inspecteurs de l'Inspection Générale de l'Etat, de l'Inspection Générale de l'Armée Malagasy et de l'Inspection Générale de la Gendarmerie Nationale ; Toute personne exerçant les fonctions d'officier de police économique ou judiciaire.

discrimination procéderait toujours du standard de conduite plus élevé exigé des personnes publiques de confiance et la sensibilité de leur fonction dans la préservation de l'intégrité publique.

La composition de la liste appelle cependant une remarque d'ordre générale soulevée initialement par des parlementaires issus de l'opposition. En effet, le décret de 2004 a exclu le Président de la République de la liste des assujettis. Sans avoir réussi à atténuer les interpellations, les raisons officieuses avancées pour cette soustraction ont rapport avec la déclaration déjà faite par le Président de la République au moment de sa candidature. Juridiquement, l'exemption peut se néanmoins justifier dans la mesure où le législateur, par le système de l'incrimination en blanc, a laissé à l'Exécutif le soin de préciser certains éléments matériels de l'infraction par souci de flexibilité. Ainsi, le Gouvernement a par décret, voie réglementaire par excellence, fixé les modalités d'application de la déclaration de patrimoine et peut ainsi motiver sa décision selon sa propre politique. Quoi qu'il en soit, en respectant le principe hiérarchique, le Conseil de Gouvernement ne saurait obliger le Chef de l'Exécutif. Par ailleurs, n'ayant pas organiquement d'autorité hiérarchique à qui il devra rendre compte, le deuxième volet de la déclaration lui serait difficilement applicable. Cependant, ce dernier argument devrait aussi tenir pour les parlementaires et les magistrats du siège en vertu du principe constitutionnel et démocratique de séparation de pouvoirs. Ceci étant et vu dans l'optique de la prévention, le Chef de l'Etat aurait tout à gagner en se conformant volontairement à la mesure. Il est clair que, outre le respect du principe de l'Etat de droit qui encourage l'Exécutif à respecter l'esprit du droit en vigueur, la lutte contre la corruption n'est finalement que la recherche d'un changement global de comportement. L'exemple donné par la première personnalité de la Nation ne peut que constituer un levier d'une puissance inestimable.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la mesure a rencontré une difficulté en raison du nombre important des personnes assujetties qui s'élèverait à plus de 6500. Des propositions de réduction de la catégorie émanaient alors de l'entité chargée de recueillir les déclarations, pour plus d'effectivité. Toutefois, il ne s'agit apparemment que de difficultés conjoncturelle et organisationnelle pouvant être vaincues avec une meilleure collaboration avec les entités de tutelle des personnes concernées. L'énumération des catégories de personnes assujetties peut également limiter l'objectif de flexibilité visé par le législateur même si le décret peut être à tout moment modifié. En effet, cet objectif aurait été mieux achevé en posant des définitions de référence comme celui des hauts emplois de l'Etat par exemple. De ce fait, la liste ne se caractériserait plus par des omissions volontaires ou non.

A titre d'exemple, les dirigeants et hauts cadres des établissements publics ne seraient pas concernés par la mesure, dans les cas fréquents où leur fonction n'a pas d'équivalent officiel dans la hiérarchie de la fonction ministérielle définie par le numéro 6 des catégories listées. S'agissant de cette catégorie, elle laisserait tout d'abord entendre que les occupants non fonctionnaires des postes de haute responsabilité de niveau égal ou supérieur à celui de directeur de ministère seraient hors de la répression. De plus en plus, ces postes de nature politique¹¹²¹ sont occupés par des personnes issues du secteur privés, de la société politique ou de la société civile. En outre, l'appréciation de l'équivalence mériterait d'être précisée pour éviter toute interprétation non stricte. Il est permis en effet de se demander sur la signification

¹¹²¹ Secrétaires généraux, Directeurs Généraux et Directeurs sont nommés par décret du Président de la République pris en Conseil des Ministres, article 1er de l'ordonnance n° 93-027 relative à la réglementation sur les hauts emplois de l'Etat

exacte du terme « de niveau » puisque plusieurs repères peuvent être pris comme le rang protocolaire, l'indice fonctionnelle ou le rang organique comportant les avantages et privilèges de la fonction.

Sur l'acte délictuel, deux cas sont prévus en fonction de l'élément moral animant l'agent coupable mais en dernière analyse, les deux branches de l'alinéa premier comportent pratiquement les mêmes actes répréhensibles. Il s'agit en premier lieu de l'omission de faire la déclaration de patrimoine, c'est-à-dire de n'avoir pas déposé au BIANCO le premier formulaire de déclaration dans les délais prescrits. Dans la pratique, ce Bureau délivre un récépissé accusant la réception par ses services du formulaire en question et lequel, le cas échéant, constituera un moyen de preuve. En l'absence de précision des textes de l'incrimination, l'assujetti peut user tous les moyens de communication pouvant faire parvenir au Bureau le formulaire dûment rempli, soit par courrier, soit par dépôt direct. Le formulaire devant être personnellement signé physiquement par l'assujetti, on suppose que la communication électronique, par email, ne saurait suffire. Ce qui devrait également être le cas de l'envoi par fax, puisque le texte spécifie bien une déclaration certifiée exacte et conforme à l'exemplaire prévu à cet effet et non une copie quelconque.

En second lieu, il est aussi reproché de faire des déclarations incomplètes, inexactes ou fausses c'est-à-dire non conformes à la réalité du patrimoine du déclarant. Ces vices concernent la nature et l'estimation des avoirs et peuvent être décelés par rapport aux précédentes déclarations ou après investigations. Il en est de même pour les observations concernant les évolutions et les transferts de biens en cours d'année.

Cette obligation périodique de divulgation dure non seulement pendant la période d'exercice de la fonction ou du mandat électif mais aussi pendant 2 ans après la cessation de l'exercice. Cette période de rémanence post emploi est considérée comme utile et suffisante¹¹²² pour prévenir l'intégration tardive des ressources mal acquises. Les délais accordés par le texte pour se dégager de l'obligation de déclarer sont suffisamment souples, pour une meilleure conformité. En effet, ils concernent la date d'envoi au Bureau si l'on prend l'acception générique du verbe adresser et non la date de réception par le Bureau. Auquel cas, la date de la poste devrait en principe faire foi selon les usages administratifs mais reste en suspend le problème concernant les voies non postales. En tout cas, il s'agit à proprement parler de problème de preuve mais pas d'omission ou non de la déclaration, l'infraction ne serait plus constituée du moment que l'assujetti a envoyé le formulaire approprié.

En réalité, il existe deux types de délai à prendre en compte : les délais normaux et le délai de rappel, lesquels courent à partir des points de départ différents. Dans la première catégorie précisée dans le décret d'application, le premier délai normal qui est de trois mois court à partir de la publication du décret d'application soit le 1^{er} janvier 2005. Il est aussi valable pour toutes les personnes assujetties, même celles déjà en fonction à cette date et qui ont été régies par l'ancien décret abrogé de 2002. Un autre délai de trois mois commence à courir à partir de la nomination ou de la prise de fonction d'une personne nouvellement nommée dans l'une des catégories visées par le texte d'application. Il est clair que c'est le plus récent des deux événements qui doit être pris en compte en vertu du principe de l'interprétation en faveur du prévenu.

Le délai de rappel spécifié par le texte de l'incrimination opère lorsque le défaut est mis en évidence par l'organe chargé de la gestion des déclarations. Il est de deux mois non pas à partir de cette découverte mais à partir de la réception par le déclarant

¹¹²² Pope J., *op. cit.*, p.188

défaillant du rappel par voie extrajudiciaire commandé par le BIANCO. Il est important de souligner que c'est la seconde défaillance après ce rappel infructueux qui constituerait dans un cas l'acte délictuel. Dans un autre cas, le deuxième terme de l'incrimination, le rappel n'est pas nécessaire puisque l'acte de transgression est fait délibérément par le prévenu. Au commencement, le rappel extrajudiciaire devait être effectué par des huissiers de justice mandatés par le Bureau mais, en réalité, aucun n'a été fait alors que les statistiques fournis ont montré une baisse significative des déclarations d'année en année.

Tout cela amène à constater succinctement que l'élément intentionnel de l'infraction, dans le premier terme de l'alinéa 1 de l'article d'incrimination, se résume pour le délinquant, en connaissance de l'omission/erreur rappelée, de persister dans sa volonté délictuelle de ne pas déclarer ou de faire une déclaration viciée.

ii. Sur le deuxième alinéa

Ces dispositions protègent la confidentialité des déclarations et s'adressent principalement aux personnes chargées de manipuler les renseignements contenus dans le premier formulaire de déclaration. L'incrimination n'en fait cependant pas une restriction et vise toute personne ayant divulgué ou publié telles informations. L'acte délictuel consiste d'une part en la divulgation, c'est-à-dire la communication aux personnes non autorisées à détenir les informations confidentielles et, d'autre part, en la publication qui consiste à porter à la connaissance du public, une audience non spécialisée. Les personnes habilitées à avoir accès aux renseignements dans les déclarations de patrimoine sont déjà listées dans le décret de 2004, outre le Directeur Général du Bureau et les agents du Bureau mandatés à cet effet.

La communication prohibée ne concerne que les informations classées confidentielles, qu'elles soient partielles ou intégrales. Toutefois, les textes ne précisent pas ce type d'informations, en ne spécifiant que les déclarations et les observations dans le premier formulaire. Faute de règles générales sur le droit à l'accès à l'information, une difficulté pourrait provenir dans la détermination de la nature des informations protégées. En effet, les déclarations et observations contiennent nécessairement des renseignements dans le domaine public comme la profession, la fonction et autres qui pourraient être obtenus sans porter atteinte à la vie privée et la sécurité publique. S'ajoutent à ceux là les intérêts globaux dans les entreprises ou organisations déjà en même temps déclarés dans le deuxième formulaire. A contrario, ceux qui ne font pas partie de ces deux catégories de renseignements tomberaient dans le domaine du confidentiel.

En conséquence, la communication de l'intégralité du formulaire rempli ne crée pas de difficultés particulières contrairement à une divulgation partielle, auquel cas il y aurait besoin de distinguer les renseignements confidentiels de ceux du domaine public. Dans les deux cas, la nature du support de communication utilisée n'a aucune influence sur la constitution de l'infraction, directe ou par media interposé. Destinée à interdire l'invasion dans la vie privée et aussi la sécurité face aux chasseurs de rançons, la prohibition de communication ne devrait pas cesser avec la période de l'obligation de déclarer. L'interdiction persiste tant que les renseignements ne tombent pas dans le domaine du public, cas où le déclarant lui-même les divulgue ou l'y autorise.

L'élément moral du deuxième alinéa est aussi constitué par la simple connaissance des obligations légales sur la déclaration mais que malgré cela le prévenu reste animé d'une volonté délictuelle de les transgresser. En effet,

l'intentionnel ici est plus léger et se caractérise par la connaissance du caractère confidentiel des informations que le prévenu a divulguées.

iii. La sanction

La sanction principale est significativement lourde et de ce fait contraste avec les autres infractions ayant une vocation obstacle. Ayant un maximum de 5 ans et d'une amende de 40 millions ariary, elle supprime largement les autres infractions de la même catégorie dont les maxima n'atteignent même pas la moitié. Cette sévérité ne trouverait pas d'autres explications que la dissuasion et le signal fort donné aux assujettis hauts responsables que les écarts de conduite de leurs parts sont plus dommageables à la valeur protégée. Il n'est pas sans intérêt de signaler que les mêmes peines frappent les déclarants défaillants et ceux qui divulguent les renseignements classés confidentiels contenus dans les déclarations.

Les nouvelles incriminations qui viennent d'être étudiées constituent des obstacles cherchant à éloigner les agents publics des infractions de corruption. De ce point de vue, elles sont plus préventives que celles qui suivent.

II. LES INCRIMINATIONS PARTICIPANT A LA PROTECTION IMMEDIATE

A la différence des infractions obstacles étudiées dans le numéro précédent, le favoritisme, l'enrichissement illicite et l'abus de fonctions, quant à eux, atteignent directement la valeur intégrité.

1- Le favoritisme¹¹²³

En adoptant le code des marchés publics¹¹²⁴, le législateur a voulu moderniser l'achat dans le secteur public. Il vise, outre l'amélioration de la qualité des services rendus et la bonne utilisation des deniers publics, la lutte contre la corruption et la transparence de la gestion. Des dispositions administratives sont alors prises en vue de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, d'efficacité et de transparence des procédures. L'incrimination par la loi anti-corruption de septembre 2004 de ce que l'on convient d'appeler « favoritisme » vient en renforcement de ces dispositions et ouvre une perspective d'efficacité en la matière. Etant aussi une notion nouvelle dans le droit pénal malgache, il convient de voir, en général, ce qu'elle représente afin de mieux appréhender ses éléments constitutifs.

¹¹²³ « Article 175.2 (nouveau) CP : Sera punie de trois mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 1.000.000 de Fmg ou 2 hetsy Ariary à 20.000.000 de Fmg ou 4 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif ou exerçant les fonctions de préposé administratif, agent de l'Etat, des Collectivités Territoriales, des établissements publics, ou toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées qui aura procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir l'égalité d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les transferts contractuels de gestion des services publics. »

¹¹²⁴ Loi n° 2004 - 009 DU 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics

a. Généralités

Le Gouvernement de Madagascar a clairement affiché sa volonté de lutter contre le favoritisme dans son document de politique contre la pauvreté¹¹²⁵. Ce terme générique de favoritisme englobe des notions assez larges comme le népotisme, le clanisme, le copinage, le patronage, la partialité. Il pourrait être défini comme la préférence dans l'attribution de droits, d'avantages et d'obligations donné à une personne au mépris des principes de l'objectivité, de l'impartialité et de l'égalité. Selon certains auteurs, favoriser les amis, les membres de la famille ou toute autre personne proche serait une propension naturelle. Cette attitude constituerait la face de la pièce, caractérisée par la redistribution des ressources, tandis que coté pile se trouve la corruption proprement dite, constituée l'accumulation des ressources. Particulièrement, il constitue ainsi un abus dans l'exercice des devoirs officiels de l'agent public et peut avoir des manifestations très variées¹¹²⁶.

Ce frère jumeau de la corruption semblerait de prime abord être l'apanage des pays en développement¹¹²⁷, particulièrement en Afrique¹¹²⁸, mais elle sévit bel et bien dans les pays avancés¹¹²⁹. A Madagascar, la pratique de favoritisme s'est généralisée jusqu'au un niveau tel que le premier réflexe d'un usager du service public est de chercher dans la hiérarchie responsable une autorité pouvant lui faciliter l'accès ou l'acquisition du service demandé. On imagine par conséquent, vu la culture malagasy qui favorise le *firaisankina* et le *fiavanana*, la difficulté par la majorité des citoyens de considérer le fait de favoriser les parents comme un comportement anormal et immoral. La situation se complique lorsqu'il s'agit de le constituer en infraction, à l'instar de ce qui se vit dans certains pays orientaux¹¹³⁰. Ceci étant, le favoritisme se distingue d'ailleurs des autres formes de corruption par sa visibilité puisqu'elle se fait ouvertement et peut être facilement remarqué par l'entourage.

Le phénomène fait des ravages dans le recrutement des agents publics et la gestion du service public. Il sévit même dans le secteur santé où elle règle les relations avec les patients¹¹³¹. Surtout, il affecte au plus profond l'attribution des marchés publics et les délégations contractuelles de service public. Inclus certainement dans le domaine de la commande publique, le processus de privatisation conduit ces dernières années a aussi été décrié comme atteint par le favoritisme. Tout cela aurait amené le législateur à délivrer un message fort de changement drastique de comportement par son incrimination.

Dans un univers où le système deviendrait celui d'une « échange généralisée » de « faveurs »¹¹³², on comprend mal la limitation de la répression dans un seul secteur qu'est la commande publique. Écartant volontairement le phénomène de mimétisme législatif¹¹³³, l'on peut néanmoins trouver une explication plus rationnelle. Sans en avoir vraiment délaissé les autres manifestations, objet parfois d'autres incriminations

¹¹²⁵ DSRP, 2003, p.56

¹¹²⁶ Andvig J. Chr. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., *op. cit.*, p.10

¹¹²⁷ Heymans C. and Lipietz B., *op.cit.*

¹¹²⁸ Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., La corruption quotidienne en Afrique de l'Ouest, *loc. cit.*, pp.8 et 9

¹¹²⁹ Pope J., *op. cit.*, p.197

¹¹³⁰ Andvig J. Chr. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., *op. cit.*, p.53

¹¹³¹ Sardan (de) J-P. O., L'espoir toujours repoussé d'une démocratie authentique, Dramatique déliquescence des Etats en Afrique, *Le Monde diplomatique*, février 2003, p.12-14, http://www.monde-diplomatique.fr/2000/02/DE_SARDAN/13183

¹¹³² *Id.*

¹¹³³ Les termes de l'incrimination sont une reprise textuelle de l'article 432-14 du nouveau code pénal français

comme le conflit d'intérêts et la prise d'avantages injustifiés, le choix de fermeté répressive du législateur sur la commande publique résiderait sans doute sur la création d'un environnement sain dans les affaires et l'investissement.

En dehors de l'atteinte à l'intégrité, tout comme dans les autres secteurs, le favoritisme dans les marchés publics nuit gravement à l'efficacité de l'Etat et à l'économie nationale. En outre, elle contribue à alimenter d'autres foyers de corruption comme le financement occulte des campagnes électorales, l'achat de votes et le contournement de règles de concurrence saine. Les marchés publics et les transferts contractuels de gestion des services publics demeurent partout un terrain de prédilection de la corruption de toute nature en raison des enjeux financiers qu'ils représentent. L'Etat, dans un pays en développement, restant encore le gros acheteur par l'intermédiaire de contrats qui sont l'exécution de la majeure partie de son budget.

La Convention de l'Union Africaine demande aux Etats parties de s'engager dans la lutte contre ces pratiques dont la nocivité sur le développement économique n'est plus à démontrer¹¹³⁴. La prévention de telles pratiques fait aussi l'objet de dispositions contraignantes de la Convention des Nations Unies qui prévoit en outre la répression lorsqu'elles sont l'objet de corruption des agents publics étrangers ou fonctionnaires internationaux¹¹³⁵. En France, le secteur, notamment la consultance, les travaux publics et l'achat d'armement, a défrayé les chroniques dans son utilisation en tant que ponction pour les financements des partis politiques et des campagnes électorales. Ce comportement non seulement lèse l'Etat, en tant que commandeur, et les fournisseurs concurrents mais tout particulièrement il défavorise la population bénéficiaire du contrat. Facteur d'exclusion économique¹¹³⁶, il porterait ainsi atteinte, outre à la loyauté dans la concurrence de la part de l'agent privé s'il y a lieu. Tout particulièrement, il met à mal l'intégrité puisque l'agent public détourne les pouvoirs que la communauté lui a délégués vers la satisfaction d'un intérêt privé. En réaction, le favoritisme, signifiant atteintes à la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service du nouvel article 432-14 du NCP, est entré dans la législation française depuis 1991¹¹³⁷. Il fait l'objet d'une assez abondante littérature et d'une jurisprudence étoffée¹¹³⁸.

La mise en application du nouveau code des marchés publics¹¹³⁹ reste encore sous l'empire des dispositions non contraires des textes réglementaires antérieures¹¹⁴⁰. Ce qui rend encore le système vulnérable, permettant le contournement et la violation des principes récemment établis dans le but de se procurer des avantages injustifiés. C'est précisément ces pratiques que la présente incrimination essaie de réprimer en renforçant le nouveau code des marchés publics. Ce dernier a également prévu la nullité du contrat comme sanction du favoritisme.

¹¹³⁴ CNUC Article 7-4°

¹¹³⁵ CNUC Articles 9-1° et 16-1°

¹¹³⁶ SCPC, *Rapport annuel 2001*, p.23

¹¹³⁷ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relatif à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et inséré plus tard en 1992 dans le nouveau code pénal français, article 432-14 qui incrimine le délit d'avantage injustifié dans les marchés publics et les conventions de délégation de service public avec une nouvelle rédaction en 1995

¹¹³⁸ Voir Samuel X., *op. cit.*

¹¹³⁹ Article 7 alinéa 1^{er} de la loi n° 2004-009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics

¹¹⁴⁰ Décret n°91-056 du 29 janvier 1991 modifié portant réglementation des Marchés Publics

Les pratiques visées par la présente incrimination peuvent clairement se distinguer de la corruption proprement dite et des prises illégales auxquelles¹¹⁴¹.

b. La constitution de l'infraction

L'intitulé donné par le code pénal français résume bien le contenu de l'infraction de favoritisme en droit malagasy. En effet, les composantes des éléments matériels de l'incrimination nous montreront qu'il s'agit tout particulièrement de protéger principalement la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans le processus de commande publique. En tout, avec l'analyse de l'élément intentionnel, il s'agit encore de la préservation de l'intégrité dans l'exercice de charges publiques.

i. Les composantes de l'élément matériel

Cet élément est principalement apprécié par la qualité du prévenu et le comportement délictuel.

- La qualité du prévenu

Elle n'appelle pas de commentaires particuliers puisqu'il s'agit encore des personnes dépositaire de l'autorité publique, celles chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat public électif. Cependant, dans ces catégories, le législateur vise particulièrement les autres agents des collectivités territoriales et des établissements publics qui sont aussi considérés vulnérables en raison de la proximité. L'intérêt particulier à l'endroit de ces entités, repris par le droit malagasy, a été justifié dans le contexte français en raison des dérives connus pendant les premières années de la décentralisation. Cet intérêt n'est pas dénué de fondement à Madagascar lorsqu'on sait que le pays s'engage maintenant dans un nouveau et long processus de décentralisation et que la culture d'échange de faveurs reste encore très présente dans les localités moyennes et petites.

En outre, le législateur tente de ratisser large en visant toute personne agissant pour le compte des personnes précisées ci-dessus. La doctrine française y intègre tous ceux qui sont appelés intervenir dans le circuit de l'achat public, de la préparation jusqu'à l'attribution des marchés publics. Elle cite notamment les membres des commissions d'appel d'offres ou des commissions de travaux, les membres de services techniques d'une collectivité et les maîtres d'œuvre. Cependant, elle exclut de principe d'autres acteurs intervenant soit dans le contrôle de légalité du processus comme le contrôleur financier et le préfet, soit en tant que consultant comme le directeur de la concurrence et de la consommation et le comptable¹¹⁴². L'on avoue ne pas comprendre les raisons de cette exclusion lorsqu'on sait que dans la pratique ces personnes peuvent influencer l'attribution ou non d'un marché à un concurrent.

Si l'on suit le raisonnement de la doctrine française, seuls les acteurs définis dans le titre II du code¹¹⁴³ et qui ont voix délibératives sont principalement susceptibles

¹¹⁴¹ Guerin H., *Marchés Publics, Liberté d'accès et d'égalité des candidats*, Editions du JurisClasseurs, Pénal, 1996, p.3

¹¹⁴² Guerin H., *op. cit.*, p.4 et Pancrazi G., Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public, l'article 432-14 du nouveau code pénal, *Gaz. Pal.* 12-14 mars 1995, p.2 et s.

¹¹⁴³ La personne responsable des marchés publics (PRMP) et ses déléguées, les membres de la commission d'appel d'offres et les membres d'une cellule d'achats publics groupés.

de voir leurs responsabilités pénales engagées dans le cadre de la présente incrimination, avec ceux qui agissent pour leurs comptes. Une telle considération restrictive aurait comme conséquence de laisser hors du champ de l'incrimination la majorité des autorités contractantes habilitées à passer des marchés publics définis dans le nouveau code¹¹⁴⁴. En effet, fort de l'énumération de l'article 175-2 du CP, les agents des sociétés à participation majoritaire de l'Etat ou d'une entité privée bénéficiant de financement public pourraient bien voir leur responsabilité pénale exclue si leur organisme n'agit pas directement pour le compte des personnes visées. Ce serait le cas des membres ou agents d'une association d'utilité publique ou non qui fonctionne sous subvention de fonds publics. L'entité agit pour son propre compte suivant l'objet statutaire alors que selon les définitions du nouveau code des marchés publics, leur commande dans ce contexte sont qualifiés de marchés publics et régis par ce texte.

Le nouveau code des marchés publics malagasy a essayé de rationaliser la participation des acteurs dans le processus par la précision des responsabilités. Pour éviter alors une restriction du champ de la répression, dommageable pour l'objectif d'intégrité du système, il serait mieux de comprendre plus extensivement la notion de participation responsable dans le processus d'achat public. Cela permettrait d'inclure toutes les autorités contractantes prévues par le code des marchés publics et leurs collaborateurs. Les autres composants suivants de l'élément matériels permettraient de préciser les responsabilités de chaque acteur qui peut n'être que complicité ou recel.

- Comportement délictuel

Précisément, selon l'article 175-2 du CP, ce qui est reproché est de procurer ou la tentative de procurer un avantage injustifié à autrui par un acte contraire aux règles des marchés publics. Théoriquement, ce composant est formé de deux agissements distincts mais concomitants pour être constitutif de l'infraction, comme l'a mis en garde un auteur français face à une certaine compréhension du texte par des juges d'instruction français¹¹⁴⁵.

Il s'agit tout d'abord de faire bénéficier ou tenter de faire bénéficier autrui d'un avantage injustifié. Il convient alors de préciser et la nature des avantages et leurs récipiendaires. Si l'on considère les objectifs directement visés par l'incrimination qui sont la liberté d'accès et l'égalité des candidats, l'avantage serait cantonné à l'attribution du contrat onéreux sans se préoccuper du sort des résultats financiers de l'opération. En conséquence, le bénéficiaire ne serait autre que l'attributaire du marché au préjudice des autres concurrents malheureux, étant entendu que le terme autrui désigne une personne autre que l'auteur du favoritisme.

Cette conception restrictive semble ne pas être celle adoptée par la doctrine française qui voit aussi en l'avantage octroyé les retombées d'un marché public fructueux. En l'occurrence, les fonds transférés par l'attributaire du marché irrégulier pour le financement des partis politiques ou des campagnes électorales font des intéressés des bénéficiaires concernés¹¹⁴⁶. En effet, le cercle des bénéficiaires de ces avantages s'étendrait à des tiers au processus de l'achat public. Dans ce cas, il faut

¹¹⁴⁴ Article 3-I du code des marchés publics malagasy

¹¹⁴⁵ Savoye J., De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics, *Recueil Dalloz*, 1999, p.169 et s.

¹¹⁴⁶ Mescheriakoff S., le délit de favoritisme, *Petites affiches*, 15 février 1995, n°20, p.9

que les avantages soient injustifiés, et c'est le cas de l'exemple précédent, puisque aucune contrepartie ne justifie leurs acquisitions. Ce qui ne serait pas le cas des tiers au processus mais qui en bénéficient légitimement comme les employés, fournisseurs et sous-traitants de l'attributaire du marché. La conception large semble répondre plus au besoin de la répression dans le cadre de la protection de la valeur intégrité. Cette protection interdit l'abus de l'usage des pouvoirs publics à des fins privés sans se préoccuper de la qualité de la personne bénéficiaire. Il importe ainsi de signaler l'intérêt pratique de l'infraction qui peut être caractérisée alors même que l'acheteur public n'a tiré aucune contrepartie personnelle de l'avantage accordé.

Ensuite, le comportement ci-dessus discuté n'est répréhensible que s'il est en violation des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir l'égalité d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les transferts contractuels de gestion des services publics. Etant donné que la finalité du code des marchés publics est de garantir ces équilibres, on serait tenté d'affirmer que toute violation du code et ses textes règlementaires d'application constituent la contradiction requise. Cependant, il n'en serait ainsi que si les dispositions étaient obligatoires et non seulement facultatives au regard de l'acteur public. Ainsi, le fait pour le PRMP de rejeter ou non une offre anormalement basse ou anormalement haute ne constituerait pas un acte contraire puisque que la loi n'oblige pas l'autorité¹¹⁴⁷. L'acte ou plutôt l'abstention pourrait néanmoins indûment avantager ou viserait un avantage injustifié.

En tout cas, l'acte irrégulier se matérialise soit positivement par la prise d'un acte contraire aux textes, soit négativement par le fait de ne pas prendre un acte nécessaire à cette passation. C'est le cas, par exemple, de l'établissement d'un procès-verbal en dehors d'une commission ou de ne pas vérifier les dossiers de soumission¹¹⁴⁸. Dans les cas complexes, l'acte irrégulier consiste plutôt en des manœuvres destinés à contourner les prescriptions de la loi en violant son esprit et pas directement ses termes. Le fractionnement des marchés en vue de réduire ou supprimer les contraintes de publicité et de mise en concurrence constitue un exemple typique de ce comportement manœuvrier et fait partie d'une longue liste identifiée par la doctrine française¹¹⁴⁹, reprenant les techniques diverses employés par les amateurs du favoritisme. A chacun de ces actes irréguliers correspondent des dispositions du code des marchés publiques malagasy¹¹⁵⁰ et l'on s'impatiente de voir la réaction des juridictions répressives dans leur appréciation. Quoiqu'il en soit, le conditionnement du favoritisme par l'irrégularité uniquement des actes reçoit une critique sérieuse estimant que il laisse impunis les avantages injustifiés octroyés sans distorsions objectives et prouvées des procédures¹¹⁵¹.

Il n'est pas sans intérêts de rappeler que le comportement délictuel s'inscrit uniquement dans le cadre des marchés publics et des transferts contractuels de

¹¹⁴⁷ Article 13 du code

¹¹⁴⁸ CPAC/CO/31 du 15 novembre 2005

¹¹⁴⁹ G. Pancrazi, *id.* et Circulaire du Ministère de la Justice française du 29 juillet 1992 (*J.O* 30 juillet 1992)

¹¹⁵⁰ fractionnement des marchés pour contourner la loi (art 14: computation des seuils), utilisation abusive de procédure n'exigeant ni publicité ni mise en concurrence (art 3, II et III), octroi d'informations privilégiées (art 18 - I al 3), clauses techniques sur mesure, publicité réduite (art 15 et s.), réduction des délais de réception des candidatures ou de remise des offres (art 18-I al 1 et -II, art 19-V al 1) omission d'écartier une offre non-conforme (art 12), composition irrégulière du jury de concours (art 6 et Décret), non respect des critères de choix (art 12), avenants abusifs (art 44), utilisation de sous-traitance non annoncé et consultations ou déclarations d'infirmité abusifs (art 22),...

¹¹⁵¹ Sousa (de) L., *Hard responses to corruption: Penal standards and the repression of corruption in Britain, France and Portugal*, *Crime, Law & Social Change* 38, Kluwer Academic Publishers, 2002, p.274

gestion des services publics. Les marchés publics sont définis par le code des marchés publics comme des contrats administratifs écrits à titre onéreux avec des personnes publiques, ou privées par les personnes morales de droit public dans le but de répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures, de services ou de prestations¹¹⁵². Par contre, bien que les transferts contractuels soient régis par les principes généraux posés par le code, il n'en reste pas moins qu'ils n'en ressortent pas et restent définis par la jurisprudence et la doctrine.

Cela amène encore à reconsidérer la rationalité de restreindre le champ de l'incrimination dans le secteur de la commande publique si l'on considère que le secteur privé fait aussi face à ce problème de distorsion de marchés qui dérivent en grande partie de la commande publique¹¹⁵³. Il est vrai cependant que les comportements répréhensibles dans ce secteur peuvent être circonscrits dans la nouvelle loi sur la concurrence, notamment l'entente illicite, et la corruption passive dans le secteur. Et même à l'intérieur du secteur public, l'on s'est interrogé sur la question de savoir pourquoi le domaine des marchés publics reste le seul champ d'élection de sanctions pénales¹¹⁵⁴ alors que d'autres types de favoritisme seraient épargnés.

En dépit de la mise en garde de la doctrine française sur la relation entre l'octroi d'avantage injustifié à autrui et l'acte irrégulier, on serait tenté de penser que tout acte irrégulier n'entraîne pas un avantage injustifié à autrui, notamment l'attributaire par dépit. L'analyse de l'octroi délictuel comme uniquement composant de l'élément matériel pourrait conduire à telle conclusion mécanique sans l'éclairage de l'élément intentionnel.

ii. L'intention coupable

En réalité, il constitue en grande partie de l'élément moral qui ne s'analyse pas uniquement en dol général. En effet, la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, n'implique de la part de son auteur qu'une partie de l'intention coupable exigée. L'infraction ne sera pas entièrement caractérisée si le prévenu ne visait pas dans son acte irrégulier l'octroi à un tiers d'un avantage injustifié. Sans ce dol spécial, une volonté coupable¹¹⁵⁵, le comportement délictuel assorti de l'acte irrégulier fautif n'attribuerait que d'une façon involontaire l'avantage injustifié s'il y a lieu. De ce fait, l'acte ne constituerait tout au plus qu'une faute administrative. La commission de l'infraction suppose donc l'identification du bénéficiaire et l'intention de lui procurer un avantage qu'il n'aurait pas sans l'acte irrégulier.

La question de l'erreur de droit inévitable a aussi été posée par les auteurs français dans la mesure où les textes sur les marchés publics n'excellent pas sur leur simplicité et qu'il faut une certaine spécialisation pour les maîtriser. Le questionnement reste cependant théorique en ce sens que l'infraction, comme il a été dit plus haut et outre le dol spécial, demande la violation en toute connaissance de cause des dispositions pertinentes des règles des marchés publics. En effet, la violation commise sans mauvaise foi n'entraînerait pas le résultat attendu qu'est

¹¹⁵² Article premier de code des marchés publics.

¹¹⁵³ Jain A. K., *Models of Corruption*, in (ed.) *Economics of Corruption*, Kluwer Academic Publishers, 1998, pp.13 et s.

¹¹⁵⁴ José Savoye, *op. cit.*, p. 179

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p.175

l'octroi d'un bénéfice indu. Par ailleurs, les responsables techniques seraient déclarés a priori compétents et ne peuvent invoquer la méconnaissance des textes comme moyen de défense.

iii. La répression

Le législateur se montre ici curieusement moins sévère si l'on considère la nature non préventive de l'infraction et les ravages qu'elle occasionne dans les finances publiques. La peine d'emprisonnement est de moitié plus douce que celle prévue en droit français qui est de deux ans en maximum. Soit de trois mois à un an d'emprisonnement assorti facultativement ou alternativement d'une amende de 1.000.000 de fmg ou 2 hetsy ariary à 20.000.000 de fmg ou 4 tapitrisa ariary.

2- De l'enrichissement injustifié¹¹⁵⁶

L'extravagance de train de vie de détenteurs de charges publiques et l'étalage ostentatoire de leur richesse constitueraient des indices pouvant fonder une présomption de prévarication. Cependant, ils ne permettent pas de diligenter des poursuites sur le fondement des textes traditionnels qui sanctionnent la corruption. Le délit d'enrichissement illicite a été institué dans quelques pays, y compris à Madagascar depuis la loi 2004-030, pour sanctionner certaines catégories de personnes dont le niveau de vie est sans commune mesure avec leurs revenus légaux. Ce délit peut permettre de prononcer une condamnation sur la base de l'impossibilité pour la personne mise en cause de prouver l'origine licite de son patrimoine.

Depuis longtemps en droit malgache, la non justification de ressources par une certaine catégorie de personnes a constitué une infraction, si l'on considère uniquement le délit de proxénétisme¹¹⁵⁷. En outre, lorsque les ressources ont une origine délictueuse, le droit pénal use d'une arme traditionnelle qu'est le recel. En droit français, duquel ces notions sont tirées, la non justification de ressources correspondant au train de vie a été étendue dans le domaine de la répression du trafic des stupéfiants. Dans ce cas, le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'une des activités réprimées, ou avec plusieurs

¹¹⁵⁶ Article 183.1 du CP « Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary à 200 millions de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, toute personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique qui ne peut raisonnablement justifier une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes.

Sera punie des mêmes peines toute personne qui aura sciemment détenu des biens et ressources illicites provenant des personnes ci-dessus visées.

L'enrichissement illicite constitue une infraction continue caractérisée par la détention du patrimoine ou l'emploi des ressources illicites.

Les preuves de l'origine licite de l'enrichissement ou des ressources pourront être rapportées par tous moyens. Toutefois, sera exemptée de toute poursuite sur le fondement du présent article la personne qui, avant ouverture d'une information ou citation directe, aura révélé les faits aux autorités administratives ou judiciaires et permis l'identification et la condamnation de l'auteur principal.

La décision de condamnation pourra en outre prononcer la confiscation au profit de l'Etat, des collectivités publiques, des organismes publics et para-publics de tout ou partie des biens du condamné jusqu'à concurrence du préjudice subi ».

¹¹⁵⁷ Article 334-3° qui punit celui qui, vivant sciemment, avec une personne se livrant habituellement à la prostitution, ne peut justifier de ressources suffisantes pour lui permettre de subvenir seul à sa propre existence

personnes se livrant à l'usage de stupéfiants, est puni¹¹⁵⁸. Ce qui n'est pas le cas de la législation malagasy en la matière.

Ainsi dans son esprit, l'incrimination de l'enrichissement injustifié ne serait pas une originalité sauf en ce qui concerne sa généralisation dans le cas objet du présent numéro. En effet, dans le cas du proxénétisme et du trafic de stupéfiant, on ressent facilement l'existence d'une présomption spécifique du fait des relations habituelles que le prévenu devait avoir avec une personne dans le trafic ; ces relations étant un autre élément constitutif de l'infraction. Néanmoins, objet d'une forte réticence avant son adoption, cette nouvelle incrimination nécessite une mise en contexte avant d'étudier les éléments qui la composent, les critiques qu'elle encourt et son opportunité dans la participation du droit pénal dans la protection de l'intégrité.

a. Contexte et définitions

Il est indéniable que la preuve des éléments matériels des infractions de corruption est une des plus difficiles à établir. Ne se présumant pas en droit malagasy, cette difficulté réside sur le fait que le comportement délictueux, qu'elle soit passive ou active, est une infraction d'ombre. En outre, les parties prenantes dans l'acte en tire chacune des bénéfices et cultivent ainsi une relation de confiance élevée. En conséquence, aucune des parties n'ont intérêt à révéler le pacte du moins jusqu'à ce que l'une d'elles décide de rompre le silence. C'est un fait rare qui reste probable que dans certains types de prévarication, dite « petite corruption ». Pour pallier à cette insuffisance de l'arsenal face à la présence effective et arrogante du phénomène, les législateurs anti-corrupteurs, internationaux et nationaux, ont fait preuve d'imagination¹¹⁵⁹ pour permettre aux autorités de poursuite de traquer plus facilement les duos corrompus/corrupteurs.

En outre, même si l'acte répréhensible se trouverait plus tard à être découvert, les grands délinquants inscrivent rarement les biens mal acquis immédiatement à leur nom. Ils usent des artifices pour essayer de les dissimuler ou brouiller les liens qui pourraient exister entre la fortune mal acquise et leur patrimoine, et ce à l'aide des proches parents, amis ou prête-noms¹¹⁶⁰. Cependant, si les pactes sont facilement rendus indétectables par les parties, par de nombreux artifices (les moyens des investigateurs ne sont souvent pas à la hauteur), il est très souvent démontré que les corrompus qui acquièrent facilement des revenus supplémentaires ne résistent pas longtemps à exhiber des signes de richesses excessives en comparaison avec leurs revenus officiels. Le côté gain de la corruption arriverait toujours à prendre le dessus sur la prudence et, en tout état de cause, il ne servirait à rien d'accumuler des ressources sans la moindre probabilité ni l'espoir d'en jouir un jour. C'est justement cette faiblesse humaine que les législateurs ont voulu exploiter.

Les exemples ne manquent pas en ce qui concerne l'enrichissement illicite, surtout des dirigeants politiques, au détriment de l'économie en difficulté de leurs pays. Les principales sources seraient au demeurant l'aide au développement, les

¹¹⁵⁸ *J.O* n° 112 du 14 mai 1996 page 7208, LOI no 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime (1)

Article 17. - Il est inséré, dans le code pénal, un article 222-39

¹¹⁵⁹ A travers plusieurs incriminations tels que l'abus de fonction, le trafic d'influence, les cadeaux, les conflits d'intérêt...

¹¹⁶⁰ Asian Development Bank, *Anti-Corruption Policies in Asia and the Pacific The Legal and Institutional Frameworks for Fighting Corruption in Twenty-one Asian and Pacific Countries*, 2004, p.37

ressources minières et énergétiques, les privatisations tous azimuts des sociétés d'Etat,...¹¹⁶¹ Entre 1995 et 2001, Haïti, Iran, Nigeria, Pakistan, les Philippines, Pérou, et l'Ukraine auraient réclamé des pertes qui varient de \$500 millions à \$35 milliards dues à la corruption d'anciens chefs ou hauts fonctionnaires. Sur le continent africain, Président Mobutu Sese Seko aurait dépouillé la trésorerie de l'ancien Zaïre de quelques \$5 milliards, un égal du montant à la dette externe du pays du moment. Il en irait de même pour le dernier dictateur nigérian, Sani Abacha, et son entourage qui auraient pillé autour de \$2.2 milliards dans un pays où 70 pour cent de la population vivent sur moins que \$1 par jour¹¹⁶². Ces nombreux scandales ont amené la communauté internationale à réagir et mettre en place des cadres juridiques appropriés. Actuellement, la tendance est croissante quant à la criminalisation de l'enrichissement injustifié, que ce soit au niveau international qu'au niveau interne à tel point que l'incrimination est devenue un instrument accepté dans la lutte contre corruption.¹¹⁶³

En effet, l'incrimination de l'enrichissement illicite est initialement prévue par la Convention interaméricaine¹¹⁶⁴ qui la décrit comme le "*significant increase in the assets of a government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions.*"¹¹⁶⁵ Cette formulation soft résultait de la position de certains pays du continent, comme les Etats-Unis, qui considérait que l'incrimination est en contradiction avec les dispositions de leur loi fondamentale¹¹⁶⁶. Cette position allait certainement plus tard influencer les négociations de la Convention des Nations Unies sur la corruption qui, dans son article 20, incite les pays parties d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale. L'incrimination ferme de l'enrichissement illicite n'avait pas atteint le consensus pendant les travaux de rédaction, ce qui explique la reprise des termes de la Convention interaméricaine. Plusieurs arguments ont été avancés pour soutenir ou rejeter le traitement pénal de l'enrichissement illicite mais tous reposent sur la charge de la preuve¹¹⁶⁷.

Il y a lieu de mentionner qu'avant d'en arriver à cette Convention, l'enrichissement illicite a auparavant fait l'objet de nombreuses concertations au sein des Nations Unies. En décembre 1996, l'Assemblée Générale des Nations Unies avait revu, après plus de 20 ans, la problématique de la corruption dans les transactions commerciales internationales et rappelait sa « Résolution 3514 » précédente datée du 15 décembre 1975. Elle a par la suite adopté la « Déclaration des Nations Unies Contre la Corruption dans les Transactions Commerciales Internationales » dans

¹¹⁶¹ Nouwligbèto F. et Vieira M., Les politiques, médailles d'or de la corruption, *Syfia International Envoi* n°04-35 – Août 2004, 20, www.syfia.info

¹¹⁶² Webb P., *op. cit.*, p.207

¹¹⁶³ UNODC, *Anticorruption Toolkit*, Vienna, p.389

¹¹⁶⁴ Article 9. Illicit Enrichment: "Subject to its Constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party that has not yet done so shall take the necessary measures to establish under its laws as an offence a significant increase in the assets of a government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions. Among those States Parties that have established illicit enrichment as an offence, such offence shall be considered an act of corruption for the purposes of this Convention.

Any State Party that has not established illicit enrichment as an offence shall, insofar as its laws permit, provide assistance and cooperation with respect to this offence as provided in this Convention.

¹¹⁶⁵ UNODC, *Compendium of International Legal Instruments on Corruption*, Vienna, p.27

¹¹⁶⁶ Pope J., *op. cit.*, p.274. Elle entre en conflit avec le droit du prévenu de ne pas s'autoincriminer, constitutionnellement consacré

¹¹⁶⁷ UNODC, *United Nations Guide On Anticorruption Policies*, Vienna, November 2003

laquelle les États membres se sont engagé *inter alia* à établir comme une offense l'enrichissement illicite des décideurs publics ou des représentants élus¹¹⁶⁸. Lors de la onzième session de la Commission de la prévention des crimes et la justice pénale, plusieurs pays de tous les continents ont déclaré que ce type d'infraction, lorsqu'elle vise les agents publics, est pris en charge par leurs législations respectives¹¹⁶⁹. Parmi eux, il y a ceux qui la traitent en droit civil, en droit fiscal ou en droit administratif, soulignant certains avantages comme la flexibilité et l'écartement des difficultés concernant l'immunité et la preuve.

L'infraction est aussi prise en charge par le droit pénal de plusieurs pays, comme le cas de plusieurs pays de l'Amérique latine (Argentine¹¹⁷⁰, Colombie¹¹⁷¹, Brésil¹¹⁷² et Costa Rica¹¹⁷³), de certains pays d'Europe (Autriche¹¹⁷⁴ et Islande¹¹⁷⁵), de quelques pays de l'Asie¹¹⁷⁶ (Bangladesh, Hong Kong, China, India, Malaysia, Nepal; Pakistan, Philippines et Singapore) et du Moyen Orient (Iraq¹¹⁷⁷ et Liban). En Afrique, rares encore sont les pays qui ont incriminé l'enrichissement illicite. Pourtant, la Convention de l'Union Africaine a également considéré l'enrichissement illicite, en vue d'une meilleure répression de la corruption qui dans sa conception l'englobe¹¹⁷⁸. Ce qui

¹¹⁶⁸ Dussault J. P., *Comprendre et Combattre la Corruption*, Synthèse et traduction de l'ouvrage: *Combating Corruption in Asia : Legal and Institutional Reform*, Dr. Nihal Jayawickrama, Executive director, TI, Integrity in Governance in Asia, 29 June – 1 July 1998, Bangkok, Thaïlande.

¹¹⁶⁹ Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, Onzième session Vienne, 16-25 avril 2002 Point 4 de l'ordre du jour provisoire. Règles et normes des Nations Unies dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale Application du Code international de conduite des agents de la fonction publique, Rapport du Secrétaire général, p.7

¹¹⁷⁰ En vertu des paragraphes 1 à 3 de l'article 268 du Code pénal argentin, l'enrichissement illicite des agents publics était passible d'une peine d'emprisonnement et de l'interdiction d'exercer une fonction publique. Ces dispositions s'appliquaient aux représentants élus, ceux-ci étant inclus dans la définition de l'agent public figurant dans le Code pénal.

¹¹⁷¹ Article 148 du Code Pénal colombien, modifié par l'article 96 de la loi n° 190 de 1995, établissait l'infraction d'enrichissement illicite de fonctionnaires. En vertu de ses dispositions, un fonctionnaire qui, en raison de sa charge ou de ses fonctions, accroissait, sans justification, son patrimoine était, sous réserve que l'acte ne constitue pas une autre infraction, passible d'une peine d'emprisonnement de deux à huit ans et d'une amende équivalant au montant de l'enrichissement; en outre, l'accès à la fonction publique lui était interdit pendant une durée équivalente à celle de la peine principale, une fois celle-ci purgée. Tout intermédiaire convaincu de complicité d'accroissement injustifié de patrimoine était passible des mêmes peines. En vertu de la Constitution, tous les représentants élus relevaient, aux fins du droit pénal, de la catégorie des agents publics. En conséquence, l'infraction d'enrichissement illicite d'agents publics leur était applicable, si leur patrimoine s'accroissait, sans justification, en raison de leur charge ou de leurs fonctions.

¹¹⁷² Au Brésil, la loi n°8429 du 2 juin 1992 conférait le caractère d'infraction pénale à l'enrichissement illicite des agents publics, y compris les représentants élus. En Bulgarie, l'article 283 du Code pénal punissait fait d'abuser d'une position officielle pour obtenir un avantage illégal. La même disposition s'appliquait aux représentants élus.

¹¹⁷³ L'article 346 du Code pénal costaricain prévoyait des peines d'emprisonnement de deux mois à deux ans pour tout agent public ne pouvant expliquer l'accroissement de son patrimoine depuis son entrée en fonctions.

¹¹⁷⁴ L'article 20 du Code pénal autrichien, qui conférait le caractère d'infraction pénale à "l'enrichissement illicite", s'appliquait à l'ensemble des citoyens. En revanche, l'article 265 du Code pénal incriminait spécifiquement l'enrichissement illicite des représentants élus.

¹¹⁷⁵ Cette infraction relevait de l'article 14 du Code pénal, qui traitait des infractions commises par des personnes occupant des fonctions publiques, et des articles 128, 129, 136 et 138 du Code Pénal.

¹¹⁷⁶ Asian Development Bank, *op. cit.*, p.37

¹¹⁷⁷ Par la loi n° 154 du 27 décembre 1999 sur l'enrichissement illicite

¹¹⁷⁸ Article 8 « Enrichissement illicite »

1. Sous réserve des dispositions de leurs lois nationales, les Etats parties s'engagent à adopter les mesures nécessaires pour définir l'enrichissement illicite comme infraction, en vertu de leurs lois nationales ;

devrait à terme encourager les pays du continent à grossir le rang des pays qui l'ont déjà incriminé. Selon le texte panafricain, ce déséquilibre se traduit par l'augmentation substantielle des biens d'un agent public ou de toute autre personne que celui-ci ne peut justifier au regard de ses revenus.¹¹⁷⁹ Une loi malienne pertinente adoptée en 1982 dispose que toute personne convaincue d'enrichissement illicite est passible des peines applicables aux infractions graves. Au Nigeria, cette infraction relevait de la loi anticorruption, du décret sur le blanchiment d'argent et de la loi sur le recouvrement de biens publics.

A Madagascar, L'incrimination de l'enrichissement illicite en matière de corruption était déjà vainement tentée en fin des années 90, permettant de conclure que la volonté politique était défailante à cette époque. Avec l'adoption de cette incrimination, le nouveau régime a affiché publiquement sa détermination de lutter contre toutes les manifestations de la corruption malgré les résistances internes et externes. En effet, en dépit des travaux de sensibilisation menés avec brio par le CSLCC et ses partenaires, l'enrichissement illicite a été un des points qui ont reçu des réticences sinon des tentatives d'élimination durant les travaux préparatoires. Les arguties juridiques ont été placées ici et là pour tenter de neutraliser l'efficacité voulue. La recherche d'efficacité a été jugée effrénée par plus d'uns qui invoquent des entorses à certains principes sacro-saints de la procédure pénale et du droit pénal. En effet, il a été immanquablement reproché à cette incrimination, d'une part, de renverser la charge de la preuve et, d'autre part, de permettre une responsabilité pénale collective. L'économie de la proposition initiale présentée par le comité de rédaction du CSLCC n'a pas pour autant changé, malgré quelques modifications qui ont abouti à la rédaction actuelle.

Ainsi, il y a lieu, tout d'abord d'analyser la constitution de l'infraction avant de pouvoir apprécier ensuite le bien fondé ou non de ces critiques, l'enjeu étant l'efficacité du droit pénal spécial dans la protection de l'intégrité.

b. constitution de l'infraction

Aux termes du nouvel article 183.1 du code pénal dans son premier alinéa, constitue le délit d'enrichissement illicite le fait pour les personnes visées de ne pas pouvoir raisonnablement justifier une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes. En outre, dans le second alinéa, l'infraction est aussi caractérisée par la détention du patrimoine ou l'emploi des ressources illicites provenant des personnes ci-dessus visées. Ainsi, pour être établie, l'infraction d'enrichissement illicite nécessite, outre l'élément intentionnel, la réunion des éléments suivants : la qualité de la personne, un enrichissement ou un train de vie excessif et une incapacité de les justifier.

Au préalable, l'élément moral de l'enrichissement illicite n'appelle pas de remarques particulières. D'une part pour l'agent public, il est constitué par la simple connaissance d'une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses

2. Pour les Etats parties ayant défini l'enrichissement illicite comme une infraction, en vertu de leurs lois nationales, une telle infraction est considérée comme un acte de corruption et infractions assimilées, aux fins des dispositions de la présente Convention.

3. Tout Etat partie qui n'a pas défini l'enrichissement illicite comme une infraction, apporte, si ses lois le permettent, l'assistance et la coopération nécessaires à l'Etat requérant en ce qui concerne cette infraction, tel que prévu dans la présente Convention.

¹¹⁷⁹ UNODC, *op. cit.*, p.192 ; CUAPLC, article 1

revenus légitimes sans avoir la possibilité de la justifier d'une manière raisonnable. D'autre part pour le tiers détenteur des biens et ressources incriminés, il s'agit de la connaissance de leur origine illicite par le biais d'un agent public.

i. Qualité de la personne incriminable

Il est clair que cette infraction vise au premier plan un cercle de personnes particulièrement exposées à la corruption, en raison de leur position ou leur responsabilité publique dans la Nation. Néanmoins, en second plan, ce cercle est exceptionnellement élargi à d'autres proches de ces personnes.

• Les incriminables du premier plan

On a pu constater que l'accession à des postes de responsabilités publiques constitue ces derniers temps un moyen de s'enrichir facilement et rapidement. Il existe, en effet, de catégories de personnes qui de par leur position statutaire sont particulièrement exposées à la corruption. La définition large et couramment utilisée de la corruption nous renseigne suffisamment de cette vulnérabilité : elle est l'utilisation d'un pouvoir délégué à des fins personnelles. L'incrimination ne s'adresse donc qu'à ces personnes dont la communauté ont délégué des pouvoirs pour agir en leur nom : élus ou hauts commis de l'Etat. Elle vise particulièrement à un cercle restreint et déroge au principe de généralité de la loi. Sont donc énumérés dans la formulation de l'article toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, toute personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique.

La définition de la qualité de ces personnes ont déjà fait l'objet de plus amples développements qu'il n'y a plus lieu de s'y attarder. En définitive, l'incrimination est spéciale et exclut toute autre personne qui n'a pas l'une des positions sus énumérées. Un opérateur économique du secteur privé ne risque donc pas d'être poursuivi sous cette qualification même si les autres éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, en l'occurrence les richesses ou un train de vie inexplicable, contrairement à ce que l'on retrouve dans d'autres législations nationales¹¹⁸⁰. Dans ce cas de figure, d'autres dispositions de droit fiscal ou de la loi sur le blanchiment d'argent pourraient s'appliquer. Il en est de même pour les membres des organisations de la société civile.

Cependant, l'on ne manquera pas de constater une certaine exigüité du cercle des personnes visées, lequel aurait du être étendu aux anciens titulaires de ces fonctions publiques. Il n'est pas rare, ni totalement exclu, que les personnes visées actuellement par l'incrimination jouissent de leur enrichissement délictueux que lorsqu'elles cessent d'avoir la qualité requise soit pour départ en retraite, soit par démission ou même par révocation. Dès lors, le droit devient impuissant en les ayant laissé hors de son champ d'application. En vertu de l'application stricte de la loi pénale, la qualité doit être présent au moment de l'infraction et on ne pourrait pas étendre la prévention aux anciens agents concernés, sans préjudice toutefois des effets de l'alinéa second de l'article 183.1.

¹¹⁸⁰ L'article 20 du Code pénal autrichien, qui conférait le caractère d'infraction pénale à "l'enrichissement illicite", s'appliquait à l'ensemble des citoyens

- Les incriminables du second plan

On peut deviner facilement que ces personnes particulièrement exposées à la corruption, pour se soustraire à la répression, essayeront le cas échéant de disperser les produits de leur prévarication vers des personnes relativement sûres de ne pas trahir leur confiance, savoir des proches parents et des associés. Dans la proposition initiale du CSLCC¹¹⁸¹, l'idée de manœuvre était de rendre ces derniers directement incriminables si elles accumulent les autres éléments de l'infraction. S'ils n'arrivent pas à justifier le décalage entre leurs patrimoines ou leurs trains de vie et leurs revenus légitimes, ils auront à répondre de ce manquement sauf à démontrer l'origine non frauduleuse de ses ressources. Le fondement de leur intégration dans le cercle des premiers justiciables serait leur proche relation parentale, amicale ou sociale avec un agent public, par analogie avec les relations habituelles du proxénète avec la prostituée ou d'une personne avec un trafiquant de stupéfiants. En résumé, seule la qualité diffère pour les deux catégories de justiciables qui restent sur le même piédestal quand à leur incriminabilité : la position professionnelle pour les premiers et le lien de parenté ou d'affaires pour les seconds.

Dans la version définitive de l'incrimination, les proches parents et associés ont été enlevés du premier cercle des personnes susceptibles d'être poursuivies pour enrichissement illicite pour justiciable d'un recel spécial introduit par l'alinéa 2. Ce dernier ne fait cependant aucune discrimination et vise toute personne en détention des biens provenant des personnes dans les catégories visées par l'alinéa 1. En dépit de cette extension, une difficulté pratique persiste, celle qui consiste à démontrer l'origine illicite des biens provenant de la personne ayant une charge publique. La culpabilité de cette dernière pour n'avoir pas justifier son enrichissement ne suffit pas pour retenir la responsabilité pénale du receleur.

Il n'est donc pas exagéré de dire que la qualité des personnes n'est qu'une condition préalable mais nécessaire pour constituer l'infraction avec l'élément suivant.

ii. Enrichissement excessif

C'est l'élément central de l'infraction, si l'on peut dire ainsi, puisque de lui dépend en grande partie la culpabilité des personnes qualifiées. A l'analyse, il faut établir deux situations et pouvoir les comparer.

Primo, il est nécessaire de recenser le patrimoine de la personne mise en cause, qu'elle soit du premier ou du second plan, et/ou évaluer son train de vie. Pour l'inventaire, il est utile d'emprunter la notion de patrimoine du droit civil et voir l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, notamment ceux qui ont un caractère économique et pécuniaire.¹¹⁸² Seront ainsi pris en compte les existants concernant les biens matériels comme les meubles et immeubles, les valeurs pécuniaires comme les actions et parts sociales, les créances de toutes sortes et les dettes.

¹¹⁸¹ « Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de cinquante millions (50 000 000) à deux cent millions(200 000 000) de FMG, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, toute personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique ainsi que leur parent jusqu'au troisième degré inclus ou leur associé dans une société commerciale, qui est incapable de justifier l'origine licite de son enrichissement ou ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie. »

¹¹⁸² Guillien R. et Vincent J., *op. cit.*, p.402

L'évaluation du train de vie devient moins aisée puisqu'il ne s'agit pas uniquement de propriété d'actifs et passifs mais aussi de la possession voir la jouissance de biens. On retrouve la notion de train de vie dans le droit fiscal lorsqu'il s'agit de taxation en matière de fortune. Le code général des impôts parle de taxation des éléments extérieurs de train de vie qu'il énumère d'une manière non exhaustive. Il s'agit principalement d'immeuble occupé par le prévenu à titre de résidence principale et (ou) de résidence secondaire, de construction d'immeuble, d'achat d'immeubles, de fonds de commerce ou de biens assimilés, de voitures, d'aéronefs et de bateaux de plaisance, de véhicules automobiles, de charges salariales des domestiques, de voyages à l'étranger dont les frais sont supportés par le prévenu lui-même, de transfert de devises à l'étranger.¹¹⁸³ A cela peuvent s'ajouter les dépenses mondaines comme les déjeuners au restaurant, les week-ends à l'hôtel, les vêtements de marque, les dépenses festifs et réceptions, les cours coûteux, etc. Les éléments au nom du conjoint et (ou) des enfants à charge du prévenu doivent aussi être pris en considération lorsque ces derniers ne peuvent pas justifier de la possession de ressources ayant permis l'acquisition des biens.

Le travail de l'autorité d'enquête consisterait dans cette phase à faire la somme exclusive de valeurs patrimoniales et celles des éléments du train de vie. Les grandes enquêtes internationales en la matière ont montré que la tâche n'est pas des plus aisées en ce sens qu'elle requiert une coopération de plusieurs entités parfois de système juridique différents, sans ajouter les manœuvres consistant à dissimuler les avoirs. Dans un pays comme Madagascar où la rigueur n'est pas encore de mise quant à l'enregistrement des propriétés, la difficulté revient à faire la preuve de l'appartenance réelle des biens. Parfois la cession d'immeuble ou la transmission par voie successorale des biens traditionnels se fait par traditions orales et il serait aisé de la part du prévenu de contester son titre informel de propriété.

Secundo, il s'agit maintenant d'évaluer les revenus légitimes de la personne. L'exactitude de l'évaluation repose ici sur la notion de légitimité de revenus. Sans conteste, ces revenus comprennent en premier lieu les intrants formels retenus par le droit fiscal¹¹⁸⁴, communément appelés revenus salariaux et assimilés¹¹⁸⁵. Ils sont constitués des salaires, traitements, avantages, indemnités diverses, pensions, allocations, rentes, émoluments et soldes. En second lieu, on recense les revenus non salariaux¹¹⁸⁶ des personnes physiques comme les revenus fonciers, les bénéfices d'entreprises quelconques, les revenus de toutes occupations ou activités ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus, les plus-values de cession à titre onéreux de biens ou de droits de toute nature, les revenus réalisés en sociétés, associations, successions, indivisions et groupements ainsi que les rémunérations perçues par les associés-gérants de fait¹¹⁸⁷. Constituent au même titre que les revenus non salariaux les intérêts divers versés par les institutions financières privées ou publiques, les plus-values de cession d'immeubles et le revenu net des propriétés foncières bâties occupées.

¹¹⁸³ Article 01. 02. 34, section V, Ministère de la Justice, *CD 1000 textes*, volet fiscal, p.41

¹¹⁸⁴ Est légitime ce qui possède les conditions, les qualités requises par la loi. *Dictionnaire Quillet de la langue française*

¹¹⁸⁵ Articles 01.03.02 et 01.03.03 du Code Général des Impôts

¹¹⁸⁶ Articles 01.02.02 et 01.02.03 du Code Général des Impôts

¹¹⁸⁷ Sont notamment considérées comme gérants de fait les personnes qui occupent un emploi dans la société dont elles détiennent des parts à titre personnel ou par personne interposée.

Il est cependant largement admis que le légitime¹¹⁸⁸ ne coïncide forcément pas avec le formel. En effet, à Madagascar et si l'on considère uniquement la fonction publique, la faiblesse des revenus salariaux obligent les agents publics à chercher d'autres sources de revenus, d'ailleurs actuellement permis sous certaines conditions¹¹⁸⁹. La plupart des activités secondaires sont dans le secteur informel par souci entre autres de minimiser les risques de violation des dispositions statutaires. Ainsi, par exemple, les médecins des hôpitaux publics sont systématiquement retrouvés dans les cliniques privées et il en est de même dans l'éducation et autres secteurs où le privé et l'Etat interviennent ensemble en tant qu'opérateur. Il est courant également que les agents publics opèrent dans le commerce, les petites manufactures et l'artisanat. Ces activités parallèles génèrent des revenus qui ne sont pas comptabilisés ni taxés. On ne saurait cependant les qualifier de revenus illégitimes si certaines sont non réglementaires, qualités qui n'entraîneront pas la qualification d'enrichissement illicite.

Tertio, il y a lieu de collationner ces deux valeurs pour en déduire leur relative coïncidence. En termes comptables, le solde des deux opérations ci-dessus ne doit pas présenter un écart substantiel au profit de la première. On se demanderait cependant ce que le législateur entend par augmentation substantielle du patrimoine. On s'accorderait à dire qu'une augmentation supposerait un mouvement croissant par rapport à un état précédent. Si telle serait la compréhension de l'expression, elle exige tout d'abord une certaine constance de la valeur des revenus auxquels sont comparés le patrimoine et le train de vie. En conséquence, l'autorité poursuivante se trouverait dans l'obligation de présenter au juge un bilan patrimonial du prévenu en mettant en exergue l'augmentation des écarts inexplicables. Ce qui amènerait à retracer l'historique de chaque élément du patrimoine et celle des composantes du revenu.

La détermination des dates de calcul pourrait donner des indications. On peut faire référence à la date de déclaration de patrimoine, si celle-ci est sincère ou à la date de déclaration des impôts. A défaut ou faute de sincérité, les dates en rapport avec les événements professionnels comme la nomination, l'avancement ou la cessation de fonction pourraient servir de référence. Dans la pratique, l'augmentation substantielle de fortune se manifeste peu après la prise d'une fonction importante au niveau de la responsabilité pécuniaire, comme la nomination en tant que ministre, dirigeants d'entreprises publiques, chef de projet, responsable d'un département chargé des finances et des dépenses publiques. La difficulté serait cependant d'apprécier la substantialité de l'augmentation, sans laquelle la justification ne serait pas requise. La consultation des dictionnaires renforcent l'imprécision en définissant l'adjectif substantiel par le caractère de ce qui important, considérable ou encore ce qui apporte un bénéfice ou un profit certain. Bien qu'il faille attendre la jurisprudence pour être fixé sur cette notion d'augmentation substantielle, des indications sur les modes d'appréciations s'avèrent utiles.

La première solution consisterait à fixer un minimum de valeur dont le dépassement correspond à une augmentation substantielle inférée par la loi. En dépit de l'avantage de l'égalité devant la loi, la méthode ne tient pas compte de la valeur globale du patrimoine. En effet, le minimum fixé peut être disproportionné par rapport au volume de fortune et les écarts seraient insignifiants aux yeux du titulaire qui

¹¹⁸⁸ Un acte serait légitime lorsqu'il est conforme à la loi morale formulée dans le droit naturel, http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_l/lettre_l_leg.htm

¹¹⁸⁹ Article 12 de Loi n° 2003-011 portant Statut Général des Fonctionnaires

n'arrivera pas à les justifier avec précision. Ensuite, en économie, l'appréciation de la substantialité d'une augmentation se fait usuellement en pourcentage par rapport à une valeur de référence¹¹⁹⁰. Si l'on prend par conséquent l'augmentation de patrimoine, l'accroissement à expliquer serait traduit en pourcentage par rapport à un état instantané antérieur servant de référence. Cette méthode a l'avantage de tenir compte du volume important de la fortune auquel l'accroissement est relié, mais il reste toujours la fixation du pourcentage considéré comme substantielle. Enfin, plus formel, mais avec l'avantage d'inciter les citoyens à accomplir les devoirs fiscaux, est l'utilisation des fractions imposables¹¹⁹¹. Abstraction faite de l'existence du plafond, l'accroissement entraînant le changement des paliers d'imposition peut être considéré comme une augmentation substantielle, c'est-à-dire un patrimoine ou un train de vie excessivement au dessus des revenus formels et dont les autorités poursuivantes n'arrivent pas à expliquer l'origine licite. Il permet de passer à l'étape suivante à la recherche de l'autre élément constitutif de l'infraction.

iii. L'incapacité de justifier

Dans le cas où les autorités de poursuite n'arrivent pas établir l'origine licite de l'écart entre l'actif réel et l'actif légitime du patrimoine, elles en arrivent à formellement demander au titulaire suspecté d'expliquer la provenance du premier. L'insuffisance des éclaircissements complète le dernier élément matériel constitutif de l'infraction dit d'enrichissement illicite. La loi 2004-030 a donné des pouvoirs au BIANCO de requérir l'établissement, par une personne suspectée, outre une déclaration écrite détaillée sur ses biens qui pourra servir de preuve à son encontre, une déclaration écrite sur le mouvement de son patrimoine au cours des trois dernières années.¹¹⁹² Cette permission spéciale tend à considérer que les autres officiers de police judiciaire ne puissent pas exiger une telle déclaration. C'est de cette demande d'éclaircissement que vient l'un des principaux critiques à l'incrimination, dont il convient d'apprécier le bien fondé.

b. Les critiques

Principalement, il est reproché à l'incrimination de bafouer le principe de présomption d'innocence, par le renversement de la charge de la preuve. La critique est formulée comme suit : le fait de demander au prévenu de justifier l'origine licite d'une partie de son patrimoine exonère l'autorité poursuivante de constituer la preuve de sa culpabilité, soit de facto une présomption de culpabilité. Des critiques similaires vont naturellement à l'encontre des dispositions similaires des textes internationaux, comme la Convention de l'Union Africaine, et qui considèrent les dispositions sur l'enrichissement illicite comme une érosion du principe de même principe¹¹⁹³.

Les avis ne sont cependant pas unanimes et le sujet fait l'objet de controverses assez vives. D'autres soutiennent que la mesure ne constitue nullement un renversement du fardeau de la preuve. Pour eux, là où il y a une prépondérance de charges à l'encontre d'un agent public en possession de produits d'actes corrompus, il appartient à l'individu suspecté, et non à l'autorité poursuivante, de produire des

¹¹⁹⁰ Heilbroner R. et Thurow L., *ABC de l'économie*, Tendances Actuelles, 1984, pp. 61-62

¹¹⁹¹ Article 01.02.36 du code général des impôts

¹¹⁹² Articles 24- 6° et 7°

¹¹⁹³ TI, *Rapport mondial sur la corruption 2004*, pp.137 et 138

explications satisfaisantes quant aux origines de l'enrichissement excessif¹¹⁹⁴. Cette différence de points de vue semble suggérer des positions différentes sur la notion de fardeau de la preuve. Ensuite, il semble que le principe de présomption n'a pas de valeur identique pour les différents systèmes juridiques nationaux.

Ces critiques paraissent plutôt solides et méritent que l'on s'y étale pour pouvoir apprécier sa pertinence ou non à Madagascar. Il faudra pour cela cerner brièvement le contenu du principe de présomption d'innocence qui est considéré comme le fondement de la charge de la preuve.

i. La présomption d'innocence

Son origine et sa situation en droit comparé permettront de le situer dans le droit malgache.

• Origine

La présomption est généralement définie comme un mode de raisonnement en droit civil en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé¹¹⁹⁵. Elle s'opère de la façon suivante : sur la base d'un fait prouvé, le juge doit ou peut présumer un autre fait, le premier étant le fait de base et le second le fait présumé¹¹⁹⁶. On recense plusieurs natures de présomption qui peut être légale lorsque c'est la loi qui l'impose ou de fait lorsqu'elle est d'origine jurisprudentielle. La notion reçoit plusieurs applications, presque dans toutes les branches du droit et, en matière pénale, la présomption d'innocence en est une.

Depuis le XVIII^e siècle, époque à laquelle elle aurait fait son apparition, la notion n'a cessé de prendre d'importance et d'ampleur à tel point qu'elle tend à devenir un principe général du droit pénal, tant sur le plan international que sur le plan interne. En effet, avant de devenir un principe du droit de la procédure pénale interne, la présomption d'innocence est un élément des droits humains internationalement reconnus. Cette présomption fait partie intégrante des droits de la personne humaine qui recouvrent l'ensemble des droits subjectifs reconnus, en tant que telle : les droits et libertés rattachés à la notion de liberté individuelle ainsi que les droits spécifiques reconnus par la loi ou par la jurisprudence. Elle était destinée à instaurer la liberté individuelle à l'encontre de l'arbitraire du monarque qui pouvait placer n'importe lequel de ses sujets « sous lettre de cachet », c'est-à-dire en prison sans jugement et pour le temps qu'il jugeait bon.

D'autres attribuent son origine à l'ordonnance de la Magna Carta¹¹⁹⁷ et il avait été inscrit la première fois dans la déclaration des droits de Virginie. Ce texte stipulait en son article 8 que tout homme a le droit de demander la cause et la nature de l'accusation qui pèse sur lui, d'être confronté à ses accusateurs et aux témoins ainsi que de produire des témoignages et des preuves en sa faveur. Il garantit en outre le droit d'être promptement jugé par un jury impartial de son voisinage, sans le

¹¹⁹⁴ UNODC, *Anticorruption Toolkit*, p.356

¹¹⁹⁵ Guillien R. et Vincent J., *op. cit.*, p. 429

¹¹⁹⁶ Dressler J., *op. cit.*, p.75

¹¹⁹⁷ La Grande Charte des Libertés article 39) Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays. http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/GB_01.htm#1

consentement unanime duquel il ne puisse être déclaré coupable¹¹⁹⁸. De ces dispositions avaient été tirés les premiers amendements de la Constitution Fédérale des Etats-Unis. Le principe allait plus tard influencer les concepteurs de la Déclaration française des droits de l'homme et des citoyens de 1789, qui devient plus précise en proclamant que tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable¹¹⁹⁹.

Le principe recevra par la suite une consécration universelle lorsque l'Assemblée Générale des Nations Unies a proclamé en 1948 la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. L'article 11 de cette déclaration à grande valeur morale a repris les termes de la Déclaration française, tout en précisant en outre les conditions de l'établissement de la culpabilité. Il y est déclaré que toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. Le principe allait être renforcé pour devenir plus contraignant dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹²⁰⁰. Comme dans les autres organisations régionales¹²⁰¹, les Etats africains regroupés dans l'OUA ont aussi adopté le principe dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples. Cet accord intègre le principe dans l'ensemble des droits à un procès équitable en garantissant en son article 7.1 à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprenant entre autre le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente¹²⁰².

- Droit comparé

La présomption d'innocence aurait d'abord été ignorée par l'ancien droit français jusqu'à son application par certaines dispositions du code d'instruction criminelle et du code de procédure pénale. Tout récemment, le droit français s'est spécialement préoccupé du principe en la reconnaissant comme un droit subjectif méritant une protection contre toute atteinte¹²⁰³. Elle serait devenue ensuite, en quelque sorte, la norme ultime du procès, le sommet de la hiérarchie des normes procédurales, l'aune à laquelle se mesurerait la validité de toutes les autres dispositions destinées à fournir

¹¹⁹⁸ La Déclaration qui accompagnait la Constitution de la colonie de Virginie fut la première à être rédigée après le début de la guerre d'indépendance américaine. Elle fut adoptée le 12 juin 1776 à partir d'un projet élaboré le 12 mars 1776 par Georges Mason (1725-1792). http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/US_01.htm

¹¹⁹⁹ Article 9 de la Déclaration. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm>

¹²⁰⁰ Article 14.2 du Pacte. http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Univer/Pact3.htm

¹²⁰¹ Conseil de l'Europe par le biais de la CEDH en son article 6.2 ; l'Union Européenne dans la Charte des droits fondamentaux en son article ; la IX^e Conférence Internationale Américaine par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme en son article XXVI ; L'Organisation des Etats Américains au moyen de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 en son article 8.2 ; La Ligue des Etats Arabes par La Charte arabe des droits de l'homme de 1994 en son article 7 ;

¹²⁰² Article 7.1 b/ de la Charte. http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_81.htm.

¹²⁰³ Article 9-1 du code civil français : Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. (Loi n° 93-2 du 5 janvier 1993 Article 47 Journal Officiel du 5 janvier 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 Article 44 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 Article 1 I Journal Officiel du 30 juillet 1994) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 Article 91 Journal Officiel du 16 juin 2000)

les garanties procédurales d'une justice démocratique. En effet, la nouvelle loi de 15 juin 2000 a introduit dans le code de procédure pénale française un article préliminaire qui énonce les principes fondamentaux qui doivent gouverner la procédure pénale, à toutes ses étapes, du début de l'enquête de police jusqu'à la décision définitive de la juridiction de jugement. Parmi ceux-ci, on retrouve celui concernant la personne "suspectée ou poursuivie" et qui proclame son droit indéfectible à la présomption d'innocence tant que sa culpabilité n'est pas établie. Les autres principes directeurs qui gouvernent la procédure pénale sont ainsi la conséquence du principe de la présomption d'innocence.¹²⁰⁴ En droit des Etats-Unis, la présomption d'innocence fait partie des éléments du « *due process of law* », procès légalement équitable, garantie par les 14^e et 15^e amendements de la Constitution Fédérale. Elle a été renforcée par la jurisprudence *In re Winship* qui dispose que le principe se trouve à la base de l'administration de droit criminel américain¹²⁰⁵.

La présomption d'innocence pourrait être atteinte par le législateur lorsque celui-ci adopte une loi pénale qui pose une présomption de fait ou de droit tout en dépassant les limites raisonnables. En effet, il convient de prendre en compte la gravité de l'enjeu et préserver les droits de la défense ou, en d'autres termes, ne pas laisser des moyens pour la combattre à la disposition de la personne désavantagée par la présomption¹²⁰⁶. L'atteinte à la présomption d'innocence étant définie comme l'affirmation publique et prématurée de la culpabilité ou lorsque la personne visée est présentée comme coupable, sous diverses qualifications¹²⁰⁷. Elle peut aussi être bafouée par les personnes chargées de l'application de la loi comme le cas d'un juge qui prononce une condamnation d'une personne relaxée à payer les frais de justice. Ce serait aussi le cas lorsque, sans établissement légal préalable de la culpabilité du prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable¹²⁰⁸.

Sans être exclusivement une garantie procédurale, le principe de présomption d'innocence est le fondement d'autres règles en la matière, notamment sur le traitement du prévenu, telles que le doute profitable au prévenu, la prohibition de la présomption de culpabilité, l'auto incrimination matérialisée par le droit de se taire et la répartition de la charge de la preuve¹²⁰⁹. La violation de ces règles secondaires implique une atteinte du principe de base et dans les pays qui l'on érigé en règle constitutionnelle, tels la France¹²¹⁰ ou les USA, cela revient *ipso facto* à contredire la loi fondamentale.

- Application en droit malagasy

Historiquement, le droit pénal traditionnel de Madagascar contient des règles qui vont à l'encontre du principe. Il admettait par exemple la mise à mort immédiate d'une

¹²⁰⁴ http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm, rapport 2000

¹²⁰⁵ Dressler J., *op. cit.*, p.66

¹²⁰⁶ CEDH, arrêt du 7/10/88 (Salabiaku c/ France), *Jurisprudence de la CEDH*, p.242/3

¹²⁰⁷ http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm, rapport 2000; (Civ. 2, 29 avril 1998, Bull. n 141, p. 82)

¹²⁰⁸ CEDH, arrêt du 25 mars 1983 (Minelli c/Suisse)

¹²⁰⁹ Buisson J., *Preuve, Recueil, Rép. Pén.* Dalloz, 1999, p.4

¹²¹⁰ Buisson J., *op. cit.*, p.3

personne surprise en flagrant délit de vol sur un marché¹²¹¹. Cependant, la position avait légèrement évolué avec l'adoption du code des 305 articles de Ranavalona II qui incriminait cet acte de justice privé¹²¹². La tendance populaire va même vers la primauté de la présomption de culpabilité lorsque l'on constate dans les conventions communautaires, les *Dina*, des stipulations qui présument la culpabilité des prévenus en leur demandant d'apporter la preuve de leur innocence.

Par l'incorporation dans le droit positif malagasy des trois instruments internationaux ci-dessus, dernièrement confirmée par la Constitution amendée de 1992¹²¹³, la présomption d'innocence est depuis l'indépendance devenue un principe fondamental de procédure pénale. Elle s'insère dans les garanties d'un procès équitable. En termes simples, cela signifie que toute personne poursuivie est considérée comme innocente des faits qui lui sont reprochés tant que la juridiction pénale compétente n'a pas prononcé à son encontre une déclaration définitive de culpabilité. Le principe a ainsi une valeur supra législative et supprime logiquement une loi qui le contredit lui et ses corollaires. En droit malgache, il est difficile cependant de conclure en une violation de la Constitution lorsque le principe se trouve bafoué.

En réalité, le principe n'est pas expressément prévu par le code de procédure pénale mais plusieurs dispositions de ce corpus en font une application comme celles d'autres lois particulières. La présomption d'innocence oeuvre également dans la protection de l'honneur et de la réputation d'une personne poursuivie en justice. On peut mettre sur son compte les articles 189 à 191 du CPP qui règle les cas d'une partie civile téméraire, des articles 353 à 355 du CPP sur le secret de l'information et des articles 429 du CPP qui impose au Président de la Cour criminelle de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé pendant l'audience. L'article 351 du CPP va aussi dans ce sens dans la mesure où la détention provisoire ne préjuge pas de la culpabilité reste une mesure exceptionnelle tout au long de la procédure et en tout état de cause. A titre comparatif, il a été affirmé par la doctrine française que les articles 471, 359, 572 et 368 du code de procédure pénale français sont une inspiration du principe¹²¹⁴ et dont certains ont leurs équivalents dans le CPP malgache.

Cependant, il n'est pas superflu de signaler l'existence de termes usités par le CPP, comme « auteur présumé »¹²¹⁵, qui iraient en quelque sorte à l'encontre du principe en s'orientant plutôt vers la présomption de culpabilité. Cette situation met en exergue la fiction que comporte le principe, immuable malgré les circonstances de la constatation de l'infraction ou de l'évolution de la procédure. L'individu reste en innocence présumée même s'il est pris en flagrant délit ou même si les soupçons se confirment en indices puis en charges suffisantes, manifestes ou concordantes. Il a été toutefois dit et avec pertinence que cela constitue une garantie supplémentaire, non seulement contre l'arbitraire, mais aussi contre les erreurs judiciaires.

La jurisprudence malagasy sur la question s'était depuis la colonisation alignée sur celle de la France qui, depuis certains temps, dispose que la présomption

¹²¹¹ Callet R.P., *op. cit.*, p.603

¹²¹² Article 172 du code des 305 articles

¹²¹³ Article 82.3 VIII-Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

¹²¹⁴ Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel, Procédure Pénale, op. cit.*, p.155

¹²¹⁵ Article 216 et 217 du CPP

d'innocence ne cesse qu'en cas de déclaration de culpabilité, prononcée par la juridiction de jugement et devenue irrévocable¹²¹⁶.

ii. charge de la preuve

La préoccupation se pose de la manière suivante : le fait de demander au prévenu de justifier l'origine de ses richesses excessives constitue-t-il, à lui seul, un reversement de la charge de la preuve donc une violation du principe de présomption d'innocence ? Elle ne pourrait être dissipée sans un bref aperçu de l'état de la question.

• Etat de la question

En matière pénale, la preuve consiste à établir aussi bien l'existence d'un fait dans les formes légalement admises que son imputation à une personne. Elle sert également à montrer, la plupart du temps, l'intention que cette dernière avait dans la commission du fait¹²¹⁷. Ainsi, elle est constituée de tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition.

Dans le droit pénal malgache hérité du droit français, l'indivisibilité du fardeau de la preuve et le rôle actif du juge dans la formation de la preuve sont les deux principes ayant initialement gouvernés la matière ; une transposition de ceux du droit civil. Actuellement, le premier qui met entièrement la charge de la preuve à la partie poursuivante a connu des tempéraments tandis que le second continue de se renforcer. Ils ont principalement pour finalité de satisfaire, d'une part, au principe de présomption d'innocence et, d'autre part, de suppléer la faiblesse de la partie poursuivie devant celles qui poursuivent. Tout particulièrement, cet équilibre est justifié en face du Ministère public qui dispose des moyens d'investigations considérables et puissants, pour un procès réellement équitable.

Non expressément prévu par le code de procédure pénale, la question de production de la preuve est régie par trois principes, aussi applicable dans le droit malgasy, qui revêtent une importance particulière en matière pénale. Il s'agit principalement de l'adage *actori incumbit probatio* qui signifierait que la preuve incombe au demandeur. De ce principe est induit un autre, *reus in excipiendo fit actor*, mettant le défendeur en position de demandeur lorsqu'il excipe de certains moyens de défense¹²¹⁸. A ceux là s'ajoute le principe du doute profitable à l'accusé exprimé par l'adage *in dubio pro reo*. Cette règle le dispense d'établir son innocence par des preuves complètes, il suffirait qu'il crée un doute suffisant qui empêche le juge de parvenir à une certitude de culpabilité¹²¹⁹. L'on se demanderait d'ailleurs si ce principe est compatible dans une certaine mesure avec le rôle actif du juge, dans la formation de la preuve, tiré de la nature inquisitoire de notre droit pénal. En effet, si la recherche de la vérité opérée par le juge, en cas d'insuffisance d'éléments pour sa conviction, va dans le sens de combattre négativement le doute instillé par les moyens de la défense, l'on ne tardera pas à constater la contradiction violant par la suite le principe de présomption d'innocence. Il est cependant affirmé que pratiquement ce comportement inquisitoire est adopté par le juge pour suppléer à une

¹²¹⁶ Cass.crim. 13 novembre 1996 (Gaz. Pal. 1997 I Chr. crim. 64)

¹²¹⁷ Buisson J., *op. cit.*, p.2

¹²¹⁸ Buisson J., *op. cit.*, p.2 et 3 ; voir aussi Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, p.154

¹²¹⁹ *Id.*

certaine carence de l'accusé pour étayer ses moyens de défense. Par ailleurs, une telle situation ne fait que renforcer la protection cherchée par la présomption d'innocence.

Du premier principe, la jurisprudence exige de Ministère public ou dans certains cas de la partie civile, accessoirement ou principalement lorsqu'elle s'est constituée, l'établissement de tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître¹²²⁰. Théoriquement, elle réserve un rôle complètement passif au prévenu qui se verrait le juge prononcer son acquittement, dans le cas d'insuffisance de preuves et même de l'inexistence ou de la faiblesse de sa défense. En pratique cependant, l'enjeu étant de former l'intime conviction du juge, le prévenu adopte un système de défense positive en invoquant des éléments probatoires en sa faveur¹²²¹. Il va contester les moyens et éléments de preuve avancés par la partie poursuivante en alléguant par exemple des alibis et des moyens de droit comme la légitime défense¹²²².

C'est ainsi que le deuxième principe entre en jeu et met à la charge du prévenu la production de la preuve de moyens qu'il avance pour assurer sa défense. La jurisprudence française met à son compte la production de la preuve des causes de non responsabilité, des faits justificatifs et des excuses, laissant au Ministère public le soin de prouver la prescription et l'amnistie¹²²³. En effet, lorsque le défendeur invoque un fait justificatif, de nature à effacer l'infraction, ou une cause de non imputabilité, susceptible d'écarter sa responsabilité, c'est à lui qu'il appartient d'en faire la démonstration. Du moins, puisqu'il ne bénéficie pas de l'appareil de l'État pour recueillir l'ensemble des preuves, il lui incombe d'établir des éléments rendant son argument suffisamment crédible pour que le juge puisse considérer que la parole est désormais dans le camp de l'accusation. La doctrine en écho affirme qu'en principe, le délinquant qui invoque un fait favorable à sa défense et de nature à amoindrir sa responsabilité, à exclure ou à détruire certains éléments constitutifs de l'infraction retenue doit en rapporter la preuve; il devient à son tour demandeur sur ce point¹²²⁴.

C'est également la position admise par la jurisprudence belge qui dispose que lorsque le prévenu invoque une cause de justification et que son allégation n'est pas dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, il incombe au ministère public de prouver qu'elle est inexacte¹²²⁵. En droit des Etats-Unis, la doctrine distingue parmi les règles régissant la preuve celles qui établissent deux types de charge: la charge de la production et la charge de la persuasion. De nature différente mais consécutive, les deux types spécifient clairement le rôle des parties au procès pénal en matière de charge de la preuve. Tandis que le premier consiste à faire connaître à l'accusé les éléments essentiels de l'infraction à prouver par l'accusation, le second opère plutôt en vue de convaincre le jury sur la pertinence des éléments concourant ou non à la culpabilité¹²²⁶.

En tout état de cause, afin d'alléger la charge imposée à la partie poursuivante devant la difficulté pratique d'apporter la preuve des éléments matériels et moraux de

¹²²⁰ Cass. crim. 24 mars 1949, Bull. crim., n°114 et aussi l'arrêt Bockaert, Cass. crim. 2 mars 1966 (Gaz. Pal. 1966 I 391) par lequel la preuve que les infractions constatées avaient été commises par le demandeur incombait au ministère public.

¹²²¹ Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, p.157 et s.

¹²²² Dressler J., *op. cit.*, p.63

¹²²³ Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, p.157

¹²²⁴ *Id.*

¹²²⁵ Cass. 2° Ch. Belge 9 juin 1975 (Pas. 1975 I 969)

¹²²⁶ Dressler J., *op. cit.*, p. 63 et s.

l'infraction, la technique des présomptions ont été utilisée par le législateur et la jurisprudence. Cette technique exceptionnelle et favorable à l'accusation consiste à faciliter la production de la preuve d'un des éléments constitutifs de l'infraction¹²²⁷. Elle entraîne de facto un renversement de la preuve en mettant l'accusé dans l'obligation de combattre la présomption. Considérées comme une exception à la règle de l'indivisibilité de la preuve¹²²⁸, ces présomptions dites de culpabilité, de nature légale ou jurisprudentielle, peuvent à la fois concerner les éléments matériels et moraux d'une infraction¹²²⁹. C'est ainsi, en droit français comme en droit malagasy, une personne est considérée comme proxénète lorsqu'elle ne peut justifier des ressources correspondantes à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution¹²³⁰. De fait, la technique est utilisée couramment pour établir, des faits ou d'un comportement concrets, l'élément moral d'une infraction, comme en matière de recel¹²³¹.

- Applicabilité sur l'enrichissement injustifié

S'agissant de l'incrimination étudiée présentement, on est amené à se demander s'il y a réellement un renversement du charge de la preuve et si présomption il y a, serait elle conforme au principe d'innocence.

A première vue, le libellé de l'article 183 du CP sur l'élément matériel déterminant de l'infraction semble ne pas laisser subsister aucun doute. Si le prévenu se trouvait dans l'incapacité de justifier l'origine licite de son enrichissement ou les ressources correspondant à son train de vie, le juge pénal devrait logiquement entrer en condamnation, les autres éléments supposés remplis. Ce qui équivaut à demander au prévenu d'apporter la preuve de sa non culpabilité. En effet, les avertis n'auraient pas manqué de considérer que les poursuites sur la base du délit d'enrichissement illicite ne sont pas compatibles avec les principes généraux de la présomption d'innocence, d'une part et reposent sur l'inversion de la charge de la preuve d'autre part¹²³².

Sur le plan international, c'est la position du Canada et des Etats-Unis au regard de la disposition sur l'enrichissement illicite de la Convention Interaméricaine contre la corruption. Le premier a formulé une réserve sur la question lors de sa ratification et considère directement l'incrimination en violation de la présomption d'innocence garantie par sa Constitution. Cependant, il est permis de déduire sans hésitation que c'est la charge de la preuve mise au dos de l'agent public qui la motive. Le second en a fait de même en précisant que c'est ce fardeau de preuve porté par le prévenu qui serait inconsistant avec sa Constitution et les principes fondamentaux de son système juridique.

Au niveau national, les positions des législateurs varient même dans des systèmes juridiques similaires, comme en illustre les cas suivants. D'un côté, on trouve ceux qui, tout en incriminant l'enrichissement illicite, n'ont pas opté pour la mise à la charge du prévenu la justification de leur excédent de richesses, sans aucun

¹²²⁷ Merle R. et Vitu A., *op. cit.*, p.157

¹²²⁸ Trousse P.E., *op. cit.*

¹²²⁹ Buisson J., *op. cit.*, p.6

¹²³⁰ Art 225-6 CP français et article 334-3° CP malagasy

¹²³¹ Buisson J., *op. cit.*, p. 6, 7 et 8

¹²³² Borghi M., des lois pour combattre la corruption, in TI, *op. cit.*, p.269

doute pour éviter les incompatibilités juridiques engendrées par la technique. C'est le cas par exemple du Mali qui a le mérite d'avoir défini les biens qui sont caractérisés d'illicite, en l'occurrence lorsqu'ils sont acquis à l'aide d'infraction à la loi (vol, corruption, concussion, extorsion de fonds, trafic d'influence, fraudes économiques ou fiscales, perception de commission ou tout autre moyen analogue en fraude des droits de l'Etat, des collectivités, des sociétés et entreprises d'Etat, des divers organismes publics et parapublics)¹²³³.

Foncièrement, on ne trouve cependant aucune différence avec l'infraction de recel sauf en ce qui concerne les conséquences en matière de poursuite, de compétence juridictionnelle et de peines. Il s'ensuit que la prudence aurait comme conséquence d'enlever l'efficacité recherchée en laissant au Ministère public le fardeau quasi-insupportable de prouver les origines licites des biens en excédent ou le train de vie sans correspondant. De l'autre, il y a ceux qui ont adopté une position asymétrique, comme le Sénégal qui par la loi de 1981 entre en incrimination lorsque, sur simple mise en demeure, la personne visée se trouve dans l'impossibilité de justifier de l'origine licite des ressources qui lui permettent d'être en possession d'un patrimoine ou de mener un train de vie sans rapport avec ses revenus légaux.¹²³⁴ Toutefois, ce renversement pourrait n'être qu'apparent et induire en erreur dans la mesure où d'une part, pratiquement il s'agit pour la poursuite de demander une contre preuve d'une situation déjà établie et non directement la preuve contraire d'une présomption des faits. Il s'agirait plutôt du fardeau de la réfutation, un élément de l'ensemble matériel de l'infraction.

Dans la pratique, la conduite des enquêtes et informations judiciaires aurait tendance à faire valoir le contraire, c'est-à-dire la présomption de culpabilité. C'est ainsi que le policier en cas de meurtre par exemple dit souvent « ne pas exclure la culpabilité de ceux qui peuvent avoir intérêt à la commission du crime ». Il en irait de même, sous le poids de l'expérience (dès lors que le ministère public poursuit le plus souvent à bon escient), pour les juges répressifs qui auraient tendance à voir un coupable dans tout prévenu. L'habitude de juger crimes et délits inclinerait irrésistiblement le juge à voir dans tout accusé un coupable et à effacer la présomption d'innocence¹²³⁵. En tout état de cause, un mouvement naturel pousserait les hommes à vouloir un responsable pour tout crime. L'opinion publique cherche toujours un « coupable »¹²³⁶.

Pour revenir à l'incrimination étudiée qui tend par contre à participer à l'encadrement des pratiques ci-dessus, le Ministère public avant de qualifier les faits et soutenir l'accusation devait déjà avoir prouvé la non concordance flagrante entre les revenus ou ressources légitimes avec le patrimoine réel ou le train de vie. Dans les pays où l'écrit n'est pas encore la réalité dominante, même en matière de propriété, il est parfois difficile de faire la relation des biens à la personne mise en cause. Cependant, les informations découleront notamment des témoignages, des comportements de propriétaire à l'égard des biens. Depuis l'obligation de déclaration de patrimoine en 2004, cette tâche devait être facilitée par l'exploitation des déclarations périodiques effectuées par les personnes visées par l'incrimination d'enrichissement illicite et dont la plupart est assujettie par cette mesure. La

¹²³³ Article 2 et 3 de la loi n°82-39/AN-RM du 26 mars 1982

¹²³⁴ Borghi M., *op. cit.*, p.270

¹²³⁵ Ferri E., *La Sociologie criminelle*, Une édition électronique réalisée à partir du texte traduit de l'italien par Léon Terrier, deuxième édition, Paris, 1914, chap. III et IV, p. 186

¹²³⁶ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_p/lettre_p_prese.htm

comparaison des dates d'acquisition et de déclaration pourrait aider les enquêteurs à établir l'origine des biens intégrés dans le patrimoine. Par la suite, le cas échéant, l'autorité poursuivante devait avoir rassemblé les éléments permettant de conclure que le prévenu n'est pas en mesure d'apporter une justification raisonnable de l'origine licite de l'excédent de richesses. Cette conclusion peut être prise par le silence du prévenu ou par la valeur inopérante des justifications avancées.

Devant le juge, trois scénarii pourraient en effet se produire lorsque la personne visée est mise dans l'obligation de justifier l'augmentation suspecte de son patrimoine ou de son train de vie exagérée. Soit elle n'arrive pas du tout à produire la moindre preuve de l'origine licite du surplus, soit les moyens de preuves qu'elle avance n'arrivent pas à combattre celles produites par le Ministère public et soit ses justifications ont emporté l'intime conviction du juge par leur véracité ou leur pertinence. Dans ce dernier cas, l'on se demanderait sur la force nécessaire de la preuve produite par le prévenu pour aboutir à la relaxe. En vertu du principe du doute favorable au prévenu, il lui suffit d'insuffler un doute suffisant pour empêcher la conviction du juge à se pencher vers la culpabilité. L'atteinte de ce niveau de doute relève évidemment du subjectif, notamment dans le droit malgache qui prône l'intime conviction de culpabilité pour entrer en condamnation. Dans d'autres systèmes, notamment du *common law*, la valeur de la preuve contraire doit aller au-delà du doute raisonnable ou tout simplement être prépondérante que celle de la partie poursuivante, soit 50,1%¹²³⁷.

En ce moment précis, après recherches et investigations non fructueuses de l'origine licite du patrimoine visé, l'autorité de poursuite établit déjà des éléments de preuve de l'enrichissement illicite, c'est-à-dire l'établissement de la réalité de la situation non concordante mais non justifiée. A charge pour le juge de les admettre en tant que tels ou non, au vu des moyens de défense du prévenu. Tout ce mécanisme de contradiction se retrouve normalement dans toutes les procédures pénales équitables sans que le renversement de la charge de la preuve n'y soit raisonnablement opposé. La différence en est que dans pour cette incrimination la défense fait partie d'un élément matériel qui confère ainsi une légalité de la preuve contraire. Mais en réalité, la réfutation demandée est plus aisée puisque le défendeur peut aller au-delà de l'officiel rapporté par le poursuivant. Il lui est permis de produire par tout moyen la provenance licite qui détruira complètement la prévention.

Si les uns voient une explication crédible en cette mise à la charge du prévenu la preuve de son excédent suspect de richesses comme le transfert légal de la preuve¹²³⁸, les autres la considèrent malgré tout comme un renversement de charge de la preuve sans le biais de la présomption d'illicéité, une exception au principe de l'indivisibilité de la preuve nécessitant une justification sérieuse¹²³⁹. Ce qui ne serait pas le cas pour le tiers détenteur des biens et ressources illicites provenant de l'agent public. Ici le mode de preuve ne sort pas de l'ordinaire et il appartient exclusivement à la partie poursuivante d'établir la détention et l'origine illicite.

Quoi qu'il en soit, comme dans certaines infractions analogues, la violation de la présomption d'innocence n'est pas pour autant tout de suite conclue. Comme relatée précédemment, le droit pénal malagasy utilise la technique des présomptions favorables à l'accusation permettant le reversement du charge de la preuve au

¹²³⁷ Dressler J., *op. cit.*, p.73

¹²³⁸ Pope J., *op. cit.*, p.275

¹²³⁹ Speville (de) B., *Reversing the Onus of Proof: Is it Compatible with Respect for Human Rights Norms*, 8th IAAC, http://ww1.transparency.org/iacc/8th_iacc.confprog.html

détriment du prévenu. On peut citer comme exemple l'article 283-1° du code des douanes¹²⁴⁰. Cet article met tout simplement, en créant une présomption de contrebande, à la charge des détenteurs de marchandises prohibées à l'entrée ou fortement taxées dans une zone spécifique la preuve de leur origine licite. Cette infraction économique n'a pas été pour autant pointée comme en violation de la présomption d'innocence. Bien sûr, on pourrait avancer la matérialité de cette infraction composée avec sa nature contraventionnelle, mais la lourdeur de la peine ne permettrait pas une telle argumentation et les présomptions de faute pour les infractions contraventionnelles sont largement acceptées.

Devant le silence de la jurisprudence nationale, on pourrait emprunter la position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour justifier la non violation du principe d'innocence par la simple existence des présomptions favorables à l'accusation. A bon droit, elle déclare que tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit mais utilisées dans la limite du raisonnable. Et prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense, elles ne sont pas incompatibles avec la présomption d'innocence¹²⁴¹. La possibilité de la preuve contraire et l'établissement légal de la culpabilité sembleraient être les critères déterminants de son appréciation. La jurisprudence française a pris acte¹²⁴² de cette position de la juridiction européenne suite à plusieurs décisions concernant la France¹²⁴³.

L'article 183.1 alinéa 3 facilite la production de la preuve contraire en ce qu'il confirme le principe de la liberté de preuve. En effet, touchant le domaine du patrimoine donc dans une certaine mesure la propriété, domaine du droit civil, l'autorité de poursuite pourrait être tentée d'exiger les moyens de preuve admis dans cette branche de droit. Ce qui a pour effet de rendre plus difficile la tâche du défendeur en s'acquittant de la charge de la preuve de l'augmentation suspecte du patrimoine. Cette situation aurait sorti le mécanisme des limites raisonnables exigées par la CEDH et qui deviendrait ainsi incompatible à la présomption d'innocence et aussi au principe de l'égalité des armes, équilibre déjà difficile à trouver en droit pénal. C'est sans doute pour ces raisons que le législateur malagasy a opté pour cette facilitation.

Toujours dans cette logique de facilitation, la force probante exigée des moyens de justification a été amoindrie. En effet, ce qui est demandé du prévenu dans la justification de l'excédent de richesses n'est point d'emporter l'intime conviction du juge mais de susciter un doute raisonnable dans son esprit afin de lui empêcher d'aller vers la culpabilité. Même si cela exige plus qu'une simple allégation de la part du prévenu, la conséquence de la production de preuve par ce dernier remettrait de nouveau la charge de celle-ci au dos de l'autorité poursuivante qui doit démontrer le mal fondé de la justification rapportée.

Si, comme il a été montré, on peut douter de l'existence en dernier ressort d'un fardeau de la preuve au dos du prévenu, en réalité un fardeau de la réfutation, le scepticisme se voit renforcé par l'existence d'une présomption d'illicéité de l'excédent des richesses du prévenu. Effectivement, si l'on considère strictement les termes de l'article d'incrimination de l'enrichissement illicite, il n'est pas sûr que le législateur a

¹²⁴⁰ On peut également mettre dans cette catégorie l'article 282 du même code et les articles 20.02.93 et 20.02.94 de code fiscal.

¹²⁴¹ CEDH, arrêt du 7/10/88 (Salabiaku c/ France), *Juriprudence de la CEDH*, p.242/3

¹²⁴² Cour de Cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 26 septembre 2001, N° de pourvoi : 01-82197

¹²⁴³ Buisson J., *op. cit.*, p.6

opéré au renversement de la preuve. Il peut même être affirmé que si expressément le texte ne le spécifie pas, le législateur s'est basé sur une présomption de corruption par la façon dont l'incrimination ait été contextualisée, insérée dans une loi anti-corruption où le *motto* du crime est l'avantage indu. En effet, le fait de ne pas pouvoir raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine, fait de base, autoriserait à présumer son origine comme corrompue ou tout au moins illicite.

Cependant, les termes de la loi, qui ne devrait souffrir d'une interprétation large, ne laissent aucune place à une telle lecture. Il est clair que, littéralement, ce qui est reproché par l'incrimination n'est pas l'illicéité de l'origine des biens détenus, contrairement à ce que suggère l'intitulé, mais l'incapacité de justifier l'augmentation inexplicable par l'autorité de poursuite. C'est ce qui contraste avec la législation malienne analogue, ci-dessus. En effet, il est disposé par cette dernière que l'enrichissement illicite est caractérisé lorsque le prévenu n'arrive pas à justifier l'origine licite de son excédent de richesses. La présomption est ici évidente puisque de la non production de preuve de l'origine licite des biens, fait avéré, le juge tire une conséquence, que les biens sont acquis illicitement, fait présumé. En effet, si le prévenu apporte un moyen de preuve caractérisant les biens d'illicite, non forcément délictuel ou même délictuel mais de moindre gravité que la présente infraction, le juge ne pourrait qu'entrer en condamnation.

Contrairement à celui du Mali, le législateur malgache n'avait pas défini le contenu de terme illicite. L'illicéité en matière pénale est considérée comme la transgression, manifestée par l'un des agissements définis par une disposition législative ou réglementaire, de la norme de civilité, envisagée à travers l'un ou l'autre des biens juridiques que les pouvoirs publics ont retenus comme dignes de la protection pénale¹²⁴⁴. Plus large puisque se référant à la notion de patrimoine, d'une manière générale sont considérés licites au sens large les ressources ou revenus qui ne sont pas contraires aux lois et aux règlements, de par leur acquisition, possession ou détention. Ainsi, la licéité des biens mentionnée à l'alinéa 4 de l'article 183 peut aussi bien se référer au droit civil qu'au droit pénal. Ces actifs doivent être facilement révélés par l'investigation puisqu'ils sont officiels donc inscrits quelque part sauf à commettre d'autres infractions, par exemple fiscales ou d'affaires.

Dans le droit malgache, ce qui est littéralement demandé au prévenu n'est pas l'origine licite des biens excédentaires mais la justification d'une manière raisonnable de l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes. Il est difficile dans la lettre de l'article d'incrimination d'apercevoir une quelconque présomption. On ne pourra pas dire que la non justification de ladite augmentation, fait avéré, suffirait de prendre une conclusion sur son caractère ou sa provenance illicite, le mot raisonnablement¹²⁴⁵ se référant plutôt à la valeur de la preuve que du caractère des biens. On pourrait déduire que du moment où le prévenu apporte une quelconque justification de l'augmentation, illicite qu'elle soit, le juge ne devrait plus être en mesure d'établir la culpabilité du prévenu en enrichissement illicite, sans préjudice d'autres qualifications. Ce qui amène à dire que l'intitulé de l'article 183 pourrait induire en erreur, la juste appellation devrait être un enrichissement injustifié comme dans la législation de certains pays comme HongKong.

Toutefois le reste de l'article sur le caractère continu de l'infraction retient bien l'illicéité comme critère. Alors, face à cette équivoque, il conviendra d'attendre les

¹²⁴⁴ Vitu A., De l'illicéité en droit criminel français, *loc. cit.*, pp. 127 et s.

¹²⁴⁵ Dans son raisonnement, le juge ne devrait pas exiger un niveau de justification élevé pour accepter la défense du prévenu, un doute raisonnable sur le bien fondé de la justification lui devrait suffire pour rejeter les moyens du Ministère public et relaxer du chef d'enrichissement illicite.

premières réactions de la jurisprudence pour être définitivement fixé sur la question. Entre-temps, on peut considérer sur ce point qu'il ne fallait pas y voir une présomption d'illicéité. Ce qui est demandé au prévenu c'est de présenter les preuves contraires de celles rassemblées pour la poursuite concernant un fait avéré, l'excédent sans origine licite, et non un fait présumé. Les critiques conduisant inéluctablement sur le terrain de l'opportunité, une question fondamentale serait de savoir si la défense obstinée de certains principes traditionnels doit prévaloir sur la défense des intérêts fondamentaux de la société, face à un phénomène dont la persistance est susceptible de miner l'équilibre social¹²⁴⁶.

c. Opportunité d'incriminer les ressources excessives non justifiées

Malgré toutes les réticences perçues à propos de l'enrichissement injustifié tel qu'il est présenté par le *draft* élaboré par le CSLCC, tous s'accordent actuellement pour affirmer qu'une situation d'enrichissement injustifié de la part de certaines catégories de gens hauts placés est intolérable, tout particulièrement en Afrique où le préjudice causé par la pauvreté accentue son immoralité¹²⁴⁷. Ce n'est pas une normalisation de plus du droit pénal mais son expression d'une « nouvelle » valeur morale. A ce titre, la pertinence de l'incrimination réside dans la réduction de l'impunité, notamment par son caractère continu.

i. Réduction de l'impunité

En vertu ainsi de l'expression d'une valeur sociale à protéger pénalement, il est malvenu d'exciper des principes auxquelles on peut aisément trouver des exceptions pour finalement favoriser l'impunité de certains hauts responsables malveillants¹²⁴⁸. En tout cas, même avec la configuration initialement proposée de l'incrimination, il n'existe pas de risque pour les gens de bonne conduite ni pour leurs relatives de bonne foi. L'élément moral de l'infraction, qu'est la connaissance de l'origine des biens, resterait intact pour ces dernières. Sans risque de mettre en prison les personnes de bonne conduite et/ou de bonne foi et qui se sont enrichies honnêtement, l'alarmisme argumenté appuyé par des arguments juridiques sans sérieux fondement pourrait conduire à plusieurs conclusions de la part des observateurs avertis. La plus mauvaise serait de faire croire que les arguments tendant à affaiblir l'efficacité de l'incrimination ont des fondements autres que juridiques et amènerait à penser que des hauts responsables publics les utilisent face à la menace cette fois-ci réelle de ne plus pouvoir jouir en toute impunité de l'enrichissement injustifié¹²⁴⁹.

Comme vu précédemment dans la partie concernant les personnes visées par l'incrimination d'enrichissement illicite, l'article 183.1 a cherché à faciliter la récupération des biens illicites où qu'ils se trouvent. Tout d'abord, en son alinéa 2, l'article d'incrimination a instauré un régime spécial proche du recel dont la différence avec le recel ordinaire se situe sur la provenance des biens détenus et la sévérité des

¹²⁴⁶ Borghi M., *op. cit.*, p.269

¹²⁴⁷ Coldham S., *op. cit.*, p.117

¹²⁴⁸ USAID, *A Handbook On Fighting Corruption*, Technical Publication Series, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research, February 1999, p.11

¹²⁴⁹ Asis (de) M. G., *Anticorruption reform in rule of law programs*, http://www.eqrolc.ca/docs/Asis_ac_rol.pdf, pp. 13 et ss.

sanctions pécuniaires. Il est en effet répréhensible le fait pour toute personne qui aura sciemment détenu des biens et ressources illicites provenant de toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, toute personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique.

La mesure aurait pu être satisfaite par le recel de l'article 460 du CP, d'autant plus que la fourchette des peines d'emprisonnement applicables est la même¹²⁵⁰. La question se pose est alors pourquoi le législateur a opté pour un régime spécial. La préoccupation du législateur est de parvenir à mettre en insécurité l'agent public mal enrichi et les personnes à qui il pourrait faire confiance pour sécuriser les produits des ses actes de corruption ou assimilés. On comprend la motivation lorsque l'on se penche sur la seconde phrase de l'alinéa 4 de l'article 183.1 qui exempt de toute poursuite sur le fondement de l'enrichissement illicite la personne qui, avant ouverture d'une information ou citation directe, aura révélé les faits aux autorités administratives ou judiciaires et permis l'identification et la condamnation de l'auteur principal.

La technique, destinée à combler le vide laissé par la non incrimination des personnes proches des agents publics au même titre que ces derniers et faciliter la répression, consisterait à la généralisation et le placement de toute personne détenteurs des dits biens et ressources dans une position leur permettant de se repentir et conduire l'enquêteur à l'identification de l'agent public origine. C'est, semble-t-il, la principale valeur ajoutée de l'alinéa 3 par rapport au recel puisque dans les deux infractions, l'enquêteur aura toujours à prouver l'origine illicite des biens et ressources détenus par la personne, dans ce cas prouver l'enrichissement injustifié au premier degré.

Dans la pratique, la démarche de l'enquêteur serait de recenser les personnes suspectes de détenir les biens provenant d'un agent public mis en cause et identifier celles qui se sont enrichies sans justification apparente. Il procèdera au bilan de fortune et dans le cas où un gap serait mis en évidence, il tentera de faire apparaître si la provenance est l'agent public. C'est ici qu'entre en jeu l'exemption de poursuite qui servira en tant qu'issue de secours et faciliter à l'enquêteur de parvenir à l'agent public. On constate bien ici que la cible de la protection est sans équivoque la fonction publique.

ii. Le caractère continu

Les infractions de corruption et assimilées sont des délits objet d'une prescription triennale et cela tend à rendre la tâche des enquêteurs ardue dans les affaires complexes. L'établissement des faits se prolongent facilement au delà des trois ans et les actes interruptifs ou suspensifs de la prescription sont souvent nocifs à la bonne conduite des investigations. Alors souvent, il ne reste possible à poursuivre que la détention des biens et la complicité de celle-ci. C'est là toute la pertinence du terme illicite employé par le législateur puisque, contrairement au cas de recel, l'illicéité des biens persiste, donc l'enrichissement illicite, même si l'infraction d'origine est prescrite. La prescription court dans ce cas à partir du moment où la personne détentrice a mis fin à la détention. Cette caractéristique permettra aussi de poursuivre sur le fondement de l'enrichissement illicite, l'agent public n'ayant plus la qualité, de par la cessation de fonction ou de la disparition de l'état, mais qui reste toujours en détention des biens mal acquis.

¹²⁵⁰ Punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans.

S'occupant aussi des biens, l'article 183.1 permet d'aller au-delà des biens identifiés comme provenant de l'infraction d'origine puisque l'alinéa in fine accorde au juge le pouvoir de confisquer jusqu'à concurrence de la préjudice subie. La question qui surgit consiste à savoir la victime du préjudice et le montant en jeu. Il est patent que lorsqu'on parle de réparation de préjudice on bascule vers le terrain des intérêts civils dont la particularité est que le mode de preuve est régi par les règles en matière de droit civil. Cela voudrait-il signifier qu'il appartient à celui qui demande réparation de prouver le préjudice subi ou, au contraire, si le juge peut d'office prononcer la confiscation ? Il se trouve que c'est l'Etat lui-même qui se trouve en première ligne des victimes potentielles et qu'il ne lui est pas difficile d'apporter la preuve de ses préjudices. Toutefois, c'est sur l'initiative que pourrait venir l'inefficience de la mesure si l'on sait que dans ce pays l'Etat, en tant que personne morale, se produit très rarement comme partie civile dans une affaire pénale. Il appartiendrait alors au Ministère public d'informer le service habilité à représenter l'Etat dans la procédure en cas d'une poursuite en matière d'enrichissement illicite. Une autre solution, qui nécessite cependant une réforme au niveau des textes, consisterait à admettre des entités autonomes, comme les associations ou organisations de lutte contre la corruption, à se porter partie civile afin d'en être le récipiendaire.

Enfin, être reconnu coupable d'enrichissement injustifié est sévèrement puni par le législateur, soit d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary à 200 millions de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary. En effet, l'infraction est punie au même titre que le défaut de déclaration de patrimoine mais elle reste plus sévère que les infractions qui pourraient être à son origine comme l'abus de fonction.

3- l'abus de fonctions¹²⁵¹

Si l'on considère la corruption seulement comme l'abus d'une charge publique à des fins privées, il est tentant de dire que l'abus de fonction apparaît comme une incrimination attrape-tout pour les agents publics. Ce qui signifie contre tout comportement abusif intéressé de leur part portant atteinte aux devoirs et obligations inhérentes à la fonction publique. A titre d'exemple, la source la plus fréquente de corruption dans le processus de la gestion des dépenses publiques serait l'abus d'un pouvoir discrétionnaire. Ce dernier étant un pouvoir de décision ou choix accordé à un agent public pour exécuter un devoir officiel¹²⁵². Quelques considérations d'ordre général permettront une meilleure précision de l'incrimination.

a. Considérations générales

L'incrimination reçoit d'autres appellations comme l'abus de position pour d'avantages indus et, en effet, elle est une forme plus envahissante de corruption, pouvant se manifester sous diverses formes. Ainsi, dans la région de l'Asie pacifique

¹²⁵¹ « Sera puni de trois mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, en accomplissant ou en s'abstenant d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois et règlements afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité. Sera punie des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

¹²⁵² http://www.transparency.org/iacc/8th_iacc/papers/garamfalvi/garamfalvi.html#abuse

par exemple, l'adoption de nouvelles lois et de nouvelles technologies ouvre de nouvelles opportunités pour les agents de police corrompus à abuser de leur autorité et pouvoir. Ces abus peuvent aller au-delà des simples manipulations des preuves et s'étendent même jusqu'à la protection de criminels en vue de les soustraire des enquêtes et poursuites¹²⁵³. La Banque Européenne d'Investissement, quant à elle, définit la corruption et la fraude comme un abus de fonctions publiques ou privées à des fins d'enrichissement personnel, à savoir tout comportement qui permet à des personnes, agissant de manière illicite et illégitime, de s'enrichir ou d'enrichir ceux qui leur sont proches ou encore d'inciter d'autres personnes à agir de la sorte, en faisant un usage abusif de leur position.¹²⁵⁴

La notion est cependant à distinguer d'autres types d'abus fréquemment rencontrés que ce soit dans la fonction publique que dans la vie de tous les jours du citoyen. On entend souvent parler de l'abus d'autorité qui se rencontre lorsque le détenteur d'un pouvoir sur autrui, de droit ou de fait, en use pour pousser celui qui lui doit obéissance à commettre une infraction ou pour le contraindre à supporter une atteinte à sa dignité ou à ses droits. L'autorité d'une personne privée, telle un père ou une mère, des maîtres..., exerce sur d'autres personnes, joue plusieurs rôles en droit pénal français, notamment en matière de complicité et comme circonstances aggravantes. On retrouve aussi cette préoccupation dans le droit malagasy¹²⁵⁵ et entraîne des conséquences sérieuses en matière de responsabilité¹²⁵⁶. En droit pénal, la notion recouvre plusieurs incriminations du CP classifiées dans la même section que les infractions de corruption en son paragraphe 5. Elles sont regroupées dans deux classes dont la première est exercée au dépend des particuliers et la seconde dirigée contre la chose publique.

L'autre abus qui se rencontre aussi souvent est l'abus de pouvoir qui consisterait à outrepasser les limites des pouvoirs conférés ou détourner ceux-ci de leurs destinations. En droit français, il s'apparente par définition à l'abus de fonction et regroupe les notions d'abus de biens sociaux, corruption, favoritisme, népotisme et trafic d'influence. Il serait le fait par celui qui use du pouvoir, non dans la recherche du bien commun ou de l'intérêt général, mais dans l'intérêt de lui-même ou de ses mandataires, et qui commet ainsi une faute au regard de la morale. Cette faute constitue, tantôt un délit pénal, tantôt un mode d'imputation de l'infraction¹²⁵⁷. L'abus de pouvoir est aussi réprimé par le droit pénal malgache mais uniquement en matière d'élections publiques lorsque, assorti de violence, il est utilisé dans le but d'influencer ou de modifier le choix d'un ou plusieurs citoyens¹²⁵⁸. Ces abus sont punis par le droit

¹²⁵³ ADB OECD Anti-Corruption Initiative for Asia-Pacific, *Progress in the Fight against Corruption in Asia and the Pacific*, Proceedings of the ADB OECD Conference on Combating Corruption, held in Seoul in 2000, 2001, p.85; <http://www1.oecd.org/daf/ASIAcom/proceed2000.htm#dl>

¹²⁵⁴ http://www.eib.org/Attachments/thematic/fraud_fr.pdf

¹²⁵⁵ CP Article 60 –« Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ; Article 334 bis - (Loi n°98-024 du 25.01.99) La peine sera d'un emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de vingt millions à cent millions de francs dans le cas où : 2° Le délit a été accompagné de contrainte, d'abus d'autorité ou de dol ; ». On retrouve une disposition similaire en droit pénal canadien s'agissant d'une incitation à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir (obtention of consent to sexual activity) C. cr.; 273.1(2)(c)

¹²⁵⁶ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_a/lettre_a_abus.htm

¹²⁵⁷ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_a/lettre_a_abus.htm

¹²⁵⁸ article 134 du Code électoral : « Ceux qui auront usé de contrainte ou d'abus de pouvoir assortis de violence seront punis de cinq à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 500.000 à 5.000.000 FMG sans préjudice de l'application des peines plus fortes prévues par la loi. »

pénal afin de préserver et la crédibilité de certaines fonctions ou autorités publiques et quelques composants des droits humains.

La pénalisation de l'abus de fonction, distincte de deux autres abus qui viennent d'être mentionnés, serait en quelque sorte une nouveauté en droit pénal interne des pays de traditions juridiques françaises. Dans cette communauté, la notion se rencontre surtout dans le droit civil et se rapproche plus de la notion de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service en droit administratif. Le concept d'abus de fonctions a été défini en droit québécois comme toute faute commise par le préposé alors qu'il exerce sa fonction d'une manière différente que celle qui lui a été assignée mais qui reste dans la poursuite d'une activité qui bénéficie à son commettant¹²⁵⁹. En droit civil français, la notion nécessite trois critères pour être constituée: il faut que le préposé ait agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions¹²⁶⁰.

En réalité, en tant qu'incrimination pénale, la notion recouvre des comportements bien circonscrits qui, comme l'analyse le montrera, ne couvriraient qu'une partie des comportements corruptifs, vu sous l'angle des personnes visées et du comportement répréhensible. Elle n'est pas tout à fait nouvelle en droit international puisque en 1996 la Convention Interaméricaine contre la corruption recommande aux Etats parties d'incriminer la réalisation, par un fonctionnaire ou par toute personne qui exerce une fonction publique, de tout acte ou omission dans l'exercice de sa fonction afin d'obtenir des bénéfices de façon illicite pour lui-même ou pour un tiers¹²⁶¹. Avec une certaine nuance, la même notion d'abus de fonction a été reprise par la Convention des Nations Unies contre la corruption qui l'a placée au rang des dispositions facultatives¹²⁶² contrairement à la position dure prise par la Convention de l'Union Africaine en la matière¹²⁶³.

Avant ces traités internationaux, des droits pénaux étrangers connaissaient déjà cette incrimination. A titre d'exemple et avec de légères nuances, le Code criminel canadien incrimine l'abus de fonction ou prévarication et ce qui suppose la largesse de l'incrimination¹²⁶⁴. Une formulation plus élaborée est rencontrée dans la nouvelle loi de l'île Maurice de 2002 sur la prévention de la corruption. Ce texte punit lourdement l'usage par un fonctionnaire public de son poste pour des avantages personnels et pose une présomption d'un tel abus lorsque celui-ci a pris une décision ayant procuré des intérêts pour lui-même ou ses proches¹²⁶⁵.

¹²⁵⁹ Masse C., *L'abus des fonctions dans la relation préposé-commettant en droit civil québécois*, 1978, 19 C. de D. 595, 604. <http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2002/2002qcca10326.html>

¹²⁶⁰ Arrêt de l'Assemblée plénière du 19 mars 1988, Bull. Civ., Ass. Plen., n°5

¹²⁶¹ Inter-american convention against corruption, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>

¹²⁶² Convention des NU, article 19, Abus de fonctions : « Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, au fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est -à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité. »

¹²⁶³ Convention UA article 4, (c) « l'accomplissement ou l'omission, par un agent public ou toute autre personne, d'un acte dans l'exercice de ses fonctions, aux fins d'obtenir des avantages illicites pour lui-même ou pour un tiers; »

¹²⁶⁴ breach of duty or malfeasance in office (by an employee of the Government of Canada) C. cr.; 723(2)(a)(ii)

¹²⁶⁵ Maurice, The prevention of corruption act 2002, Act No. 5 of 2002, 7- "(1) Subject to subsection (3), any public official who makes use of his office or position for a gratification for himself or another person shall commit an offence and shall, on conviction, be liable to penal servitude for a term not exceeding 10 years. (2) For the purposes of subsection (1), a public official shall be presumed, until the contrary is proved, to have made use

Ce qui précède ne facilite portant pas la distinction des autres actes de corruption avec la notion d'abus de fonction qui semble les englober. En outre, son incrimination varie considérablement selon les pays, si l'on se réfère seulement aux nombreuses propositions nationales pendant les travaux préparatoires de l'article 24 de la Convention de Mérida¹²⁶⁶. Par souci d'économie et de précision, une incrimination devrait prévoir la répression d'un comportement bien précis en vertu du principe de légalité des infractions. Et c'est sans doute une des raisons pour laquelle le législateur malagasy a opté pour une définition plus restrictive et précise, ayant pour conséquence de distinguer clairement l'abus de fonction des autres infractions de corruption.

b. Définition restrictive

La restriction est obtenue au niveau de la qualité du prévenu et de l'acte délictueux.

i. Restriction en raison de la qualité du prévenu

Les personnes susceptibles de commettre un abus de fonction devraient avoir la qualité d'agent public. Cette qualité a déjà fait l'objet d'un développement assez détaillé ci-dessus, qu'il y a lieu de focaliser l'analyse sur les raisons et les conséquences d'une telle restriction. Le questionnement se situe dans la même logique que celui posé lors du précédent développement sur les cadeaux illicites et il mérite encore d'être soulevé, vu la vulnérabilité des autres acteurs non publics. Dans

of his office or position for a gratification where he has taken any decision or action in relation to any matter in which he, or a relative or associate of his, has a direct or indirect interest.

(3) This section shall not apply to a public official who:

(a) holds office in a public body as a representative of a body corporate which holds shares or interests in that public body; and

(b) acts in that capacity in the interest of that body corporate.

27 February 2002, Legal Supplement, to the Government Gazette of Mauritius No. 34 of 25 March, 2002 ou <http://www.icac.mu/download/PCA%202002.pdf>

¹²⁶⁶ Comité spécial chargé de négocier une convention contre la corruption, Première session Vienne, 21 janvier-1er février 2002, Point 4 de l'ordre du jour provisoire. Examen du projet de Convention des Nations Unies contre la corruption ; http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_1/261_3_p2_f.pdf Article 24

Abus de fonction

Variante 1 Texte repris de la proposition du Mexique (A/AC.261/IPM/13).

Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait, pour un agent public, un fonctionnaire international ou une personne qui exerce des fonctions publiques, d'abuser de sa fonction ou d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte quelconque dans l'exercice de ses fonctions afin d'obtenir illicitement des avantages pour lui-même ou elle-même ou pour un tiers.

Variante 2 Texte repris de la proposition de la Colombie (A/AC.261/IPM/14).

Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes de corruption suivants, lorsqu'ils ont été commis intentionnellement:

a) Le fait, pour un agent public, de prendre une décision, d'émettre une résolution ou un avis manifestement contraires à la loi et de s'abstenir ou refuser d'accomplir un acte relevant de ses fonctions, ou de l'ajourner;

b) Le fait, pour un agent public, d'abuser de son mandat ou de sa fonction en assumant des fonctions publiques autres que celles qui lui incombent en vertu de la loi.

Variante 3 Texte repris de la proposition de la Turquie (A/AC.261/IPM/22).

Chaque État Partie adopte les mesures législatives, administratives et autres nécessaires pour incriminer, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, le fait, pour un agent public, de solliciter ou d'accepter un avantage en donnant à entendre que, directement ou indirectement, il accomplira un acte qui n'entre pas dans ses attributions ou qu'il n'est pas autorisé à accomplir ou s'abstiendra d'un acte qu'il est tenu d'accomplir.

une société où le droit prime, il est important que tout abus reçoive sanction et ce sans distinction de l'auteur. C'est ainsi que le droit ne tolère pas même un abus de droit¹²⁶⁷. En effet, l'abus part d'une personne titulaire soit d'un privilège soit d'un pouvoir au sens large et ces attributs se rencontrent aussi bien dans la fonction publique que dans la sphère non étatique. L'on se demanderait alors sur les raisons qui ont amené le législateur à limiter la répression à l'abus de fonction commis par les agents publics, laissant les détenteurs de privilèges ou pouvoirs privés susceptibles de commettre un abus similaire hors du champ répressif.

Il n'est pas difficile de trouver d'exemples d'abus équivalent dans le secteur privé, tellement les cas abondent notamment en matière sociale et en matière de sociétés. La grande différence résiderait sans doute dans l'appréciation de l'acquisition d'avantages indus pour l'agent privé ou pour autrui. Il va sans dire que le but de toute opération économique privée est essentiellement la recherche de profit personnel, mais en réalité cela ne tient debout que pour les dirigeants. Les employés et mandataires n'étant que délégués de pouvoir de ces derniers sont censés n'en tirer que des avantages consentis par eux.

Pour les dirigeants, l'infraction d'abus de biens sociaux existe pour des comportements similaires et l'incrimination a été utilisée fréquemment par les juges d'instruction française, notamment pour des cas de corruption impliquant des agents publics. La question paraît ensuite se poser pour les associés, étant donné qu'ils sont maintenant inclus dans le cercle des incriminables concernant la corruption dans le secteur privé. Ces derniers peuvent également commettre des agissements qualifiables d'abus de fonction lorsqu'ils sont en position, de droit ou de fait, d'exercer leur pouvoir en matière de gestion de leurs intérêts. Seuls seraient relativement hors d'atteinte les propriétaires non pourvus de pouvoir d'administration, comme les actionnaires non membres des organes dirigeants et les associés non gérants.

De toute évidence, un abus de fonction commis par les salariés ne se distinguerait pas de celui commis par un agent public, au regard ni de la moralité ni de la conséquence. La comparaison devient particulièrement pertinente lorsque l'agent privé est chargé d'une mission de service public, une catégorie que l'article 179.1 a pourtant épargné. Tout au plus, un abus de fonction de la part des salariés ne constituerait qu'une faute disciplinaire, comme le fait par exemple pour un chauffeur d'utiliser un véhicule de service pour transporter des membres de sa famille ou pour des intérêts personnels.

Aussi, après ces brèves excursions, conviendrait-il de rappeler que les justiciables de l'abus de fonction sont uniquement les agents publics. Il s'agit de tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif, par exemple un fonctionnaire ou un salarié des services. Cette discrimination confirme encore la vision d'un standard élevé de normes de comportement attendu des agents publics. Cette distinction ne vaut que pour l'auteur principal de l'infraction puisque dans le cas d'une intermédiation, toute personne, quelque soit sa qualité, est susceptible d'être visée¹²⁶⁸.

Quoi qu'il en soit, la définition de l'agissement délictueux restreint encore plus la portée de l'incrimination.

¹²⁶⁷

¹²⁶⁸ Article 179.1 al 2

ii. Restriction en raison des actes délictueux

L'agent public ne se mettra pas sous le coup de la présente incrimination s'il ne satisfait pas à quelques conditions préalables. Avant tout, il faut que l'agent ait une fonction ou un poste bien déterminés. Par définition, une fonction serait une activité mise en oeuvre par une personne dans la pratique de son métier, de sa profession, de son emploi, de sa charge ou de ses attributions, ces derniers constituant le poste. En toute logique, tout agent public devrait avoir au moins une poste, selon la définition qu'on vient de voir, sinon il serait dans une position autre que l'activité ou en position irrégulière. Toutefois, par les temps qui courent et pour des raisons politiques, des fonctionnaires ne reçoivent pas d'attributions précises et restent pendant des années en position de « flottement », selon le jargon utilisé dans l'administration. Théoriquement, ces personnes en flottement ne pourraient pas être l'auteur d'un abus de fonction qu'elles n'ont pas en réalité. Par ailleurs, concernant l'agent, il faut qu'il soit dans l'exercice de ses fonctions c'est-à-dire qu'il ne soit pas en tout cas hors du cadre de la fonction et que les actes sur lesquels il sera apprécié ne puissent pas être détachés de la fonction.

En ce qui concerne maintenant le comportement reproché, s'agissant d'abus, il consiste en premier lieu en une utilisation de mauvaise foi de la fonction ou du poste dans un intérêt contraire aux devoirs et obligations qui en découlent. Théoriquement, toute attribution ou mission de la fonction publique appelle une activité ou un comportement de la part de l'attributaire dans le but de satisfaire un intérêt général, puisqu'il s'agit de service public en général. C'est ainsi par exemple qu'un magistrat commet un abus lorsque ses activités de juge ou de magistrat du ministère public vont à l'encontre de l'intérêt de la justice et qu'il les a fait en toute connaissance de cause.

Les activités professionnelles d'un agent public sont en principe inscrites dans un cadre normatif bien défini et sont précisées souvent soit par des termes de références soit par un manuel de procédure ou d'opérations. Ainsi, l'abus se distinguerait de la simple faute professionnelle en ce sens que cette dernière consisterait tout simplement en la violation des normes professionnelles sans pour autant avoir des visées autres que l'intérêt général, en d'autres termes un manquement aux règles de la fonction. L'abus ne serait ainsi caractérisé que dans la mesure où ces manquements sont un moyen de servir d'autres intérêts autres que celles de la fonction, supposés être à la suite de l'intérêt général. Dans d'autres professions particulières, l'agent est en outre régi par des normes de conduite professionnelle qui prescrivent ce qu'il doit ou ne doit pas faire. Bien que ces règles aient toujours une finalité, un intérêt à servir ou à protéger, la simple non-conformité à ces devoirs et obligations ne suffirait pas à constituer un abus. Il faudrait que la non-conformité serve par exemple des intérêts privés. Prenant toujours le cas du magistrat, celui-ci ne commettrait pas un abus s'il est en manquement à l'obligation de réserve que lui imposent ses fonctions sans avoir l'intention d'avantager une cause ou autrui¹²⁶⁹, ce qui constitue tout au plus une faute professionnelle. Par contre, l'emphasis faite par l'article 18 du code de déontologie des magistrats semble vouloir dire que l'abus de fonction peut être commis pour favoriser ou non des intérêts autres que ceux personnels, ceux des membres de sa famille ou des relations¹²⁷⁰. Dans tous

¹²⁶⁹ Article 16 al.2 du Décret n°2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats

¹²⁷⁰ Article 18 - Le magistrat ne doit pas abuser de sa fonction pour favoriser ses intérêts personnels, ceux des membres de sa famille ou de ses relations. Décret n°2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats

les cas, il faudrait différencier l'abus qui semble requérir une intention plus intense que le simple manquement à un devoir professionnel, quand bien même l'abus peut constituer une faute grave dans l'exercice de la fonction.

Un abus ne tomberait cependant pas sous le coup de la présente incrimination que si l'acte satisfait simultanément aux deux critères précédents. Qu'en même temps, l'acte soit en violation des règles positives et soit mis en œuvre en dehors de la finalité de la mission. Reprenant toujours l'exemple du magistrat, ce dernier ne commettrait un abus de fonction que si l'acte est en violation des dispositions juridiques régissant ses fonctions ou sa profession et qu'en outre il est intenté pour des intérêts autres que de la justice.

Il convient de mentionner la grande différence entre le droit malagasy et ceux des autres pays, comme l'île Maurice, qui sont plus conformes à la définition donnée par la Convention des Nations Unies. Effectivement, pour ces législations, la violation ou non des lois et règlements importerait peu, il suffit que l'acte de la fonction tend vers un avantage privé indu. Ce qui d'une part rend le champ de la répression plus large mais d'autre part pourrait susciter d'autres difficultés d'application. Il se pourrait en effet que l'acte sert simultanément un intérêt privé et sa finalité légitime sans qu'il soit illicite. Des coïncidences de ce genre existent et sont courantes dans la vie professionnelle d'un agent public normal. Certes, le cas est prévu par les dispositions concernant les conflits d'intérêts mais dans ce cas en droit malgache, la simple déclaration à l'autorité suffirait à écarter l'infraction. Alors, dans cette dernière hypothèse, dans le cas de l'incrimination onusienne, l'agent public serait toujours en abus de fonction ou de position.

Encore plus sévère, faut-il le rappeler et pour contourner sans doute cette difficulté pratique, la loi mauricienne pose une présomption de culpabilité de l'agent si l'intérêt privé concerne un membre de sa famille¹²⁷¹. Cette différence de traitement met en relief la dissimilitude de perception sur le standard en matière de conflit d'intérêt, les pays de tradition juridique orale étant plus stricts et intolérants. L'exemple de la confusion d'intérêts servis ci-dessus ne serait punissable en droit malagasy que si l'acte incriminé entre en violation des lois et règlements qu'il faudra aussi mettre en évidence. Faute de précision de l'incrimination, les lois et règlements ne concernent pas uniquement ceux qui régissent la fonction ou le poste mais le droit positif en général, autrement son efficacité sera largement entamée.

Le champ de l'incrimination semble cependant se rétrécir davantage lorsqu'on considère les intérêts servis par l'acte abusif. En effet, selon les termes de l'article 179.1 alinéa 1 du CP, il s'agit d'avantages indus pour le prévenu ou pour une autre personne ou entité. Une autre difficulté pourrait surgir dans la compréhension de la notion d'entité. En effet, une conception extensive considérant comme entité tout groupement humain ayant une existence de fait élargirait considérablement le champ de la répression et mettrait en surabondance l'autre précision attenante « personne » (physique ou morale). En conséquence, un acte abusif qui servirait un intérêt pour une cause même ne permettant de distinguer les personnes bénéficiaires de l'avantage indu serait constitutif d'un abus de fonction, puisqu'en fin de circuit l'acte devrait toujours avoir un bénéficiaire. En tout état de cause, l'agent fautif en servant une cause bénéficie ipso facto lui-même de l'acte abusif au moins du point de vue intellectuel, l'avantage indu pouvant être bien entendu immatériel.

¹²⁷¹ Article 7-2°, The Prevention Of Corruption Act 2002, Act No. 5 of 2002, legal supplement of the *Government Gazette of Mauritius*, No. 34, 25 March, 2002

L'exemple typique d'un abus de fonction est l'utilisation hors destination et pour des intérêts personnels des biens de l'Administration mis à disposition en vertu de la fonction ou du poste. Ce serait le cas cité fréquemment l'utilisation d'un véhicule de fonction, mise à la disposition d'une autorité publique ou d'un élu public, comme voiture de location ou de transport en commun lucratif. Ce serait aussi le cas d'un magistrat de parquet qui abuse de sa qualité pour obtenir des gendarmes, qui avaient relevé qu'il circulait sur autoroute à une vitesse excessive au volant d'une voiture ayant des pneumatiques lisses, de ne pas lui dresser procès-verbal. Il ne faudrait pas perdre de vue que l'abstention abusive peut aussi dans les conditions vues précédemment constituer un abus de fonction. Ce serait le cas d'un policier réglementant la circulation et qui laisse passer le véhicule d'une connaissance ou d'un proche parent en violation des règles de circulation.

Enfin, l'abus ne serait pas répréhensible sans l'élément intentionnel qui dans l'incrimination étudiée nécessite un dol général et un dol spécial. Le premier consiste en la connaissance du caractère abusif de l'acte mais avec la volonté de l'effectuer malgré tout. La seconde tient à la volonté d'atteindre un but précis qu'est l'avantage privé indu.

Sur la sanction, la même remarque faite à propos du favoritisme est encore de mise, compte tenu de la position de l'incrimination par rapport à la valeur protégée. Celle-ci, considérée comme une barrière immédiate, nécessiterait une sévérité exemplaire. A titre de comparaison, sur la peine principale, l'abus de bien sociaux dans la sphère privée est plus sévèrement punissable, soit d'une amende de vingt cinq millions ou cinq millions ariary à deux cent millions de Fmg ou quarante millions ariary et de deux mois à deux ans d'emprisonnement ou de l'une de ces deux peines seulement¹²⁷², que l'abus de fonction l'est, soit d'une amende de 500.000 de fmg ou 1 hetsy ariary à 5.000.000 de fmg ou 1 tapitrisa ariary et de trois mois à un an d'emprisonnement, ou de l'une de ces deux peines seulement.

Afin de favoriser l'effectivité ces différentes améliorations substantielles apportées au droit pénal, notamment sur le plan des incriminations, le législateur a également prévu des mesures d'accompagnement.

SECTION 2- MESURES D'ACCOMPAGNEMENT RENFORCEES

L'effectivité des normes substantielles étant en grande partie assurée par la qualité des normes procédurales et par la capacité des organes d'application, la facilitation des tâches de ces derniers figurait aussi parmi les soucis du législateur. Outre quelques améliorations sur le plan de droit pénal général, des incriminations de soutien aux investigations et poursuites ont aussi été créées.

¹²⁷² Article 931 de la loi n° 2003-036 sur les Sociétés Commerciales du 30 janvier 2004: « Seront punis d'une amende de vingt cinq (25) millions ou cinq millions ariary à deux cent (200) millions de FMG ou quarante millions ariary et de deux mois à deux ans d'emprisonnement ou de l'une de ces deux peines seulement, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement. »

A. INCRIMINATIONS DE SOUTIEN

Une meilleure qualité de la réponse pénale est recherchée par le biais de deux nouvelles incriminations : la dénonciation abusive et le bris de confidentialité.

I. DE LA DENONCIATION ABUSIVE

N'étant apparemment une nouveauté que de par son appellation, l'infraction mérite certaines précisions pour sa meilleure appréciation par rapport à une incrimination voisine, la dénonciation calomnieuse.

1- Généralités

Abusive ou non, dénoncer autrui à l'autorité semble en général être un acte non socialement encouragée et peut dans certaines situations nuire à l'image de dénonciateur. L'intolérance des actes de corruption, une finalité de la lutte contre ce fléau, peut rester lettre morte au cas où l'ensemble des citoyens se trouve encore retenu par les liens de cette barrière sociale. Un éclaircissement sur les fondements de l'acte permettra sans doute de dissiper certaines appréhensions.

a. Fondements

On a pu dire que la délation est un comportement aussi vieux que la vie en société¹²⁷³, et la société malagasy n'échappe pas à cet attribut. La délation est aussi appelée dénonciation lorsqu'il s'agit d'un acte par lequel un citoyen porte une infraction à la connaissance de l'autorité compétente. Elle prend le nom de plainte lorsqu'elle émane de la personne lésée par un crime, un délit ou une contravention, ou d'une personne légalement habilitée à prendre fait et cause pour la victime¹²⁷⁴. Historiquement, le fait de porter une accusation sans fondement contre les grands du royaume constituait une atteinte grave à l'équité du temps d'Andrianampoinimerina et puni de la peine capitale¹²⁷⁵. Dans la pratique actuelle de la lutte contre la corruption à Madagascar, les deux types de délation sont englobés par le terme générique « doléance ».

Le comportement fort utile souvent risque toutefois de déstabiliser l'ordre public s'il n'est pas bien encadré, pouvant porter atteinte à certaines valeurs juridiques et sociétales. En effet, la dénonciation s'accompagne presque toujours d'une atteinte à l'honneur et à la considération en ce que la personne dénoncée, aussi présumée innocente soit-elle, porte déjà une étiquette qu'elle risque de trimbaler pour le restant de son existence sociale. C'est ce qui justifie la présence du dernier alinéa de l'article 373.1 qui permet au tribunal d'ordonner en outre l'insertion du jugement, intégralement ou par extrait, dans un ou plusieurs journaux, et aux frais du condamné, réparant ainsi le préjudice causé par l'atteinte de la personnalité.

Dans certains cas, la dénonciation sape aussi l'autorité de justice¹²⁷⁶ dans la mesure où elle peut induire celle-ci dans l'injustice, portant ainsi atteinte à sa

¹²⁷³ Gattegus P., *Droit pénal spécial*, cours Dalloz, 2^e éd., 1997, p.133

¹²⁷⁴ Blondet M., *Dénonciation et plainte*, *Recueil pénal*, Dalloz, 1968, p.1

¹²⁷⁵ Callet R.P., *op. cit.*, p.97 à 100

¹²⁷⁶ Gattegus P., *op. cit.*, p.133

crédibilité qui est source principale de l'autorité¹²⁷⁷. Cette valeur paraît être prépondérante aux yeux du législateur, vu la lourdeur de la peine encourue analysée plus bas. La prohibition de la dénonciation abusive concourt à l'effectivité de la lutte contre la corruption, donc de la préservation de la valeur intégrité. C'est pourquoi la dénonciation calomnieuse, apparaissant ainsi comme un délit complexe¹²⁷⁸, a été constamment réprimée sévèrement par le droit pénal. Elle a néanmoins été classifiée dans la catégorie des infractions contre les personnes et portant tout particulièrement atteinte à la personnalité.

Ceci étant, la dénonciation est cependant recherchée lorsqu'il s'agit maintenant d'établir l'existence et la matérialité des faits susceptibles de constituer une infraction. En raison de la menace de sanction pesant sur la tête du criminel ou du délinquant, les actes répréhensibles sont presque toujours perpétrés hors de la connaissance des autorités de la justice afin de pouvoir se soustraire des poursuites. En effet, il est difficile pour ces dernières de faire appliquer la loi équitablement sans l'aide des personnes qui ont eu connaissance du crime, soit en tant que témoin soit en tant que victime. La contribution de ces derniers dans l'œuvre de la justice pénale est ainsi incontournable mais elle n'est pas souvent acquise, notamment en raison d'un certain désintérêt ou d'une crainte de représailles.

Pour y pallier, la loi a instauré une obligation générale de dénonciation sauf exception déterminée par la loi¹²⁷⁹ et dans certains cas l'a assorti de sanctions lourdes. C'est ainsi que l'article 62 du CP réprime celui qui, ayant connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé, n'aura pas averti aussitôt les autorités administratives ou judiciaires, alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou limiter les effets ou qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation pourrait prévenir. L'exception à cette disposition concerne les parents ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des auteurs ou complices du crime ou de la tentative sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans.

Certaines catégories de personnes sont aussi assujetties par le code de procédure pénale de dénoncer les crimes et délits qu'ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession. L'article 161 de ce code oblige toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Cette obligation, dont la violation n'est pas expressément réprimée, s'étend à toute personne lorsqu'elle a été témoin d'un crime ou d'un délit contre la sûreté publique ou contre la vie ou la propriété d'autrui.

Dans des cas spécifiques, la dénonciation n'est pas une obligation mais une forte incitation de la loi qui lève logiquement les interdictions inhérentes au secret professionnel. Elle intéresse non seulement des professionnels de santé : les médecins, chirurgiens ainsi que les pharmaciens, les sages femmes mais également toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, comme les autorités confessionnelles¹²⁸⁰, notamment en matière d'avortement. C'est aussi une des mesures prises pour essayer de

¹²⁷⁷ En droit français, ces agissements caractérisent aussi les éléments légaux du délit d'outrage prévu par l'Article 224 C.pén., qui impliquent la conscience chez son auteur qu'il porte atteinte à l'autorité des agents de la force publique en les exposant à d'inutiles recherches ; Cass. crim. 29 mai 1985 (Bull. crim. n° 203 p.518)

¹²⁷⁸ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_d/lettre_d_denonciation.htm

¹²⁷⁹ Article 434.1 CP obligation de dénoncer le crime et non le criminel

¹²⁸⁰ Article 378 du CP (Ord. 60-161 du 03.10.60)

faciliter les enquêtes en matière de blanchiment. Dans ce cas, la loi y afférente exempt de poursuite pour violation du secret professionnel les dirigeants ou préposés des organismes limitativement énumérés dans la même loi¹²⁸¹, même si les enquêtes ou décisions judiciaires ultérieures révèlent que la déclaration qu'ils ont effectuée de bonne foi était sans fondement. A Madagascar, les pratiques policières ou judiciaires qui consistent à récompenser pécuniairement les dénonciateurs ne sont pas encore courantes, contrairement à ce qui est usuellement effectués aux Etats-Unis¹²⁸². Cependant, la loi n'interdit expressément pas une telle pratique qui était utilisée fructueusement lors de la recherche du meurtrier d'une volontaire américaine¹²⁸³ et tout récemment pour la recherche d'un Général de l'Armée ayant tenté un coup de force pour renverser le régime actuel¹²⁸⁴.

Dans la lutte contre la corruption, la dénonciation revêt, outre l'intérêt de la poursuite pénale, une importance particulière du fait qu'elle entre dans la forme de participation citoyenne que l'on s'efforce d'acquérir pour un changement de comportement généralisé. C'est ainsi que les campagnes anti-corrupcions comprennent nécessairement des programmes de protection de dénonciateurs et de témoins sans lesquels certains types de corruption ne parviendraient qu'accidentellement à la connaissance des autorités de justice. La Convention des Nations Unies recommande aux Etats parties d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à elle¹²⁸⁵. Certains pays, notamment anglophones, ont adopté des lois organisant la protection des dénonciateurs ou informateurs appelés *whistleblower* ou déclencheur d'alerte dans les organismes privés ou étatiques.

A Madagascar, la loi anti-corruption a consacré quatre articles pour la protection des dénonciateurs et témoins, qui vont dans le sens de l'anonymat et autres mesures anti-représailles¹²⁸⁶. Les fondements de cette protection légale, qui ne diffèrent pas de ceux de la dénonciation calomnieuse, sont la protection de la personnalité et de l'autorité de la justice. C'est principalement pour toutes ces raisons ci-dessus que la loi de 2004-030 dans son volet application de la loi a prévu l'incrimination de

¹²⁸¹ Les personnes qui dans l'exercice de leur profession réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, les établissements bancaires et financiers publics et privés, les services de la poste, les sociétés d'assurances, les mutuelles, les sociétés de bourse et les commerçants changeurs manuels sont tenus d'avertir l'autorité judiciaire compétents dès lors qu'il leur apparaît que des sommes, ou des opérations portant sur ces sommes, sont susceptibles de provenir d'infractions prévues aux articles 95 à 97, 100 et 101, même si l'opération pour laquelle il était impossible de surseoir à l'exécution a déjà été réalisée

¹²⁸² Plusieurs auteurs ont signalé l'importance de cette incitation pécuniaire, notamment Bentham dans sa Théorie des récompenses), qui a écrit : « *Aucune loi ne peut être exécutée, à moins que les infractions ne soient dénoncées : la fonction du dénonciateur est donc aussi nécessaire que celle de juge. Dans un État où chaque citoyen ferait son devoir, quiconque aurait la preuve d'un crime en deviendrait le dénonciateur. Ce devoir est malheureusement un de ceux auxquels on est le plus disposé à se soustraire. Les uns s'y refusent par une pitié mal entendue pour le coupable, les autres parce qu'ils désapprouvent quelque partie de la loi, d'autres par la peur de se faire des ennemis, plusieurs par indolence, presque tous par des occupations qu'ils ne peuvent interrompre sans perte. On a donc été réduit, au moins dans plusieurs États, à offrir aux dénonciateurs un attrait pécuniaire.* »

¹²⁸³ Affaire Sombila, <http://home.wxs.nl/~gulbi000/madagascar/praemie.txt>;

¹²⁸⁴ Iloniaina A., Arrestation : Le général Randrianafidisoa dénoncé par un indicateur, *L'Express de Madagascar*, n° 3862, 22-11-2007

¹²⁸⁵ Article 33 Protection des personnes qui communiquent des informations

¹²⁸⁶ Articles 32 à 35 de la loi 2004-030

dénonciation abusive. Ce qui mériterait d'être retenu est qu'il ne faudrait pas que l'incrimination freine la participation des citoyens.

b. Obstacle à la participation citoyenne

La lutte contre la corruption consiste finalement en un changement de comportement généralisé tendant vers le respect de la valeur intégrité. Cela nécessite, dans un premier temps, la mobilisation des citoyens convaincus de la nécessité d'éradiquer le mal à ne plus tolérer les actes de corruption dont ils sont témoins ou victimes. Un moyen de leur permettre d'exprimer cette intolérance est de les inciter à dénoncer les acteurs de corruption et comportements assimilés aux autorités compétentes. Il convient à cet effet de leur faciliter la tâche qui semble des plus téméraires dans le contexte actuel de généralisation de la corruption. Les actions qui vont dans ce sens consisteraient en leur faire comprendre les comportements répréhensibles et les recours dont ils disposent pour les dénoncer.

Cela fait partie d'un des volets de la stratégie nationale de lutte contre la corruption qui s'occupe de l'éducation. En effet, les résultats obtenus lors des premières campagnes de sensibilisation ont montré une forte volonté des gens à s'acquitter de ce devoir citoyen. A titre d'illustration, le CSLCC dès le lendemain de la nomination de sa Présidente, se trouvait littéralement assailli par des personnes désirant porter des doléances qu'elles considèrent relatives à la corruption. Jusqu'à la mise en place du BIANCO, chargé des investigations, en octobre 2004 le Conseil a reçu mensuellement en moyenne 50 doléances. Plus tard, avec une campagne réussie de lancement du nouveau Bureau, les premières statistiques concernant les doléances dépassaient toutes les prévisions¹²⁸⁷.

Le risque en mettant systématiquement en œuvre la présente incrimination est de refroidir cette ardeur et porter ainsi un coup fatal à la participation des citoyens dans le processus de stigmatisation des phénomènes de corruption. Si, à première vue, la mesure semble aller à l'encontre de la stratégie de protection de dénonciateurs et des témoins, à vrai dire une bonne application ne serait pas susceptible d'avoir des effets pervers. Cependant, on n'apprend rien à personne en disant que la lutte contre la corruption est aussi une lutte contre des personnes fûtées et des habitudes lucratives, dont il ne faudrait surtout pas négliger la capacité de manœuvre. Des incohérences ou des insuffisances dans la communication relative à cette incrimination pourraient ainsi entraîner la démobilisation générale et *a fortiori* des poursuites intempestives.

Il faudra ainsi faire comprendre qu'un des objectifs visés par la présente incrimination est d'avoir des doléances de qualité et non de viser les plaignants de bonne foi. Les statistiques du BIANCO montre clairement que le taux d'aboutissement des investigations est meilleur en cas de doléances découvertes qu'en cas de celles anonymes¹²⁸⁸. Cela vient probablement du fait que les personnes qui osent s'identifier en dénonçant ont une certaine certitude des faits qu'elles désirent obtenir une suite de la part des autorités de poursuite. Déjà, les investigateurs disposent un interlocuteur déterminé qui leur facilitera la tâche de mener à bien leur démarche de découverte des faits incriminés, ce qui n'est pas le cas en situation d'anonymat.

¹²⁸⁷ http://www.bianco-mg.org/files/sous_rubrique/fr/statistiques.doc

¹²⁸⁸ *Id.*

Il est cependant évident que seuls les auteurs de doléances qui ont déclinés leurs identités sont susceptibles d'être poursuivis de dénonciation abusive. Dans ce cas, la source primaire des renseignements reste les archives du BIANCO et, dans certaines mesures, le dossier judiciaire en cas de transmission au parquet aux fins des poursuites. Il s'ensuit que l'effet pervers de l'application de l'incrimination de dénonciation abusive dépend de la politique adoptée par le Bureau face à ces renseignements puisque la loi permet à son Directeur Général de garder l'anonymat d'un dénonciateur sauf demande du tribunal dans des cas précis.

Si le Bureau se permettrait de satisfaire à une demande de la victime d'une fausse dénonciation sollicitant la communication de l'identité de l'auteur de sa dénonciation fautive ou inexacte, il est clair que les dénonciations non anonymes vont diminuer considérablement. Cela va entraîner une diminution de l'efficacité opérationnelle des investigateurs, donc de la crédibilité du Bureau. Ces derniers vont alors devoir déployer des efforts considérables en matière de renseignements pour rendre exploitables les doléances anonymes restantes. Ainsi, il est de l'intérêt du Bureau de ne communiquer les renseignements pouvant amener à découvrir l'identité des dénonciateurs que lorsqu'il se trouve légalement contraint. En effet, la loi a précisé les cas de divulgation par un témoin sans pour autant les rendre contraignante pour le Bureau. La divulgation n'est d'abord possible qu'après autorisation du tribunal et seulement après une investigation complète d'une affaire judiciaire pendant laquelle il ressort que les déclarations du dénonciateur sont fausses ou ne reflètent pas la vérité. Ensuite, elle peut être requise lorsque le juge ne peut se prononcer sans que l'identité du dénonciateur ou de l'informateur ne soit révélée.

Il est par ailleurs confirmé que la lutte anti-corruption peut constituer un enjeu politique et que les organes anti-corruption pourraient, à leur insu, servir pour éliminer les adversaires politiques. En outre, autant dans le monde des affaires que dans le milieu administratif, l'arme anti-corruption est souvent utilisée pour détruire un concurrent sur le même marché ou pour un poste. La manœuvre consisterait à nuire à l'honneur et la réputation du concurrent par sa dénonciation aux organes d'enquête et de poursuite.

L'adage « trop d'informations tue l'information » se trouverait enfin applicable en matière d'investigation anti-corruption. Compte tenu de leur capacité de traitement et de discernement, une manière de saper les actions des organes d'investigations anti-corruption comme le BIANCO est de les noyer de plainte et d'informations. L'objectif serait de faire en sorte qu'ils s'enlisent et mettront du temps pour répondre aux bonnes et urgentes doléances.

Ces cas de figure ne sont pas l'apanage de la société malagasy puisque les expériences en lutte contre la corruption par ailleurs ont montré des instrumentalisation de la lutte contre la corruption. Sans prétendre confirmer ou avaliser les reportages journalistiques, la lutte contre la corruption, notamment son volet répressif, devient suspecte lorsque les grosses prises s'effectuent presque toujours dans le giron de l'opposition politique et dans des rares cas contre les alliés devenus indésirables¹²⁸⁹. L'enjeu est extrêmement important du fait que c'est la crédibilité du mouvement anti-corruption qui se trouve remise en question. Il conviendrait par conséquent de maîtriser au mieux l'usage de cette incrimination qui se démarque légèrement de la dénonciation calomnieuse.

¹²⁸⁹ Il semblerait que c'est le cas du Népal, voir <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/02/international-brief-nepal-supreme.php>

2- Différences avec la dénonciation calomnieuse

Placée à la suite de l'article 373, la dénonciation abusive semble n'être qu'une variante spécifique de la dénonciation calomnieuse dont il convient parfois de rappeler les contours afin de mettre en exergue les traits spécifiques de la première. A l'analyse, la dénonciation abusive ne se diffère de la dénonciation calomnieuse¹²⁹⁰, outre son fondement spécifique qu'on vient de voir, que de son champ d'application (sur son contenu) et de la sévérité de la peine encourue. En donnant une définition au comportement répréhensible, le législateur a entendu marquer la nuance avec la dénonciation calomnieuse.

a. Sur le contenu de la dénonciation

La dénonciation consisterait d'une manière générale à porter une information sur une infraction à la connaissance d'une autorité dans le but de déclencher une enquête ou une poursuite contre une personne déterminée, pas nécessairement par une victime. En doctrine française, adoptant la conception délictuelle du contenu, la dénonciation calomnieuse a pu être définie comme le fait de porter à la connaissance d'une autorité intéressée, un fait quelconque mais répréhensible. Elle subordonnerait ainsi l'existence du délit à la circonstance que le fait dénoncé soit de nature à exposer la victime de la dénonciation à des sanctions, de quelque nature qu'elles soient : pénales ou disciplinaires¹²⁹¹. Plus tard, la dénonciation calomnieuse a été définie d'une façon large, en y incluant comme objet de l'imputation un fait dont le calomniateur connaît la fausseté. Ce fait ne consiste nécessairement pas en une infraction pénale mais que le destinataire de l'information peut en tirer des conséquences défavorables pour le dénoncé¹²⁹².

En tout cas, il est limpide que la loi ne punit pas ici la simple calomnie qui serait une forme de dénigrement consistant à porter délibérément des accusations mensongères contre quelqu'un pour jeter sur lui le discrédit, pour porter atteinte à sa réputation¹²⁹³. La dénonciation d'un fait rigoureusement exact n'est pas punissable et le délit n'est caractérisé que si les faits dénoncés étaient jugés calomnieux¹²⁹⁴. L'article 373.1 qualifie plus restrictivement d'abusives la dénonciation sur la base de faits inexistantes ou ne constituant pas des cas de corruption ou d'infractions assimilées. Deux situations peuvent caractériser cette dénonciation qui ne fait aucune distinction quant aux personnes visées.

¹²⁹⁰ Article 373 CPM - Quiconque aura, par quelque moyen que ce soit, fait une dénonciation calomnieuse contre un ou plusieurs individus aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, ou à toute autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, ou encore aux supérieurs hiérarchiques ou aux employeurs du dénoncé, sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 25 000 francs à 750 000 francs.

Le tribunal pourra en outre ordonner l'insertion du jugement, intégralement ou par extrait, dans un ou plusieurs journaux, et aux frais du condamné. Si le fait dénoncé est susceptible de sanction pénale ou disciplinaire, les poursuites pourront être engagées en vertu du présent article soit après jugement ou arrêt d'acquiescement ou de relaxe, soit après ordonnance ou arrêt de non-lieu, soit après classement de la dénonciation par le magistrat, fonctionnaire, autorité supérieure ou employeur compétent pour lui donner la suite qu'elle était susceptible de comporter. La juridiction saisie en vertu du présent article sera tenue de surseoir à statuer si des poursuites concernant le fait dénoncé sont pendantes.

¹²⁹¹ Vassogne J. et Bernard C., dénonciation calomnieuse, *Recueil Pénal*, Dalloz, 1968, p. 3

¹²⁹² Rasset M-L., *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, 1997, p.386

¹²⁹³ <http://www.termium.gc.ca/guides/juridi/files/517.html>

¹²⁹⁴ Vassogne J. et Bernard C., *op. cit.*, p.3

En premier lieu, la dénonciation abusive ne concerne que les infractions de corruption et comportements assimilés. Il s'agirait de punir le fait de révéler à une tierce personne¹²⁹⁵ en qualifiant de corruption ou assimilée des faits inventés ou qui ne le sont pas, par déguisement. Ainsi, l'incrimination n'est pas utilisable lorsqu'il s'agit de porter à la connaissance de l'autorité compétente des infractions autres que celles qualifiées de corruption ou assimilées. On rappellera que sont assimilées à la corruption les infractions portant atteinte à l'intégrité et qui sont énumérées dans la section pertinente du code pénal et dans des lois particulières vues précédemment¹²⁹⁶.

Littéralement, l'article 373.1 paraît ainsi punir la dénonciation d'une autre infraction déguisée en corruption et assimilées. Sans discernement, on pourrait aboutir à une situation insolite d'une poursuite simultanée ou consécutive et du dénonciateur des faits déguisés en corruption et du dénoncé pour l'infraction déguisée. Il appartiendra alors au poursuivant de faire la part des choses en se basant sur l'élément moral et les mobiles de la dénonciation. Dans ce cas de déguisement, la constitution de l'infraction exige de la part du dénonciateur une certaine connaissance de l'anatomie de la corruption et infractions assimilées, autrement l'élément moral semble faire défaut. Cela suppose au préalable que le prévenu est en mesure de distinguer les faits de corruption des autres infractions, notamment ceux qui sont voisines. Ce qui constituerait une tâche ardue de la part de l'autorité poursuivante qui devrait prouver une capacité intellectuelle extraordinaire du prévenu en matière pénale.

A l'analyse, en dehors du contexte de corruption, le contenu de la dénonciation reste toujours une calomnie¹²⁹⁷. Cette dernière notion n'est pas précisée par le code mais elle a donné lieu à une importante construction de la jurisprudence française ancienne. Il s'agit de faits faux¹²⁹⁸, d'une vérité déformée, dénaturée, ou présentée sous des apparences mensongères, en y ajoutant des circonstances inexacts de nature à faire croire qu'il est punissable¹²⁹⁹ ou en omettant sciemment de révéler certains détails de nature à faire disparaître le caractère fautif des faits dénoncés¹³⁰⁰. Elle peut tout simplement prendre la forme de délit imaginaire qui n'existe que dans le mental de son auteur¹³⁰¹.

Utilement, on peut ensuite préciser que rien d'autres sur leurs caractéristiques ne semble distinguer les deux types de dénonciation. L'article 373.1 n'apportant plus d'autres précisions, on serait amené de déduire que la recherche des autres éléments pouvant caractériser l'infraction renvoie logiquement à l'incrimination de base, la

¹²⁹⁵ Rassat M-L., *Id.*

¹²⁹⁶ Voir supra pp. 174 et ss.

¹²⁹⁷ La notion n'est plus reprise par la nouvelle rédaction de la loi française qui se rapproche ainsi de la définition de la dénonciation abusive, sauf le contenu lié à la corruption. Elle fait la distinction entre les faits totalement faux et qui ressortissent donc à une pure imagination malveillante et les faits partiellement inexacts ou déformés.

¹²⁹⁸ crim, 17 juil. 1922. D.P. 1922.1.174 ; 18 déc. 1924. D.H. 1925.25

¹²⁹⁹ crim, 24 juil. 1952, préc.

¹³⁰⁰ Vassogne J. et Bernard C., *op. cit.*, p. 4

¹³⁰¹ Selon Malibert (Juris-classeur Article 434-26) un fait peut être mensonger dans une de ses composantes (par exemple son auteur) mais n'en avoir par moins une existence, alors que le fait imaginaire est sans réalité aucune. Certes, tout fait imaginaire est mensonger, mais un fait mensonger peut ne pas être imaginaire. Selon un exemple Télétexte du 26 juillet 2004, le Tribunal correctionnel de Paris a condamné Marie Leblanc à 4 mois de prison avec sursis pour dénonciation de délit imaginaire. Elle avait affirmé avoir été agressée avec son bébé par six jeunes qui la croyaient juive ; ce qui avait provoqué une vague d'indignation par toute la France. Elle avait ensuite avoué avoir tout inventé.

dénonciation calomnieuse. Il en serait ainsi sur les destinataires de la dénonciation, la constatation de la fausseté de l'information, la poursuite de l'infraction qui contient une exception préjudicielle et la publicité du jugement. La jurisprudence sur la dénonciation calomnieuse mériterait aussi d'être considérée sur les autres caractéristiques non précisées par l'article d'incrimination. On y consultera avec intérêt les questions sur la forme de la dénonciation¹³⁰², la victime de la dénonciation¹³⁰³, l'instant de consommation de l'infraction¹³⁰⁴, la spontanéité de la démarche de révélation qui suscita une vive réaction d'une partie la doctrine¹³⁰⁵.

L'article d'incrimination par contre a précisé l'élément intentionnel qui se caractérise par le fait de savoir que ce qu'on dénonce est totalement ou partiellement inexact. Il écarte ainsi l'intention de nuire qui ne pourrait pas suffire à caractériser la mauvaise foi: connaissance de la fausseté du fait dénoncé¹³⁰⁶. La simple témérité ou légèreté ne suffit pas non plus à constituer l'infraction. Il convient enfin de noter que la législation française en la matière a évolué¹³⁰⁷ en intégrant la plupart des points jurisprudentiels ci-dessus¹³⁰⁸.

b. Sur la sévérité de la peine

L'article 373.1 punit la dénonciation abusive de emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary. Sur ce point, la dénonciation abusive ne paraît pas être plus grave que celle dite calomnieuse sauf en ce qui concerne le volet pécuniaire. Ayant considéré néanmoins la première plus grave pour les raisons ci-dessus, le législateur a apporté par un amendement au projet de loi initiale¹³⁰⁹ une possibilité d'aggravation en permettant au juge de porter la peine d'emprisonnement au double, sans avoir toutefois précisé les circonstances qui pourraient la motiver.

Etant considérée que la différence essentielle qui démarque la dénonciation abusive de la dénonciation calomnieuse reste la nature des infractions faussement imputées et qu'il est plus grave d'avoir commis la première infraction, le législateur semble affirmer ici l'importance des valeurs protégées par elle, soit l'intégrité. Toutefois, au regard de la personnalité, la dénonciation abusive apporterait ainsi des préjudices plus graves et mériterait ainsi une réparation plus conséquente. A regarder de près, cet argument ne paraît guère convaincante car dans une société où la corruption et infractions assimilées sont des comportements qui se rencontrent quotidiennement voire généralisés, on ne saurait admettre qu'être faussement traité

¹³⁰² Qui ne serait ni une réclamation (crim, 18/12/1924, *DH*, 1925.25) ni une demande d'information (crim., 04/06/1971, *D*, 1971, somm.156).Le mode de révélation est indifférente depuis 1943 du moment que son auteur est identifiable est prouvée (difficulté de la protection de dénonciateur)

Il importe peu que l'écrit ne soit ni rédigé ni signé de l'auteur de la dénonciation si le document n'a été établi que sur ses instructions par le mandataire légal ne jouant un rôle purement matériel (crim, 25/04/79 B.148).Le fait à l'inverse d'avoir reçu d'un supérieur hiérarchique des ordres pour effectuer la dénonciation ne vaut pas fait justificatif à l'égard de celui qui a bien pris une part personnel dans celle-ci (crim, 25/04/1989, B.338)

¹³⁰³ crim, 17 sept 1846, D.P.49.1.593; crime, 8 août 1835, préc ; 21 mai 1841, S.41.1.889

¹³⁰⁴ Le délit de dénonciation calomnieuse n'est consommé que lorsque l'écrit calomniateur parvient à son destinataire (crim. 13/05/1943, BA, 1944, somm.2) supérieur hiérarchique, employeur, détenteurs pouvoir judiciaire. Rassat M-L., *op. cit.*, p.389

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p.392

¹³⁰⁶ Crime, 13/01/1944 CP 1944.1.115

¹³⁰⁷ Article 226-10 du nouveau CPF

¹³⁰⁸ Malibert P., *op. cit.*, p.3

¹³⁰⁹ Commission Juridique, *Procès-verbal du 28-09-2004*, Sénat Malgache

de corrompu puisse nuire qu'être faussement qualifié de crime infamante, par exemple de pédophile. Il apparaît clairement ici que la valeur principale protégée en est autre et on y place volontairement l'effectivité de l'application de la loi.

Sans précision des circonstances aggravantes par le législateur, l'appréciation souveraine a été ainsi laissée au juge qui pourrait cependant avoir quelques hésitations face à la sévérité de l'aggravation. L'infraction doit ainsi être traitée suivant la procédure de grand correctionnel, punissable en tel cas d'un à dix ans d'emprisonnement. L'on se demanderait dans quelles circonstances le juge en prononçant la peine peut aller au-delà des 5 ans d'emprisonnement. En attendant éventuellement les précisions utiles de la jurisprudence, il serait sans doute judicieux de se tourner vers les causes d'aggravation qui permettent un dédoublement de la peine d'emprisonnement en passant du simple au double.

En effet, en droit pénal malagasy comme en droit français, seules les circonstances aggravantes permettent le dépassement du maximum normalement applicable¹³¹⁰. La doctrine française a opéré à une classification qui distingue d'une part les circonstances aggravantes subjectives qui sont personnelles au prévenu et, d'autre part, celles dites objectives ou réelles qui tiennent à son acte ; les deux pouvant être combinées en donnant les circonstances aggravantes mixtes. L'aggravation prévue par l'article 373.1 ne pourrait pas suivre cette classification puisque on n'y rencontre aucune précision ni sur les actes ni sur la personne du prévenu. La piste pourrait être indiquée par une deuxième classification qui distingue les circonstances spéciales et les circonstances générales. La première, englobant les circonstances précisées dans les termes de l'incrimination, comporte celles qui sont vues précédemment. Il ne reste alors à pouvoir être exploitées que les circonstances aggravantes constituées principalement par la commission d'une pluralité d'infractions par le prévenu.

Techniquement, la pluralité d'infractions met en présence trois situations bien distinctes : la réitération d'infractions, le concours réel d'infractions et la récidive. Si les deux premières situations peuvent avoir une incidence sur la gravité de la peine prononcée, notamment le non bénéfice du sursis, elles ne permettraient pas en droit malagasy, dans tous les cas, constituer une cause réelle d'aggravation de peines, c'est-à-dire dépasser le maximum normalement prévu par le texte incriminateur. La récidive, quant à elle, peut aisément être tenue comme circonstance générale permettant au juge de dépasser le maximum et aller jusqu'à prononcer son double. Ce sont les cas par exemple des articles 335 et 427 du code pénal mais qui ne posent pas de problèmes parce que le législateur apporte une précision suffisante.

Dans le cas de la dénonciation abusive, le juge reste libre mais pour une bonne administration de la justice fondée sur l'équité du procès, il lui est demandé une motivation précisant le dépassement du maximum et en l'occurrence, les conditions de réalisation de la récidive, notamment le caractère définitif de la première condamnation et le délai de sujétion. Il suffirait dans ce cas de suivre les règles générales prévues par le code pénal pour savoir le type de récidive applicable, lequel indiquera les quantum de la peine aggravée. A ce titre, sauf les infractions énumérées par l'article 58 du CP et excluant également pour le premier terme les infractions militaires ou maritimes¹³¹¹, seule la récidive spéciale permet le dépassement du maximum et aller jusqu'au double de celle-ci¹³¹². Dans tous les cas,

¹³¹⁰ Bouloc B., *op. cit.*, p.521

¹³¹¹ Article 57 CP - (Ord. 62-013 du 10.08.62)

¹³¹² Article 56 alinéas 3, 4 et 5 du CP

le juge reste évidemment souverain dans la détermination de la peine appropriée au cas qui lui est soumis.

Des difficultés d'ordre pratique pourraient toutefois entraver l'application de la récidive, comme le refus du délinquant de livrer son identité et la non connaissance de ses antécédents judiciaires¹³¹³. A Madagascar, l'acuité de la seconde difficulté est ressentie d'une manière générale dans toutes les juridictions. Elle est due non seulement à l'ineffectivité de la mise à jour des casiers judiciaires mais aussi sur le retard de l'acheminement de bulletins du lieu de naissance à l'autorité judiciaire requérante. Le problème est tel que l'on rencontre rarement une aggravation de peines pour cause de récidive dans les jugements et arrêts pénaux.

Pour conclure, la sévérité des peines encourues en matière de dénonciation abusive ne doit pas freiner les bonnes volontés mais dissuader les délateurs de mauvaise foi. Concernant une certaine catégorie de personnes, même la révélation des informations authentiques doit être bien encadrée pour donner plus d'effectivité à l'application de la loi anti-corruption.

II. REVELATION D'INFORMATION CONFIDENTIELLE

Constamment, l'effectivité des normes pénales anti-corruptions semble avoir été au centre des préoccupations du législateur pendant la réforme. Elle ne saurait être concevable que lorsque la poursuite serait aussi effective en ne laissant pas une grande probabilité d'impunité au délinquant. Une telle poursuite se baserait sur des investigations policières ou judiciaires efficaces permettant d'avoir connaissance (d'être informé) et constater les infractions et leurs auteurs ainsi que d'en rapporter les indices et preuves appropriés. Pour cela, il est évident qu'il faut surtout préserver la confidentialité des informations recueillies, notamment lors des investigations. Se prolonge dans cette optique également la protection de la personnalité des personnes mises en cause, lesquelles bénéficient par-dessus tout de la présomption d'innocence.

Ce sont les raisons qui ont sans doute poussé le législateur à prévoir des incriminations permettant de réprimer les individus dont les comportements portent atteintes à la confidentialité et à la personnalité, par la protection du secret. Les dispositions de l'article 31 de la loi 2004-030 concernent en premier lieu les agents du BIANCO mais atteignent en second lieu d'autres personnes. Elles sont ainsi différemment sanctionnées.

1- L'encadrement du personnel de BIANCO

Le personnel du Bureau est tenu à une discrétion plus rigoureuse dont le contenu mérite d'être éclairci. L'effectivité de la mesure dépendra grandement de la compréhension par le personnel de la nature des informations sensibles.

a. Une restriction rigoureuse

La restriction concernant le personnel ou les anciens membres du BIANCO au regard de la confidentialité et du secret est relative à deux catégories d'informations : le fonctionnement interne et les investigations menées par le Bureau.

¹³¹³ Pradel J., *op. cit.*, p.705 et s.

Il est tout à fait normal que le personnel d'une organisation, qu'elle soit publique ou privée, soit assujéti à une obligation de réserve ou de discrétion au regard de certaines informations sensibles y afférentes. C'est ainsi que tout fonctionnaire est lié par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les documents, les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions¹³¹⁴. Dans le secteur privé, il est par exemple interdit à tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, de communiquer ou tenter de communiquer à des étrangers ou à des malgaches résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique où il est employé¹³¹⁵. Au même titre, nombreuses professions connaissent une telle obligation dont la violation relève principalement du droit disciplinaire. Dans certains cas, la violation est renvoyée au pénal en vue de l'application des peines prévues par l'article 378 du CP¹³¹⁶. Néanmoins, il n'existe presque pas d'encadrement pénal particulier comme le cas du personnel du BIANCO. Il est alors permis de se demander pourquoi un tel traitement particulier ? Est-ce en regard avec le statut du personnel ou l'encadrement particulier que le législateur réserve à l'intégrité ?

S'agissant du personnel du Bureau, les membres n'ont pas de qualité particulière au regard de la loi justifiant une telle restriction exorbitante. Et même son Directeur Général n'a pas la qualité d'officier de police judiciaire mais est seulement doté des pouvoirs dévolus à ces derniers¹³¹⁷. En effet, les restrictions concernant la confidentialité des informations détenues sont souvent imposées, sauf le cas du secret de l'information judiciaire, aux personnes membres de professions particulièrement sensibles, dits confidents naturels, détenant des informations d'ordre strictement privé ou relatives à la sécurité nationale. L'encadrement pénal de ces professionnels de confiance est prévu par l'article 378 du Code pénal, dont on peut citer par exemple le cas des professionnels de la santé¹³¹⁸, et par des lois particulières qui renvoient pour la sanction au même article.

¹³¹⁴ Ordonnance n° 93-019 du 30 avril 1993, Portant statut général des fonctionnaires, (*J.O* n°2180 du 05.05.93 p.891) ratifiée, Par délibération n° 93-02 HAE du 01.07.93 (*J.O* n° 2196 du 19.07.93 p.1746)

¹³¹⁵ Article 418 du CP

¹³¹⁶ Loi n° 96-026 portant statut général autonome des personnels de la police nationale Article 12. ; Ordonnance n°60-010 du 23 mars 1960 réglementant la profession d'agent d'affaires (*J.O* n°95 du 16.04.60 p. 715, rtl iv) modifiée par ordonnance n°62.058 du 24 septembre 1962 (*J.O* n° 246 du 5.10.62 p.2170) Article 15 ; Loi n° 67-024 du 23 novembre 1967 réorganisant l'ordre des avocats (*J.O* N° 566 du 2. 12. 67 p.1941 ; errata : *J.O* N° 569 du 23.12.67 p. 2076) Article 33 et Article 50 ; Ordonnance n° 92-047 du 5 novembre 1992 relative à l'organisation des professions d'expert comptable et financier et de comptable agréé et à la restructuration de l'ordre groupant les membres de ces professions (*J.O* n° du 14 .12.92 p. 2790) complétée par la loi n° 96-019 du 4 septembre 1996 (*J.O* n° du 23.09.96 p. 2060) Article 45 et Article 73 ; Ordonnance n° 92-018 du 8 juillet 1992 relative à la HCC. (*J.O* n° 2128 du 16.07.92 p. 1078) Article 21 ; Ordonnance n° 2001-005 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative au Conseil Supérieur de la Magistrature (*J.O* N° 2747 e.s. du 19.11.2001, p. 3090) Article 9

¹³¹⁷ Contrairement au cas de la plupart des OPJ qui, dans le système pénal malagasy, le sont de par leur grade au sein de leur corps dans le système pénal malagasy

¹³¹⁸ Article 378 - (Ord. 60-161 du 03.10.60) Les médecins, chirurgiens ainsi que les pharmaciens, les sages femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 25 000 à 150 000 francs.

Toutefois les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elle demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine.

La prévision particulière par la loi anti-corruption confirme donc que le cas étudié sort du champ d'application de l'article 378 du CP et qu'elle le punit très lourdement, sans commune mesure avec un comportement analogue. Cette rigueur ne saurait ainsi s'expliquer uniquement par la particularité du statut du personnel, mais a en toute logique un fondement sur la valeur principale protégée par la loi qu'est l'intégrité. En effet, s'agissant de professionnels chargés légalement de protéger cette valeur, il leur est demandé de se tenir à un standard plus élevé en la matière. Pratiquement, il s'agit de sécuriser au maximum les informations pouvant mettre en danger l'efficacité du Bureau afin de lui préserver la confiance et la crédibilité nécessaire pour avoir une meilleure adhésion du public dans la lutte contre la corruption.

Concernant maintenant les investigations, le titre IV du code pénal aurait pu normalement s'appliquer aux agents du BIANCO, notamment les enquêteurs, mais encore une fois le législateur a voulu réserver un traitement particulièrement plus sévère. En effet, les articles 353 à 355 du code ont posé une prévention sur quelques situations sensibles. Elle concerne notamment tout document provenant d'une perquisition, toute information relative à des constitutions initiales de partie civile devant un juge d'instruction, les actes d'accusation et tous autres actes de procédure en matière criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique. Seulement, en ce qui concerne le secret de la procédure d'enquête préliminaire auquel s'assimilent les investigations du Bureau, l'article 353 renvoie encore une fois à l'article 378 du CP sur les conditions et les peines et renseigne plus concernant les informations classées secrets¹³¹⁹.

Tout d'abord et en principe, le secret couvre toute la procédure sauf les exceptions légales¹³²⁰ et lie toute personne qui y participe dans l'exercice de ses fonctions. Seraient ainsi placés sous le sceau du secret, non seulement tous les éléments du dossier mais aussi tout renseignement que les participants à la procédure est amené à connaître pendant la gestion de l'affaire, notamment pendant la perquisition en ce qui concerne les documents. Les participants à la procédure sont logiquement les enquêteurs ainsi que les autorités de poursuite et de jugement. Ils comprennent, en outre, les professionnels qui aident ces autorités à établir la réalité des faits : les experts et leurs collaborateurs des autorités ci-dessus.

En réalité, il loi ne punit que la divulgation à une personne non habilitée à avoir connaissance des informations secrètes. Cette restriction peut également inclure les témoins, la partie civile et les personnes mises en cause dont la restriction se relâche au fur et à mesure de l'avancement de la procédure en vertu des droits de la défense. Les formes de la divulgation importent peu mais le législateur a tenu à spécifier la publication des informations concernant la constitution initiale de partie civile devant un juge d'instruction et des actes de la procédure en matière criminelle ou correctionnelle. Ce qui exclut donc la matière contraventionnelle qui ne nécessite pas *a priori* une information judiciaire.

Toutes ces précautions légales ont été jugées insuffisantes pour permettre au Bureau d'évoluer en toute sérénité et de garantir la confidentialité des investigations qu'il conduit. En effet, c'est l'efficacité de ces dernières qui nécessite avant tout une protection particulière, vu le caractère des infractions de corruption. Ce sont des infractions comme vu tout au long du développement qui laissent rarement des traces

¹³¹⁹ Autre cas spécifique d'obligation de secret en matière d'enquête est celle prévue par l'article 82 de la loi sur le contrôle des stupéfiants et qui dispose qu'il est interdit à toute personne de divulguer les secrets économique, industriel, commercial ou professionnel et les procédés commerciaux dont elle a eu connaissance à l'occasion d'une enquête et en raison de ses fonctions.

¹³²⁰ Voir supra, p.313

et dont la réunion des preuves est des plus laborieux. La moindre fuite d'informations sur une procédure menée peut anéantir les efforts de recherche et assure ainsi l'impunité des délinquants corrompus. La sévérité exceptionnelle de la peine encourue par un membre du Bureau en violation des secrets témoigne l'importance et la sensibilité accordée par le législateur à cette restriction.

Cette restriction s'applique également aux anciens membres du Bureau, c'est-à-dire qui ont définitivement cessé leur fonction et, au moment de la révélation, ne font plus partie du personnel en activité en son sein. La loi n'apportant aucune précision supplémentaire, l'obligation de confidentialité tient indéfiniment et concerne les informations classées confidentielles selon les précisions du manuel d'opération. La nature de la cessation de fonction importe peu, qu'elle soit par démission, par fin de contrat ou par révocation. Le code de conduite du personnel du Bureau ajoute une sujétion complémentaire aux agents qui quittent définitivement le Bureau en leur interdisant d'utiliser les informations acquises pendant leur service. Etant cependant un document d'ordre disciplinaire, l'on se demanderait de l'effectivité d'une telle disposition sur une personne déjà hors de l'organisation et dont le conseil de discipline n'aura plus de pouvoir, notamment en ce qui concerne les sanctions.

b. Les informations confidentielles et secrètes

Le fonctionnement interne du Bureau est régi par des dispositions de la loi 2004-30, du décret n° 2004-937 portant création du BIANCO auquel est annexé le Règlement Général du Personnel et du Manuel des opérations¹³²¹ prévu par ledit décret. L'expression en intitulé paraît très large et peut inclure n'importe quelle information sur les affaires internes et l'organisation du Bureau. La mise en œuvre de cette obligation de confidentialité nécessite des précisions pour être réaliste. Cela exigerait un effort inhumain de la part des employés et leur réserverait des surprises désagréables, sources d'insécurité.

Etant donné que les textes susvisés n'ont pas donné une quelconque indication sur les documents, faits et informations classés confidentiels ou secrets, il appartiendrait au Directeur Général de procéder à une classification. Il s'agit de donner une efficacité à la loi puisque seules les informations classées confidentielles et secrètes concernant le fonctionnement interne sont protégées par l'incrimination. Nonobstant, il faudrait se demander quels types d'informations devraient relever du confidentiel et du secret ? Le manuel d'opérations du Bureau¹³²², a défini une politique de confidentialité et de transparence qui met une différence quant à la nature des informations. Il est rappelé par le document que renforcer le soutien du public demande en premier lieu le renforcement de sa confiance et que les citoyens ont besoin de sentir la transparence pour être sûrs que le BIANCO opère avec efficacité et n'abuse pas de ses pouvoirs. En même temps, ils doivent pouvoir faire confiance au BIANCO sur la confidentialité des informations et la non révélation de leur identité, sauf leur consentement, et s'attendent et comprennent ainsi qu'une partie de son travail doit rester confidentielle.

Il y a certains aspects des opérations qui devraient être gardés confidentiels, au moins pour un moment et quelque fois indéfiniment. Il est ainsi permis au Bureau de communiquer des informations au public dans l'exercice de ses devoirs légaux en

¹³²¹ Article 36 - En application des dispositions des articles 22 à 35 de la loi n° 2004-030 du 9 septembre 2004 sur la lutte contre la corruption, le Directeur Général établit un manuel d'opérations constamment mis à jour.

¹³²² Article 3 du décret de 2004 portant création du BIANCO

matière de prévention, d'éducation et développement du soutien du public et de coopération avec d'autres organismes de lutte contre la corruption. Conformément au principe directeur du Bureau consigné dans le même document, cette ouverture et transparence doivent prévaloir sauf dans les cas où l'intérêt public requiert la confidentialité. En règle générale, le travail d'éducation et de développement du soutien du public n'est jamais confidentiel. Le travail de prévention contre la corruption est quelquefois confidentiel suivant les conditions requises par le département « client » à qui le conseil de prévention est dispensé. Le travail d'investigation sur les allégations et les suspicions de corruption doit toujours rester confidentiel.¹³²³

L'article étudié a cependant posé une exception à cette obligation de confidentialité qu'est l'obligation ou l'autorisation légale à se porter dénonciateurs. Les agents du BIANCO ou ses anciens membres sont des citoyens à qui sont adressés l'obligation de l'article 62 du CP de porter à la connaissance des autorités les crimes et délits dont ils sont amenés à connaître. Ce cas de figure entre en considération lorsqu'un agent serait par exemple au courant d'une violation de la loi sur le fonctionnement interne et les investigations menées par le Bureau. A ceux qui sont encore en activité s'adresse également l'obligation de l'article 161 du CPP étant donné que de par leur statut, le personnel du BIANCO est considéré comme des fonctionnaires. Ces deux cas, en cas de bonne foi de l'agent dénonciateur, devraient ainsi constituer des faits justificatifs neutralisant l'infraction de violation de la confidentialité qui s'étend aussi, dans sous un autre aspect, à tout le monde.

2- L'interdiction générale

Visant les mêmes objectifs d'efficacité des investigations et de la protection de la personnalité des mis en cause en matière de corruption, le législateur a pris une mesure générale de protection pénale de la confidentialité des investigations menées par le Bureau. Le droit malgache connaît déjà une telle interdiction qui se rencontre en matière de protection de la sécurité nationale. Les articles 76-1° et 81 du Code pénal ne réserve pas uniquement la sujétion aux seuls professionnels qui sont encadrés par les dispositions du code de justice du service national mais ils obligent tout citoyen à observer la confidentialité et le secret y afférents et énumérés par l'article 78 du même code.

D'emblée, le législateur a cependant prévu une limitation sur cette obligation générale de non révélation lorsque la personne sous enquête ou devant l'être est recherchée en vertu d'un mandat d'arrêt ou frappée d'interdiction de sortie du territoire. Une telle limite ressort de l'évidence dans la mesure où la publicité est déjà largement et légalement assurée en pareilles situations. D'une part, la publicité est déjà assurée par l'affichage du mandat au lieu de domicile du recherché et la diffusion du mandat aux unités de police judiciaire notamment sur les lieux susceptibles d'être fréquentés par lui. D'autre part, elle est effectuée par la diffusion de l'ordre d'interdiction de sortie du territoire aux unités de police de frontière. Ces ordres doivent selon la loi contenir l'identité complète de la personne recherchée et les faits dont ils sont poursuivis ou reprochés.

L'élément matériel de la présente incrimination porte sur deux comportements qui peuvent idéalement se cumuler. Il s'agit ici d'assurer la protection de l'intégrité d'une investigation et de la personnalité des personnes mises en cause.

¹³²³ CSLCC, *Manuel des Opérations du BIANCO*, partie générale, 2004, p.18

a. Protection de l'intégrité de l'investigation

L'acte délictueux consiste en la révélation de renseignement de toute nature susceptible de porter atteinte à l'intégrité d'une investigation conduite par le Bureau. Du coup, si les investigations sont menées par d'autres organes de police judiciaire, l'incrimination devient inapplicable. Dans ces cas, seuls les participants à la procédure peuvent être incriminés par l'article 378 du CP, laissant les autres intéressés, comme les témoins et les mis en cause, hors de portée. Ce qui ne serait pas le cas dans la présente incrimination, ne s'agissant pas d'une violation de secret professionnel mais de la protection de l'intégrité de l'information. Il serait ainsi possible de poursuivre les témoins et mis en cause et même d'autres personnes mises au parfum de l'existence d'une investigation particulière. La mesure n'est pas réservée pour la protection globale de la capacité opérationnelle du Bureau en matière d'investigation.

Il convient également de préciser la nature des renseignements pouvant porter atteinte à l'intégrité d'une investigation et pour pouvoir le faire, il faudra s'accorder sur la signification de l'expression « intégrité de l'investigation ». Prise au sens propre, l'expression pourrait vouloir dire l'état d'une investigation, du dossier, qui a tous ses éléments et qui n'a éprouvé une altération. En conséquence, les renseignements susceptibles d'y porter atteinte sont ceux qui, révélés à une personne non habilitée, dépouillent, privent ou altèrent l'investigation d'un de ses éléments. Ces derniers comprennent primordialement les personnes concernées, le plan de conduite de l'investigation et les pièces du dossier. En définitive, divulguer des renseignements pouvant porter atteinte à l'intégrité d'une investigation revient à handicaper l'épanouissement, la prospérité de celle-ci ou de sa conduite. Poussé à l'extrême, la mesure peut aboutir à la poursuite d'une personne mise en cause qui prévient une autre, également mise en cause ou qui pourrait prochainement l'être, en vue de permettre à cette dernière de faire disparaître les indices compromettants. Le juge pénal reste en tout cas souverain dans l'appréciation d'une révélation pouvant altérer une investigation et des personnes susceptibles d'être visées.

b. Protection de la personnalité

Sur ce point d'intérêt, l'incrimination paraît plus précise puisque aux termes du deuxième flèche de l'article 31 alinéa 2, le comportement délictueux consiste à révéler l'identité ou tous renseignements pouvant conduire à l'identification d'une personne faisant encore l'objet d'une enquête au sein du Bureau. Elle vise à protéger l'identité et participe à la protection du principe de présomption d'innocence de la personne mise en cause. La mesure ne concerne pas l'identité des autres personnes concernées par l'investigation tels les témoins et les participants. Toutefois, elle retient exclusivement celle des personnes soupçonnées et considérées comme telles dans le dossier.

La qualité de ces dernières sont aisément mise en évidence par la nature de leur audition et les garanties procédurales qui l'entourent. A la différence de l'audition d'un témoin, correctement appelée interrogatoire, celle d'un mis en cause est orientée vers l'imputabilité des faits poursuivis contre lui. Afin de garantir ses droits de défense dès sa première audition, il doit être averti de son droit de choisir un défenseur parmi les avocats inscrits au barreau de Madagascar ou un agent d'affaires ou toute personne de son choix sous réserve des dispositions légales en vigueur ; et mention

de l'accomplissement de cette formalité doit être faite au procès-verbal d'audition à peine de nullité de la procédure¹³²⁴. Seulement, cette formalité ne pouvait être connue que par les personnes ayant accès au dossier ou étaient présentes et il s'agit d'une révélation qui concerne une divulgation de secret ou de confidentialité. Dès lors, il n'y aurait que ces mêmes personnes qui deviendraient susceptibles d'être incriminé, une restriction de fait sur la portée de l'incrimination.

En tout état de cause, ni la forme de la révélation ni son récipiendaire importe peu sur la constitution de l'infraction. Cela amènerait à constater que cette incrimination ne serait qu'une forme de violation de secret professionnel mais qui concerne uniquement l'identité de la personne sous enquête de BIANCO. L'acte délictuel étant la révélation, il ne serait pas possible de retenir le récipiendaire de l'information classée dans les liens de la complicité en cas de transmission des renseignements. Evidemment, cela reste pourtant possible dans le cas où il a agit en toute connaissance de cause dans la facilitation de la révélation.

Par ailleurs, sans les précautions ci-dessus, cette incrimination peut se révéler dangereuse pour les media et porter ainsi atteinte à la liberté d'information. En principe, l'on ne pourrait incriminer pour cette révélation d'identité le rédacteur en chef ou le journaliste qui a écrit un article publié dans un journal que seulement dans le cas où il est amené à avoir pris connaissance de cette mise sous enquête soit par lui-même en tant que concerné par la procédure, soit par l'intermédiaire d'une source aussi concerné. Si un tel raisonnement serait admissible, on s'interrogerait sur le cas d'un journaliste qui, étant posté devant les locaux du BIANCO et ayant vu une personne accompagnée par les agents du Bureau, écrit par la suite un article permettant d'identifier cette personne et supposant ou même affirmant son état de mis en cause dans une enquête menée par BIANCO. Sans préjudice des autres conséquences en matière de délit de presse, il serait difficile de faire application du présent article à cette situation.

3- Peines différentes

Les deux incriminations de révélation, visant des catégories de personnes différentes, sont aussi différemment réprimées quant aux quantum des peines encourues. Malgré les mêmes objectifs, cette différence de gravité ne pourrait s'expliquer que par la particularité de statut des agents du BIANCO, lesquels rentrent dans la catégorie de personnes chargés d'appliquer la loi et de surcroît assermentées¹³²⁵.

Ainsi, le personnel et les anciens membres du BIANCO encourent en cas d'une révélation délictueuse une lourde peine d'emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 100 millions de Fmg ou 20 tapitrisa Ariary. Par contre, la violation de l'obligation générale par toute personne n'est sanctionnée que pratiquement de la moitié, soit d'une peine d'emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1 million de Fmg ou 2 hetsy Ariary à 20 millions de Fmg ou 4 tapitrisa Ariary.

¹³²⁴ Article 53 du CPP (Loi n° 97-036 du 30.10.1997)

¹³²⁵ Article 26 - A l'exception du Directeur Général et du Directeur Général Adjoint dont la prestation de serment est faite devant la Cour Suprême, tout membre du personnel du BIANCO, prête serment devant le TPI du premier lieu d'affectation selon la formule suivante :« *Mianiana aho fa hanatanteraka an-tsakany sy andavany araka ny lalàna ny andraikitra, hitandro lalandava ny fahamarinana, tsy hijery tavan'olona, hitana sy tsy hamboraka na oviana na oviana ny tsiambaratelon'ny asa ao amin'ny Birao, sy handala ny fahamendrehana takian'ny fahombiazan'ny ady atao amin'ny kolikoly.* »

B. LES AUTRES MESURES DU DROIT PENAL GENERAL

Le législateur, en cherchant à rendre plus effective le droit pénal anti-corruption, n'a pas encore totalement réussi à se départir du système de double standard donnant un statut spécial à certains titulaires de charge publique. Cette vision, traduite dans la construction des incriminations, se reflète également dans la mise en place de peines additionnelles devant rendre plus efficiente le traitement des prévenus. Ainsi, ces renforcements de la répression ont été orientés soit sur certaines infractions seulement soit à l'intention des personnes particulières.

I. LES INFRACTIONS RENFORCEES

Tout d'abord, la loi de 2004 a maintenu le renforcement des sanctions par l'usage des peines accessoires et complémentaires sur quelques infractions ayant déjà existé avant sa survenance. Etant en réalité des mesures de sûreté accompagnant la peine principale, la distinction, imaginée par la doctrine française du 18^e siècle, tend à ne plus être pertinente dans le droit pénal français depuis l'avènement de la loi de 1975¹³²⁶ et l'abandon par le nouveau Code pénal de la notion de sanction accessoire¹³²⁷. Elle trouve encore application dans le droit pénal malagasy et la différenciation donnée par l'article 180.1 la formalise encore plus.

1- Les peines accessoires

Par définition, cette catégorie de sanction suivant automatiquement la peine principale, ne nécessite pas d'être expressément prononcées par le juge pour être applicables¹³²⁸ et, ici elles interviennent sur deux niveaux. Sur un premier plan, elles concernent les infractions de corruption passive et de trafic d'influence concernant des militaires, régis par le statut général des de 1996¹³²⁹. Ils comprennent ainsi les militaires de carrière, militaires servant sous-contrat et militaires qui accomplissent le Service national, qu'il soient de l'Armée ou de la Gendarmerie¹³³⁰. Il ne s'agit que de la reprise adaptée de l'ancien article 180 alinéa 2 du CP, en ce sens que les infractions renforcées ont été modifiées et de même pour les dispositions du Code de Justice du service national remanié. L'ancienne disposition renvoyait pour ces mesures strictement militaires aux dispositions de l'article 254 du Code de justice militaire pour l'armée de terre ou de l'article 268 du Code de justice militaire pour l'armée de mer remplacées par celles de l'article 200 du CJSN, après le remplacement des deux premiers par ce dernier corpus. En tout état de cause, l'état d'officier¹³³¹ encourt, en addition, la destitution.

Sur un deuxième plan et sans expressément y faire référence, les mesures prévues par l'ordonnance n°72-024 du 18 septembre 1972 ont été conservées et concernent, en outre, la concussion et la tentative de celle-ci. Elles se distinguent au contraire par un net adoucissement de la sanction. En effet, si l'incapacité d'exercer

¹³²⁶ Pradel J., *op. cit.*, p.603 et s.

¹³²⁷ Bouloc B., *op. cit.*, p.450

¹³²⁸ Pradel J., *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 604

¹³²⁹ Loi n° 96-029 portant Statut général des Militaires, *CDROM 1000 textes*, dossier public

¹³³⁰ Article 3 de la loi n° 96-029

¹³³¹ Classification donnée par les articles 6 et 7 du statut général des militaires

aucune fonction publique encourue par les personnes visées par les articles 174 et 177 était à vie, les dispositions de remplacement équivalentes permettent actuellement une limitation dans le temps en fixant seulement un minimum de délai de deux ans, en dessous de laquelle le juge ne pourra pas descendre¹³³². L'appréciation étant laissée à la discrétion du juge, l'omission par ce dernier de le prononcer dans sa décision pourra faire surgir une difficulté d'application. Cette modification a été unanimement bien accueillie, étant donné la sévérité de l'ancienne sanction éliminant à jamais la personne coupable de la sphère publique et aussi sa contradiction avec le rôle amendeur du droit pénal. Ce qui n'est pourtant pas pour faciliter la promotion de l'intégrité de la fonction publique.

2- Les peines complémentaires

Sur ce point, les modifications ont abouti, d'un côté, à la prise des nouvelles mesures et, de l'autre, à l'élimination de certaines jugées superflues. L'article 180.1 a été ajouté à la suite de l'article 180 du CP sur les peines accessoires et apporte toute une liste de mesures complémentaires que le juge a la faculté de prononcer en addition à la peine principale prononcée. Reprenant les interdictions de l'article 42 du CP¹³³³, il en ajoute deux autres mesures importantes que sont, d'une part, l'interdiction définitive du territoire pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à deux ans pour tout étranger et, d'autre part, l'interdiction définitive d'exercer la profession à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à deux ans.

La première mesure vise spécialement les étrangers c'est-à-dire les non ressortissants de Madagascar mais qui auraient commis une des infractions prévues par les articles 174 à 179 nouveaux. Compte tenu de leur statut, pratiquement ils sont concernés plus par les articles sur la corruption active des agents publics, le trafic d'influence, la corruption passive dans le secteur privé et la corruption active des agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Vraisemblablement, les non nationaux dans le secteur public ne peuvent guère avoir les qualités de personnes investies de l'autorité publique ou titulaires d'un mandat public électif. Sauf pour ce dernier cas dans les assemblées où l'on admet la candidature d'un étranger, comme le cas des Chambres de Commerce et des Métiers. Ils y exercent dans presque la plupart des cas comme coopérant, assistant technique ou conseiller non pourvus de pouvoir de contrainte ni de décision. Dans une certaine mesure, ces étrangers peuvent avoir reçu une mission de service public, notamment dans les secteurs de l'éducation et de la santé. Ce qui leur réserve aussi l'applicabilité des articles d'incrimination visant cette catégorie de personnes, tels les

¹³³² L'expression « ...pour une durée de deux ans au minimum » de l'article 180 alinéa 3 aurait pu être mieux formulée et posée de la façon usuelle « pour une durée qui ne pourra pas être inférieure à 2 ans ».

¹³³³ Article 42 - Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants:

1° De vote et d'élection;

2° D'éligibilité;

3° D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques; ou aux emplois de l'administration ou d'exercer ces fonctions ou emplois;

4° Du port d'armes;

5° De vote et de suffrage dans les délibérations de famille;

6° D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille;

7° D'être expert ou employé comme témoin dans les actes;

8° De témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations.

articles sur le favoritisme, la prise d'emploi prohibé, la prise d'avantage injustifié, les exonérations et franchises illégales et la concussion.

La seconde mesure peut atteindre toute personne ayant une profession qui peut donner l'occasion de commettre toutes les infractions de corruption et assimilées. Dans la sphère publique, la mesure ne serait pas susceptible de soulever de difficultés particulières d'application puisque l'agent de l'Etat est déjà encadré par les dispositions de l'article 180.1 qui l'interdit à temps ou indéfiniment l'exercice d'une fonction publique. Dans le premier cas, la mesure peut se voir adjoindre après expiration de l'interdiction l'impossibilité de retrouver une ancienne profession sans que ne se pose la question de la double peine, puisque les deux mesures peuvent en principe être prononcées cumulativement.

La sanction pourrait cependant soulever des difficultés d'application lorsque la personne visée évolue dans la sphère non étatique, par une sévérité parfois contre productive. Ainsi, si un médecin est trouvé à l'occasion de l'exercice de ses fonctions coupable de l'une des infractions pertinentes, il risque définitivement de ne plus exercer la profession médicale et il en irait de même pour les autres membres de toute profession libérale. En effet, bien que la confiance soit à la base des professions libérales, il semble plus opportun de confier le maintien ou non d'un professionnel condamné pour corruption à l'organe disciplinaire. Ce dernier sera plus apte à apprécier l'impact de la malversation sur la capacité d'exercer la profession. La mesure peut cependant tempérer la discrimination opérée par l'article 180 en donnant la possibilité au juge d'appliquer pareille mesure dans les professions concernées.

Les difficultés peuvent aussi surgir lorsqu'il s'agit de fonction ne rentrant pas dans une catégorie de profession prévue par la loi et les règlements, tels les dirigeants d'entreprise et leurs employés. A priori, pris au sens strict comme seule la loi le permet, ces derniers ne seraient pas visés puisque n'ayant pas de profession déterminée. Dans le cas contraire, la difficulté aurait comme source la détermination par le juge du champ de la profession interdite. A prendre l'exemple d'un dirigeant d'une entreprise de confection en zone franche, en cas de condamnation pour corruption passive, serait-il lui être interdite d'exercer la fonction de dirigeant de l'entreprise dans laquelle il a fauté, d'une entreprise de la même nature, d'une entreprise dans le même secteur d'activité ou de n'importe quelle entreprise privée ? L'incertitude laissée par la question milite en faveur d'une interprétation stricte, les autres personnes étant traitées comme un simple citoyen en cas de condamnation.

Il convient enfin de rappeler que le juge a donc la faculté d'appliquer deux mesures parmi les dix proposées par l'article 180.1 et il est sans conteste qu'il se laissera guider selon les circonstances de la commission de l'infraction et de l'effet recherché par la sanction. Toutefois, une autre question peut surgir sur les sanctions complémentaires et concerne la liberté d'initiative du juge à les prononcer : peut-il agir d'office ou devrait-il agir sur réquisition du Ministère Public. Le droit français distingue les peines complémentaires facultatives de celles obligatoires qui ne posent aucun problème puisque la décision qui l'omet encours la cassation. A priori, rien n'empêche au juge de prononcer d'office les peines complémentaires facultatives, comme le cas de l'article 180.1, mais l'acte peut entrer en violation du principe du procès équitable qui met en avant le principe de la contradiction, aussi valable en droit pénal. En effet, il serait préférable pour le juge, en vertu des principes sus relatés, de soumettre son projet à l'examen et à la discussion des parties avant de décider son prononcé.

Enfin, l'innovation apportée par l'article 180.1 et qui s'inscrit aussi dans le souci d'efficacité est l'assortiment de sanctions pénales de l'inexécution d'une sanction complémentaire. S'apparentant cependant à une contrainte par corps, cette mesure d'accompagnement n'est pas une nouveauté en soi dans le droit pénal. Des dispositions analogues sont prévues par le code de procédure pénale. En effet, le cas échéant, sans préjudice des dispositions prévoyant des peines plus sévères, la violation des interdictions sera punie d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 100.000 de Fmg ou 2 alina Ariary à 2.000.000 de Fmg ou 4 hetsy Ariary.

II. LES MESURES *AD PERSONAM*

En renforcement des incriminations, la nouvelle loi anti-corruption de 2004 a aussi joué sur la modularité des peines encourues, tantôt en tant qu'outil d'incitation tantôt en tant qu'instrument de dissuasion. Ce choix est rendu disponible en fonction de la qualité des personnes mises en cause, tout en laissant intacte la culpabilité du prévenu.

1- Instruments d'incitation

Un des principaux enjeux de la lutte contre la corruption, faudra-t-il encore le rappeler, est d'amener les gens à ne plus tolérer les actes de corruption dont ils en sont victimes ou témoins. Cette attitude devrait se traduire par une collaboration avec les autorités chargées de l'application de la loi, comme le BIANCO et les juridictions correctionnelles, par le biais de la dénonciation, des doléances, de témoignage. Aucune catégorie d'acteurs n'est, de ce fait, à exclure et les repentis se trouvent parmi les plus utiles quant à l'effectivité de la poursuite des infractions. Ainsi, le législateur a repris l'utilisation de la technique classique d'indulgence en y apportant une touche particulière sur l'incitation des prévenus à coopérer avec les autorités judiciaires. Pareille technique, héritée du droit français, n'est pas une nouveauté dans le droit pénal malagasy mais elle constitue néanmoins une originalité dans le domaine des infractions de corruption.

a. L'état de la question dans le droit français

La doctrine française avait distingué l'indulgence du législateur communément appelée « excuses », strictement réglementées par la loi, de celle du juge que sont les circonstances atténuantes. Ces dernières sont des faits dont les effets sur les peines encourues sont précisés par la loi mais qui sont laissés à l'appréciation discrétionnaire du juge. Ce dernier pourrait librement les créer et qui n'aurait pas à les motiver¹³³⁴.

Ces techniques avaient pour effet soit une dispense de peine, en cas d'excuse absolutoire le plus souvent reposant sur des considérations utilitaires de politique criminelle, soit de réduire les peines, en cas d'excuses ou de circonstances atténuantes, tout en laissant subsister un fond de culpabilité à la personne concernée. Depuis l'avènement du nouveau code pénal français, la doctrine a abandonné les vocables « excuse et circonstance » en parlant plus proprement d'exemption de

¹³³⁴ Jean Pradel, *op. cit.*, p.681 et s.

peines et de réduction de peines, tout en distinguant dans les deux cas celles réservées au législateur et celles déléguées au juge.

i. L'exemption de peine

En effet, la législation française a tout récemment connu une évolution en permettant maintenant une cause générale d'exemption de peine¹³³⁵. Les nouvelles dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 bénéficient à celui qui a tenté de commettre un crime ou un délit et qui sera exempt de peines si, ayant averti l'autorité judiciaire ou administrative, il a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les auteurs ou complices¹³³⁶. Dans ce cas, trois conditions doivent être réunies pour obliger le juge d'affranchir le condamné de la sanction normalement encourue, en ne la prononçant pas. La mesure ne concerne tout d'abord que la tentative de crime ou de délit et exclut ainsi l'auteur qui a tardivement repenti. Ensuite, il faut qu'il y ait de sa part un acte de dénonciation qui avortera la commission de l'infraction, ce qui suppose une pluralité d'acteurs. Une autre condition peut s'ajouter aux deux précédentes, le cas échéant et dans la mesure du possible, la dénonciation a conduit à l'identification des autres acteurs, auteurs ou complices. Sur ce dernier point, il ne paraîtrait pas nécessaire, si l'infraction a pu être évitée, que les autres personnes impliquées dans l'agissement aient été identifiées.¹³³⁷

Il en est ainsi par exemple en matière d'assassinat ou d'empoisonnement¹³³⁸, de trafic de stupéfiants¹³³⁹, d'enlèvement ou de séquestration¹³⁴⁰, de détournement d'aéronef¹³⁴¹, de traite d'êtres humains¹³⁴², de proxénétisme¹³⁴³, de vol en bande organisée¹³⁴⁴, d'extorsion en bande organisée¹³⁴⁵, de complot¹³⁴⁶, de trahison ou

¹³³⁵ Loi du 9 mars 2004

¹³³⁶ Bouloc B., *op. cit.*, p.508

¹³³⁷ *Ibid.*, p.508

¹³³⁸ Article 221-5-3 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 Article 12 IV Journal Officiel du 10 mars 2004). Toute personne qui a tenté de commettre les crimes d'assassinat ou d'empoisonnement est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la mort de la victime et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un empoisonnement est ramenée à vingt ans de réclusion criminelle si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis d'éviter la mort de la victime et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices

¹³³⁹ Article 222-43-1 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 Article 12 VII Journal Officiel du 10 mars 2004). Toute personne qui a tenté de commettre les infractions prévues par la présente section est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices.

¹³⁴⁰ Article 224-5-1 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 Article 12 VIII Journal Officiel du 10 mars 2004)

Toute personne qui a tenté de commettre les crimes prévus par la présente section est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des crimes prévus à la présente section est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. Lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion criminelle.

¹³⁴¹ (Article 224-8-1)

¹³⁴² (Article 225-4-9)

¹³⁴³ (Article 225-11-1)

¹³⁴⁴ (Article 311-9-1)

¹³⁴⁵ (Article 312-6-1)

d'espionnage¹³⁴⁷, de terrorisme¹³⁴⁸, d'évasion¹³⁴⁹, de contrefaçon de monnaie ou de billets de banque¹³⁵⁰, ou d'association de malfaiteurs¹³⁵¹. L'exemption de peine est ainsi attachée à la dénonciation de certaines infractions graves¹³⁵² en rendant ainsi à la société le service de renseigner la justice sur le crime envisagé et sur l'identité de ceux qui se trouvent compromis dans l'infraction. En quelque sorte, la mesure serait une considération du service ainsi rendu et bénéficierait au dénonciateur, pour certaines infractions qui seraient autrement assez difficiles à détecter¹³⁵³. Par ailleurs, les infractions concernées par la loi du 9 mars 2004 se distinguent par leur gravité particulière et leur caractère de crime organisé.

La minorité, au dessous d'un certain âge¹³⁵⁴, constitue également en droit pénal français une cause d'exemption de peines. En outre, le droit français a par le truchement de la loi du 22 juillet institué une cause judiciaire d'exemption de peine maintenu par le nouveau code pénal en ses articles 132-58 et 132-59 par l'institution de la dispense de peine et de l'ajournement de peine¹³⁵⁵. Considérées comme la possibilité d'un pardon judiciaire par un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de sanctionner accordé au juge, les mesures sont suffisamment encadrées par le législateur qui a posé des conditions préalables et des objectifs à atteindre.

ii. L'atténuation des peines

Dans la même logique que l'exemption, les causes sont tantôt précisées par le législateur, tantôt laissées par lui à la discrétion du juge, la loi se contentant d'en déterminer les effets¹³⁵⁶. La jurisprudence française ancienne n'imposait ni que les renseignements fournis par l'auteur des infractions soient préalables à l'enquête, ni que celui-ci ne soit tenu à une obligation de résultat. Il suffirait que le prévenu ait rapidement reconnu les faits et fourni l'ensemble des informations en sa possession, permettant d'identifier les commanditaires et de reconstituer les circonstances du trafic¹³⁵⁷.

Deux cause légales de réduction de peines demeurent en droit français : la réduction de peine du repentir et la réduction de peine du mineur. En s'appuyant sur

¹³⁴⁶ (Article 412-2 et 414-3 C.pén)

¹³⁴⁷ Article 414-2

¹³⁴⁸ Article 422-1. Toute personne qui a tenté de commettre un acte de terrorisme est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables.

¹³⁴⁹ Article 434-37. Toute personne qui a tenté de commettre, en qualité d'auteur ou de complice, l'une des infractions prévues au présent paragraphe, sera exempte de peine si, ayant averti l'autorité judiciaire ou l'administration pénitentiaire, elle a permis d'éviter que l'évasion ne se réalise.

¹³⁵⁰ Article 442-9

¹³⁵¹ Article 450-2. Toute personne ayant participé au groupement ou à l'entente définie par l'article 450-1 est exempte de peine si elle a, avant toute poursuite, révélé le groupement ou l'entente aux autorités compétentes et permis l'identification des autres participants.

¹³⁵² Voir Savey-Casard pour certaines excuses pouvant s'expliquer par le repentir actif de l'auteur, Savey-Casard P., Le repentir en droit pénal français, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1972, n° 3, p. 515

¹³⁵³ Bouloc B., *op. cit.*, p.508

¹³⁵⁴ Ordonnance de 1945

¹³⁵⁵ Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (1), JORF n°169 du 23 Juillet 1992

¹³⁵⁶ Bouloc B., *op. cit.*, p.509

¹³⁵⁷ Cass. crim. 19 juin 1997 (Gaz. Pal. 1997 II Chr. crim. 217)

des exemples étrangers, mais aussi sur certaines dispositions existantes¹³⁵⁸, une loi du 9 septembre 1986 sur la lutte contre le terrorisme avait accordé une excuse atténuante réduisant de moitié la peine applicable à un terroriste qui avant toute poursuite avait permis ou facilité l'identification des autres coupables¹³⁵⁹. Ce principe a été étendu à d'autres infractions, et en particulier en matière de crime organisé par la loi du 9 mars 2004¹³⁶⁰.

Un autre cas de réduction de peine est trouvé en matière de trafic de stupéfiant, lorsque l'avertissement des autorités administratives ou judiciaires a permis de faire cesser les agissements et d'identifier les autres coupables. Il en est de même pour les atteintes aux intérêts de la nation, le terrorisme et la fabrication de fausse monnaie¹³⁶¹. Suite à l'abandon de la fixation du minimum légal des peines par le NCP français, les rédacteurs ont logiquement écarté les circonstances atténuantes qui permettaient de descendre en dessous de ce minimum, avec quelques limitations législatives notamment en matière criminelle¹³⁶². Le législateur a ainsi accru sa confiance au juge qui dispose des larges pouvoirs pour mieux individualiser la sanction.

b. Les nouvelles dispositions anti-corruption de 2004

Le législateur malagasy, quant à lui, maintient le système des excuses et des circonstances qui permet d'exempter le condamné de sa peine ou d'en lui accorder une atténuation, en application de l'article 65 du CP. Sauf en matière d'attentats à la liberté¹³⁶³, de recel ou de complicité aggravés¹³⁶⁴, dans lesquelles les causes d'exemption s'apparentent plus à des faits justificatifs qui agissent seulement au niveau de la peine, la dénonciation ou la révélation efficace constitue la cause commune de ces indulgences.

En matière d'exemption, les infractions concernées sont aussi celles qui présentent une certaine gravité et celles qui sont fomentées contre la sécurité de l'Etat, la fausse monnaie, le trafic de stupéfiants, l'association de malfaiteurs et la destruction par mine ou engin explosif. En ces situations, l'étendue du pouvoir donné au juge sur la peine varie selon la pertinence de la dénonciation. Le prononcé de l'exemption lui est obligatoire lorsque la dénonciation a été faite avant la commission de l'infraction¹³⁶⁵ et, le cas échéant, a permis de l'éviter et d'identifier les autres

¹³⁵⁸ Anc. Article 101 du CP de 1810

¹³⁵⁹ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, JORF du 10 septembre 1986

¹³⁶⁰ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004.

¹³⁶¹ Bouloc B., *op. cit.*, p.516

¹³⁶² *Ibid.*, p.509

¹³⁶³ Prévues par l'article 114 du CP, l'exemption de peine est acquise lorsque l'agent coupable justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique.

¹³⁶⁴ Les coupables de complicité ou de recel aggravé de l'article 61 du CP peuvent en vertu de l'article 85 du même code bénéficier d'une exemption de peine dans le cas où ils n'auront pas participé d'une autre manière au crime ou au délit.

¹³⁶⁵ Article 105 du CP - Sera exempt de la peine encourue celui qui, avant toute exécution ou tentative d'un crime ou d'un délit contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, en donnera, le premier, connaissance aux autorités administratives ou judiciaires. Aussi le cas de l'article Article 266 - (Loi 78-039 du 13.07.78)

acteurs¹³⁶⁶. La poursuite et l'arrestation des autres auteurs entrent aussi en jeu comme condition d'exemption dans certains cas, comme en matière de fausse monnaie et de destruction par mines ou engins explosifs¹³⁶⁷. Il devient facultatif dans le cas où la révélation est tardive, avant l'ouverture des poursuites ou après celle-ci mais seulement lorsque elle a permis l'arrestation des autres auteurs de la même infraction ou d'une infraction équivalente en nature et en gravité¹³⁶⁸. La dénonciation tardive peut aussi devenir une cause d'atténuation de peine lorsqu'elle survient avant la poursuite. A la différence avec l'exemption facultative, elle aura seulement conduit à l'identification des autres coupables et non leur arrestation¹³⁶⁹ et aura comme effet de réduire de moitié la peine normalement prévue.

En matière de corruption, le législateur a placé la barre un peu moins élevée sur l'exemption de peine. En effet, la mesure accepte la dénonciation tardive dans les mêmes conditions de l'atténuation de peine vue précédemment, en l'occurrence menant vers l'identification des autres coupables. L'atténuation de peines prévues par l'article 180.1 de la loi de 2004 survient seulement lorsque la dénonciation tardive est faite après l'ouverture des poursuites. Dans ce dernier cas, où la peine sera réduite de moitié, l'indulgence atteint également les peines additionnelles en exemptant le condamné des peines accessoires et complémentaires prévues par les articles 180 et 180.1.

Il convient ici de noter que cette facilitation de l'indulgence va bien dans l'objectif d'une meilleure incitation du repentir, même tardif. Elle met en relief un des objectifs de la poursuite en matière de corruption et infractions assimilées qui est surtout de démanteler les réseaux de prévarication qui font plus de ravage. Véritable excuse de dénonciation, elle serait une mesure de politique criminelle¹³⁷⁰ visant à faciliter la constatation des certaines infractions de corruption et la recherche de leurs auteurs. Le malfaiteur qui fournit des renseignements aux autorités sur l'un ou l'autre point va

Association de malfaiteurs : Les personnes qui se seront rendues coupables du crime ou du délit mentionné dans le présent article pourront être exemptes de peine si, avant toute poursuite, elles ont révélé aux autorités constituées l'entente établie, ou fait connaître l'existence de l'association.

¹³⁶⁶ Loi n° 97-039 du 4 novembre 1997 sur le contrôle des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs à Madagascar, Article 109 - Toute personne qui sera rendue coupable de participation à une association ou à une entente en vue de commettre l'une des infractions prévues aux articles 95 à 102 sera exemptée de peine si, ayant révélé cette association ou cette entente à l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier les autres personnes en cause. (J.O. n° du 01.12.97, p.2354).

¹³⁶⁷ Article 138 du CP - Les personnes coupables des crimes mentionnés en l'article 132 seront exemptes de peine si, avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites, elles en ont donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités constituées, ou si, même après les poursuites commencées, elles ont procuré l'arrestation des autres coupables. Egalement l'Article 435 sur la destruction par mine ou engin explosif

¹³⁶⁸ Article 106 - L'exemption de la peine sera seulement facultative si la dénonciation intervient après consommation ou la tentative du crime ou du délit, mais avant l'ouverture des poursuites.

Article 107 - L'exemption de la peine sera également facultative à l'égard du coupable qui, après l'ouverture des poursuites, procurera l'arrestation des auteurs ou complices de la même infraction, ou d'autres infractions de même nature et de même gravité.

¹³⁶⁹ Loi n° 97-039 du 4 novembre 1997 sur le contrôle des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs à Madagascar (J.O n° du 01.12.97, p.2354) Article 110 - Hors les cas prévus à l'article précédent, la peine maximale encourue par toute personne auteur ou complice de l'une des infractions énumérées à cet article, qui aura, avant toute poursuite, permis ou facilité l'identification des autres coupables, ou après l'engagement des poursuites, permis ou facilité l'arrestation de ceux-ci sera réduite de moitié. En outre, ladite personne sera exemptée de l'amende ainsi que des peines accessoires et complémentaires facultatives prévues à l'article 114.

¹³⁷⁰ Les auteurs distinguent : celles qui sont fondées sur un motif d'utilité sociale, celles qui sont fondées sur l'idée que le mal du délit a été postérieurement réparé, celles qui sont fondées sur la nécessité de ne pas affaiblir les liens de la discipline hiérarchique, celles qui sont fondées sur certaines relations de parenté ou d'alliance. (Accolas, *Les délits et les peines*, 1887)

bénéficiaire d'une mesure de faveur. Ce serait des mesures inspirées du droit anglo-saxon qui fait bénéficier d'une excuse atténuante, voire d'une excuse absolutoire, le malfaiteur qui dénonce ses complices et qui accepte de témoigner contre eux.

Toutefois, afin de compenser cette indulgence un peu trop poussée, le législateur a freiné les ardeurs déplacées et surtout la mauvaise foi en limitant la possibilité de dénoncer tardivement à une seule fois. En effet, les mesures d'indulgence ne concernent pas toutes les infractions apportées par la loi anti-corruption de 2004 mais accordées très limitativement. C'est ainsi que l'exemption de peine ne profite exclusivement qu'aux auteurs condamnés de corruption ou de trafic d'influence actives. Par contre, l'atténuation de peines peut atteindre tous sortes d'acteurs, auteur ou complice, actif ou passif, coupable de corruption même aggravée ou de trafic d'influence¹³⁷¹.

L'on se permettrait par ailleurs de se demander pourquoi une telle limitation sur l'atténuation, si les raisons de celle sur l'exemption pourrait facilement se comprendre. Pour cette dernière, le corrupteur pourrait se trouver quelque fois dans la nécessité ou même indirectement contraint de céder à la sollicitation d'un agent public. Encore que, faudrait-il la préciser, dans nombre des cas non négligeables l'initiative vient aussi du corrupteur, alors la mesure serait susceptible de servir de piège pour le corrompu. Néanmoins, l'on aperçoit facilement ici, un choix de cible du législateur plus favorable au repentir entre les deux protagonistes de la corruption. Ces raisons n'étant plus valables sur la mesure d'atténuation, la question semble rester sans réponse. Le législateur aurait alors pu étendre la mesure pour plus d'efficacité aux autres infractions assimilées à la corruption non visées par le texte.

En outre, afin de minimiser les risques de pièges et de mauvaise foi, la récidive ne permet pas de bénéficier de cette largesse de la loi. Ce qui voudrait dire que le cas d'une personne ayant été condamnée définitivement et encore dans la période de prudence ne permet pas au juge de prononcer une exemption de peine ou une réduction, en cas d'une nouvelle condamnation et toutes les deux pour des infractions des articles 177 à 179 du CP. Ainsi, si les conditions de la récidive, ici spéciale, ne seraient pas réunies, par exemple en cas de réitération ou de cumul d'infraction, les mesures d'indulgence seraient toujours acquises. Enfin, l'indulgence du législateur n'a pas atteint la contrepartie du pouvoir ou de l'influence visé, offerte par l'auteur de corruption ou de trafic d'influence actif, en ne permettant pas la restitution. Cette mesure constitue du moins une manière de minimiser les pièges tendus facilement au corrompu. L'avantage matériel ou sa valeur seront confisqués au profit du Trésor public.

A l'opposé des mesures d'indulgence sont placées des moyens d'aggravation dévolus à la dissuasion des acteurs potentiels de corruption.

2- Instruments de dissuasion

La dissuasion est un des moyens utilisés afin d'accroître davantage le risque pour les pratiques de corruption. A cet effet, à l'amélioration des techniques d'aggravations classiques est ajoutée d'autres effets prohibitifs.

¹³⁷¹ Ces infractions sont « Article 177 - De la corruption passive des personnes exerçant une fonction publique, « Article 177.1 - De la corruption active, « Article 177.2 - De la corruption active des agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, « Article 178 - De la corruption des dirigeants, actionnaires et employés des entreprises privées, et des membres des professions libérales, « Article 179 - Du trafic d'influence et la corruption aggravée de l'article 181.

a. Amélioration des mesures d'aggravation

Ces instruments sont connues sous l'expression « causes d'aggravation » qu'on a pu définir comme des faits qui sont limitativement prévus par la loi, entraînant de plein droit une augmentation de la peine dans des proportions également précisées. Elles modifient automatiquement la nature de l'infraction en cas de substitution d'une peine criminelle à une peine correctionnelle. Contrairement aux éléments constitutifs de l'infraction, auxquels elles devraient être distinguées, l'absence d'une circonstance aggravante ne fait pas disparaître l'infraction¹³⁷².

Aux deux catégories de circonstances identifiées auparavant par des auteurs¹³⁷³, les circonstances réelles¹³⁷⁴ et les circonstances personnelles¹³⁷⁵, les ouvrages récents en ont ajouté une troisième qui n'est que la combinaison des deux premiers : les circonstances mixtes¹³⁷⁶. Ces dernières devraient être recherchées dans les faits de l'espèce mais ne produisent ordinairement effet qu'envers la personne concernée, tel le cas de la préméditation¹³⁷⁷. Cette dernière catégorie aggraverait à la fois la criminalité de l'acte et la culpabilité de l'auteur. Outre la récidive qui constituerait une circonstance aggravante générale, toutes les autres circonstances aggravantes seraient spéciales en ce qu'elles aient été établies pour certaines infractions déterminées¹³⁷⁸. Une circonstance aggravante résiderait ainsi dans un élément de fait lié aux conditions dans lesquelles une infraction a été commise, ou dans une particularité concernant l'auteur des agissements délictueux. Elle rendrait ces agissements plus dangereux pour la société, et appelle dès lors une sanction plus lourde¹³⁷⁹.

On rencontre les mêmes techniques d'aggravation en droit pénal malagasy qui les utilisent pour autoriser au juge de substituer au maximum normal un autre maximum, plus élevé prévu par le texte. C'est ainsi que les atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat, normalement punies d'un emprisonnement d'un à cinq ans, et d'une amende de 180 000 à 1 800 000 francs en temps de paix, seront punies des travaux forcés à temps, ainsi criminalisées, si elles sont commises en temps de guerre¹³⁸⁰. Il en irait de même en cas de meurtre qui, sans les circonstances aggravantes, sera puni de travaux forcés à perpétuité mais assorti des circonstances aggravantes variées emportera la peine de mort, comme en cas d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement¹³⁸¹.

¹³⁷² Pradel J., Droit Pénal Général, *op. cit.*, p.695 et s.

¹³⁷³ Merle R., *op. cit.*, p.316

¹³⁷⁴ Une circonstance matérielle spéciale qui accroît le trouble social ; il en est ainsi du vol commis avec une arme. Une telle circonstance aggravante, dite réelle, se communique au complice. Cass. crim. 7septembre 2005 (Bull. crim. n° 219 p.779) : Sont applicables au complice les circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur principal.

¹³⁷⁵ D'une circonstance, qui lui est propre, et qui révèle chez lui une dangerosité particulière ; il en est ainsi de la récidive ou de l'esprit de lucre. Une telle circonstance aggravante, dite personnelle, qui peut être recherchée hors des faits présentement reprochés, ne se communique pas au complice. Cass. crim. 27 avril 1994 (Gaz. Pal. 1994 II Chr. crim. 412 : *La circonstance aggravante personnelle d'autorité est distincte de la contrainte, violence et surprise, éléments constitutifs des infractions de viol et d'attentat à la pudeur.*

¹³⁷⁶ Bouloc B., *op. cit.*, p.522

¹³⁷⁷ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_c/lettre_c_ci.htm

¹³⁷⁸ Bouloc B., *id.*

¹³⁷⁹ http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_c/lettre_c_ci.htm

¹³⁸⁰ Article 83 CP - (*Ord. 60-161 du 03.10.60*)

¹³⁸¹ Articles 295, 304 et 302 du CP

Cette technique d'aggravation a déjà été utilisée par le législateur dans le renforcement de l'effectivité des infractions de corruption mais dans des situations très limitées. L'ancien article 180 du Code pénal a précisé que dans le cas où la corruption ou le trafic d'influence aurait pour objet un fait criminel, comportant une peine plus forte que celle de l'emprisonnement, cette peine plus forte sera appliquée aux coupables. Dans le cas de l'article 181 nouveau, les circonstances aggravantes peuvent être classifiées comme mixte, en ce sens que les infractions doivent avoir été commises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et en matière criminelle, dans un cas. Pour d'autres, elles sont limitées à certaines catégories de personnes. D'une part, elles sont posées pour celles à qui la loi ou les parties ont confié la résolution des différends, tels un juge ou un juré en matière criminelle, un magistrat, assesseur ou une personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un arbitre. D'autre part, on les retrouve pour les personnes qui ont reçu mission d'utiliser leur savoir faire soit en matière d'expertise soit en matière d'administration.

Ces mesures d'aggravation, prenant à la lettre les termes de l'article 181, ne s'appliqueraient qu'en matière de corruption passive de l'article 177. Selon le cas, il s'agit bien de corruption passive qualifiée ou aggravée. Les autres éléments circonstanciels de loi précisent que ces personnes visées doivent avoir agi dans l'exercice de fonction publique. Tout logiquement, ce sont des personnes qui de par leur fonction juridictionnelle, sont dépositaires de l'autorité publique, comme par exemple le magistrat et l'assesseur, ou sont chargées d'une mission de service public, comme l'arbitre, l'administrateur et l'expert.

Les effets de l'aggravation varient également selon les circonstances de la commission de l'infraction. La peine d'emprisonnement encourue devient une peine criminelle, la réclusion, lorsque la corruption passive a été commise en formation juridictionnelle criminelle, c'est-à-dire en Cour criminelle. Dans ce cas, l'effet de l'arrêt envers l'accusé importe peu qu'il soit en sa faveur ou en son préjudice. Il convient de mentionner que ces circonstances de l'alinéa premier de l'article 181 nouveau n'est que la reprise partielle de dispositions de l'ancien. Le législateur a cependant abandonné l'emprunt de peines en cas de sanctions plus graves encourues par l'accusé prévu par l'ancien article 182.

Toutefois, la peine alourdie reste correctionnelle mais portée au double, soit de cinq à dix ans d'emprisonnement, dans les autres cas de formation juridictionnelle ou de mission judiciaire, soit en matière pénale, tribunal de police ou correctionnel, soit en matière civile, en tribunal de travail, en tribunal de commerce, en arbitrage, en administration judiciaire des sociétés ou de biens ainsi qu'en expertise légale ou judiciaire. Ici encore, les mesures semblent avoir été portées en remplacement de l'ancien article 183 qui punit de dégradation civique pour forfaiture tout juge ou administrateur qui sera décidé d'une manière impartiale. Dans tous les cas, ce qui est protégée c'est l'intégrité judiciaire ou juridictionnelle, ce qui laisse donc hors d'effets de l'aggravation le complice et encore moins le corrupteur. Par ailleurs, l'amende qui pourrait être en alternative dans les circonstances normales de l'article 177 accompagne toujours la peine aggravée.

b. Autres effets prohibitifs

Toujours dans le souci d'effectivité, le législateur a prévu d'autres effets d'une condamnation pour l'un des infractions de corruption. Ces mesures prévues par les articles 16 et 17 de la loi anti-corruption de 2004 posent certains nombres de zones grises qui méritent d'être éclaircies.

Tout d'abord, il s'agit de se demander quel type de corruption visent les dispositions en utilisant l'expression « infractions de corruption ». Etant donné que le législateur use de l'expression « corruption et infractions assimilées » pour désigner toutes les infractions anciennes et nouvelles relatives à la corruption, notamment dans le préambule, il est légitime de se demander si l'article 16 se limite tout simplement à la corruption de la famille des articles 177 et 178 du CP. Au risque de rétrécir considérablement le champ des effets en question, il convient de comprendre la première expression comme l'équivalente de la seconde. En effet, aucun argument ne milite en faveur d'une interprétation limitative et que ce jeu de mots ne devrait faire prévaloir le principe d'interprétation restrictive de la loi pénale. En outre, l'article étant placé à la suite de toutes les infractions revisitées par la loi 2004-030, dans un Chapitre III, il est rassurant de le prendre en facteur de ces dernières sans exception aucune.

La décision de justice citée par l'article 16 de la loi anti-corruption de 2004, statuant sur la saisie, le gel ou la confiscation des revenus et biens illicites provenant de la corruption, mérite aussi d'être commentée. En matière pénale, une telle décision devrait logiquement émaner d'un tribunal, excluant une décision du Ministère Public de nature administrative en principe. Elle est prise précisément par une juridiction de jugement tel le juge d'instruction par une ordonnance, le juge du siège par jugement, une Chambre correctionnelle ou la Chambre d'accusation de la Cour d'Appel par un arrêt. Toutefois, telle qu'elle est formulée, la disposition amène logiquement à penser que les mesures peuvent aussi être du ressort de la juridiction civile statuant en matière patrimoniale. Ne s'agissant pas à proprement parler de produits directs de crime constitués de l'avantage indu offert ou sollicité, du ressort de la juridiction pénale ou de l'autorité de poursuite compétente, les revenus et biens provenant de la corruption peuvent être compris comme de toute autre nature. Sauf le cas d'enrichissement illicite, il devrait s'agir des revenus et biens qui dérivent de l'acte de la fonction ou facilité par la fonction, bref de la décision achetée, sinon les dispositions viennent en surabondances de celles qui existent normalement dans le CPP. On pourrait citer à titre d'exemple les bénéfices obtenus d'un marché public entaché de corruption, lesquels peuvent être détenus ou en possession d'une autre personne non mise en cause par l'infraction. Il serait ainsi permis à l'Etat ou à une entreprise victime de demander l'application des mesures de l'article 16 pour la réparation de leur préjudice.

Ceci étant, à titre conservatoire, ces mesures peuvent être utilisées en support de l'action en de nullité absolue prévu par l'article 17 suivant. A priori, ces mesures concernent les contrats administratifs et autres privilèges obtenus en vertu de pouvoirs discrétionnaires de l'Administration, en l'occurrence l'octroi de licence, permis et autorisation que l'on rencontre souvent dans les exploitations de ressources naturelles, telles les mines, les halieutiques, les forêts, certains commerces, etc. Toutefois, en ce qui concerne les contrats, puisque l'article 17 n'apporte pas de précision en son alinéa premier, rien ne permet d'empêcher d'atteindre aussi les contrats non administratifs lorsqu'il s'agit de la corruption dans le secteur privé. Ainsi, pourrait être frappée de nullité absolue, un contrat de droit privé obtenu à la suite de corruption commise par un employé ou un dirigeant d'entreprise privée. La mesure présente une certaine sévérité puisque la nullité est absolue avec les conséquences de droit et de fait que cela engendre¹³⁸².

¹³⁸² Article 112 LTGO, Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la Théorie Générale des Obligations (J.O. n° 486 du 09.07.66, p.1429 ; Errata : J.O. n° 489 du 23.07.66, p. 1657 ; du 14.01.67, p. 35 et du 30.11.68, p. 2229)

Une autre mesure, concernant exclusivement les marchés publics, consiste à bannir à jamais, sans limitation dans le temps, des marchés publics une entreprise titulaire d'un contrat, licence, permis ou autorisation obtenue par la corruption. La mesure revient à prononcer une mort sociale de l'entreprise si l'objet de celle-ci était exclusivement des activités pour des marchés publics, sauf changement possible de domaine d'activités purement privées. La mesure, pour être effective, demande à l'autorité centrale de contrôle des marchés publics d'établir une liste noire qui peut aussi être alimentée par la transmission des décisions de condamnation par les parquets ou les victimes en collaboration avec eux. La connaissance par les autorités de régulation des marchés publics de l'antécédent judiciaire de corruption d'un candidat à un marché public lui permet légalement de l'éliminer de la liste des concurrents admissibles et, si les informations lui parviennent tardivement, d'annuler unilatéralement le contrat déjà établi.

CONCLUSION DU TITRE I

Les efforts entrepris par Madagascar pour démarrer la lutte contre la corruption sont appréciables et des résultats tangibles sont notés, ne serait-ce qu'à travers l'amélioration des divers indices de perception de la corruption et des rapports périodiques de BIANCO. Bien que stratégiquement la répression pénale ne soit plus considérée comme l'instrument privilégié pour cette lutte, les importantes innovations devant assurer son efficacité montrent encore dans la pratique un certain penchant pour elle. Il a été noté également que le droit pénal anti-corruption, malgré sa modernisation, reste focalisé sur le fléau et tend à privilégier l'encadrement de quelques catégories d'acteurs. A ce rythme, le risque est grand de voir les acteurs anti-corruption seuls lancés dans la protection de l'intégrité et les autres acteurs institutionnels indifférents, l'échec des premiers conduisant certainement vers la fin du mouvement anti-corruption. La durabilité de cette protection devra nécessairement passer par l'implication complète des institutions dans tous les axes stratégiques de la promotion de l'intégrité.

TITRE II- PROTECTION DE L'INTEGRITE DES INSTITUTIONS, BASE DE LA DURABILITE

Les innovations, apportées par la loi anti-corruption de 2004 et les autres lois spécifiques venues en renforcement ont permis au droit pénal malagasy de se mettre aux normes du droit international et surtout de constituer un encadrement acceptable de plusieurs manifestations de l'atteinte à l'intégrité. L'efficacité recherchée risque cependant d'être éphémère du fait que essentiellement le système repose tout au plus sur deux institutions : les organes anti-corruption et la justice pénale¹³⁸³. Par ailleurs, il est constaté que la loi pénale maintient la différenciation de standard de comportement entre l'agent public et les autres citoyens malgré le relèvement des normes concernant ces derniers, source d'une certaine tolérance. Egalement, les stratégies sectorielles adoptées semblent ne pas recevoir l'adhésion des institutions et ne priorisent pas la réactivation de l'intégrité en leur sein et sur leurs relations. Enfin, la lutte contre la corruption semble prendre toute la place de la promotion de l'intégrité, du coup négligeant les autres volets indispensables pour réussir cette dernière.

Il est alors envisageable pour le droit pénal d'être davantage amélioré pour contribuer à un niveau de protection encore plus rationnelle de la valeur intégrité (Chapitre I), indispensable pour la durabilité, notamment par la responsabilisation des institutions pour l'effectivité des sanctions pénales et disciplinaires (Chapitre II).

CHAPITRE I-PROTECTION RATIONALISEE

Ces suggestions de rationalisation peuvent toucher aussi bien les fautes que les responsabilités. D'une part, il faudrait procéder à une généralisation du devoir d'intégrité tout en différenciant les responsabilités. D'autre part, il conviendrait de tenir compte de la primauté des institutions dans le façonnement des comportements en privilégiant leurs actions, disciplinaires notamment, en synergie avec l'action pénale. La discipline assure en effet une meilleure prise en compte de l'efficacité et de la redevabilité des acteurs. Ces deux exigences sont aussi considérées comme des éléments opérationnels de l'intégrité et facilitent ainsi la marche vers le développement durable.

SECTION 1- DEVOIR D'INTEGRITE GENERALISE

Il a été constaté tout au long du chapitre précédent que la nouvelle loi anti-corruption de 2004 reste encore orientée vers la répression de la corruption dans le secteur public, malgré le pas important effectué vers le secteur privé. D'autres institutions piliers de l'intégrité, comme la société civile, les autorités religieuses et les autorités traditionnelles restent moins concernées, notamment dans la protection pénale de la valeur. La stratégie de généralisation de la protection de l'intégrité

¹³⁸³ En presque trois ans de mise en œuvre de la politique anti-corruption, on perçoit un signe de fatigue des partenaires internationaux qui, au courant d'une certaine revitalisation de la grande corruption, se demande de l'effectivité des structures mises en place et de leur réelle indépendance. A titre d'exemple, le retrait de certains bailleurs dans le financement des activités des organes anti-corruptions. Le curieux silence des organes anti-corruption pendant les périodes électorales est aussi éloquent à ce sujet, les élections étant réputées par les fraudes et manipulations contraires à l'intégrité.

consiste en premier lieu à en simplifier les incriminations pénales (A) et, en second lieu, favoriser l'intervention des institutions (B).

A. SIMPLIFICATION DES INCRIMINATIONS

Les nouvelles réformes n'ont effectivement pas effacé le traditionnel double standard en matière de comportement, rendant encore plus contraints ceux exerçant une fonction publique que les autres acteurs institutionnels. La reconnaissance du rôle important des institutions dans la promotion de l'intégrité, notamment pour favoriser la redevabilité horizontale, invite à un traitement plus égalitaire non seulement de tous les acteurs mais aussi de l'ensemble des citoyens. Ainsi, cette pratique discriminatoire face à l'observation d'une valeur aussi fondamentale, que l'on retrouve encore dans plusieurs législations nationales¹³⁸⁴, appelle une réforme conséquente.

I. LES SEQUELLES DU DOUBLE STANDARD

Le principe du double standard, faut-il le rappeler, demande aux agents publics un standard de comportement plus élevé, voire très exigeant, que celui des autres citoyens. Cette exigence paraît de prime abord légitime du fait que leurs charges requièrent une confiance et une honnêteté plus poussées. Cet état de chose pourrait être la conséquence du silence du législateur sur la valeur qu'il entend protéger en effectuant les réformes et de l'absence de vision institutionnelle de sa promotion. Cela entraîne pourtant une protection inadéquate de la société contre la corruption.

1- Incertitude sur la valeur à protéger

Il est cependant aperçu dans l'exposé de motif de la loi anti-corruption de 2004 les raisons qui ont amené le législateur à entrer en campagne contre la corruption. En effet, la moralisation de la vie publique se trouve au centre de ses préoccupations. Il y est précisé que l'intégrité figure parmi les autres principes généraux de la prévention de la corruption, à savoir l'objectivité, la transparence et l'honnêteté, qui doivent régir tous les aspects de la vie publique. Il est ainsi constaté que le législateur malgache ne voit en l'intégrité qu'un principe général en protection d'un intérêt qu'est la vie publique, celle-ci se déclinerait en comportement des agents titulaires de la charge publique dans la satisfaction de besoins de la société. Cet intérêt paraîtrait relativement étroit lorsqu'il s'agit de protéger la société des phénomènes de corruption puisque, en principe, il laisse toute une frange de relations sociales non directement liées avec la vie publique en dehors de la protection législative. Cette position du législateur se reflète dans la manière dont il a réformé la répression de la corruption. La plupart des mesures prises est orientée vers le changement de comportement des acteurs du secteur public, malgré l'ouverture appréciable sur le secteur privé.

Ce qui aurait été bénéfique en entamant les réformes de 2004, ce serait que le législateur se prononçait ouvertement sur l'intégrité comme valeur sociale à préserver par n'importe quel membre de la société, comme pour la protection de la vie, la propriété et d'autres valeurs fondamentales. Il a été démontré que la régression de l'intégrité dans l'échelle des valeurs sociales amène fatalement à la destruction de la société par le développement des phénomènes de corruption ; ces derniers étant les

¹³⁸⁴ Par exemple la loi anti-corruption de 2002 de l'île Maurice

catalyseurs des autres vices qui sapent les bases de la vie en société. Ce n'est alors qu'après trois années de pratique de la lutte contre la corruption que les décideurs commencent à se rendre compte que l'immunisation de la société contre ces phénomènes reste la sauvegarde de l'intégrité¹³⁸⁵. Encore qu'il faudrait répercuter cette prise de conscience dans sa protection pénale.

Sur la construction du droit pénal, l'attitude du législateur malgache encore marquée par la logique répressive héritée du législateur napoléonien, ne consiste qu'à se prononcer expressément contre la corruption administrative. En effet, selon le texte de 2004, le législateur a fait le constat que la corruption constitue à Madagascar un phénomène social suffisamment grave et préoccupant, en la qualifiant de fléau national. Il continue son raisonnement en faisant prévaloir que ses préoccupations primordiales vont aux conséquences qu'a la corruption sur le fonctionnement de l'Administration, sur les entreprises publiques et sur l'image de marque des fonctionnaires de l'Etat. Ce n'est qu'en essayant de définir largement la notion de corruption par l'énumération des infractions qui la composent qu'on se rend compte qu'il s'est soucié quelque peu du secteur privé, également champ de prédilection de ces infractions.

De ce constat, on pourrait en déduire deux conclusions qui ne s'excluent forcément pas. D'une part, celle qui consiste à dire que le législateur n'entendait pas se départir de la doctrine du double standard en mettant la protection appropriée au niveau du secteur public ou, d'autre part, celle qui suppose que la question n'ait pas été suffisamment débattue. On ne saurait avec certitude répondre à la place du législateur sur ses intentions réelles au moment des travaux préparatoires mais, des lettres de la loi, on pourrait s'aventurer à se prononcer pour la seconde conclusion. Tout d'abord, vu la prévalence notoire de la corruption dans la gouvernance d'entreprise, le législateur n'aurait pas pu l'ignorer et prétendre ne pas avoir une préoccupation sérieuse sur la manière de combattre la corruption dans le secteur privé. Cependant, si l'on se penche uniquement sur le calendrier d'adoption de cette loi, on n'hésitera pas à dire que les parlementaires ont dépensé très peu de temps à débattre sur la loi¹³⁸⁶. En outre, pendant les travaux préparatoires, aucune question sur la différence de traitement entre le secteur privé et le secteur public n'a été posée.

On pourrait trouver des explications sur le niveau de gouvernance qui prévaut encore dans le pays où l'on y constate, avec beaucoup de regrets, que la notion de redevabilité horizontale n'est pas encore une pratique acceptée et adoptée. Il est incontestable que le Parlement constitue des chambres d'entérinement où le débat démocratique, notamment technique, reste sommaire. Il n'est pas à exclure non plus le phénomène des moutons de panurge sur les tendances normatives internationales et métropolitaines sans avoir l'habitude de les confronter avec les valeurs sociales malagasy à préserver. Faudra-t-il le rappeler qu'au moment de l'indépendance, contrairement au mouvement de rationalisation des lois civiles, le code pénal malagasy n'a été que la reprise du code français de 1810 toiletté. Il n'est pas erroné de dire que le réflexe a toujours du mal à être subjugué. Le silence des autres institutions piliers d'intégrité pendant les travaux préparatoires confirme encore plus ce déséquilibre institutionnel.

L'incertitude sur la valeur à protéger se traduit enfin par une indétermination, comme l'on a pu le constater. Seule la corruption proprement dite, et uniquement sur son côté passif, a connu une extension de compétence *rationae personae* vers des

¹³⁸⁵ Signification perçue du changement en mars 2006 de dénomination et de mission de l'ex-CSLCC en CSI

¹³⁸⁶ V. supra, p.221

agents du secteur privé. Cette position du législateur débouche à la conservation de fait, malgré le constat que les infractions citées dans l'exposé de motif¹³⁸⁷, du double standard de comportement observé différemment par l'agent public et l'agent privé.

2- Protection inadéquate

On a pu avancer trois justifications du double standard: primo, la corruption du secteur public serait plus sérieuse; secundo, le secteur aurait plus grand besoin de protection; et tertio, il pourrait y avoir un besoin de plus hauts niveaux standard de comportement dans le secteur¹³⁸⁸. Aucune d'entre elles ne puisse cependant sérieusement expliquer cette fâcheuse discrimination face à la corruption.

Tout d'abord, la corruption est parfois reconnue ambivalente, c'est-à-dire un comportement toléré comme normal ou du moins nécessaire dans un milieu mais peut être vu comme déviant et pénalement répréhensible dans un autre. Toutes les formes de corruption, même celle apparemment insignifiante, érodent cependant les fondations de la société. La corruption devrait ainsi être reconnue pour ce que réellement elle constitue: une menace de crise universelle¹³⁸⁹. Ensuite, dans une société où l'Etat se désengage de plus en plus dans la gestion de la vie économique et sociale, le rôle du secteur privé et de la société civile devient davantage plus conséquent. Ce qui amène au constat que ces acteurs jouent au même titre que les acteurs publics, sinon plus, un rôle prépondérant de la vie nationale, d'où la nécessité d'une protection plus sérieuse à leur endroit. Pour les mêmes raisons, on en conclut que tous les acteurs institutionnels doivent observer au regard du droit pénal les mêmes règles de comportement pour protéger la valeur intégrité. En effet, les mêmes comportements délictuels incriminés, puisque portant atteinte à la valeur protégée, sont communément retrouvés dans tout secteur. Il est alors dommageable pour la société de tolérer des manquements du fait tout simplement de la non appartenance de leurs auteurs au secteur public. En matière d'intégrité, considérée comme base du respect de toutes les valeurs protégées, l'égalité de tous devant elle devrait être la règle.

Comme suite logique du double standard, ceux moins contraints sont enclins à transgresser les règles et à inciter de facto les autres plus contraints à les imiter. Cette incitation devient plus accentuée avec l'application des excuses absolutoires envers les corrupteurs repentis. Socialement, les besoins fondamentaux des citoyens sont supposés être les mêmes nonobstant leur appartenance dans divers secteurs ou institutions. C'est pourquoi le double standard, au lieu de protéger la fonction publique, tend au contraire à la miner et affaiblir en conséquence la valeur intégrité. L'internationalisation récente de la lutte contre la corruption devrait pouvoir encourager le législateur à mettre les citoyens au même piédestal quant à la préservation de l'intégrité. Une situation qui requiert une amélioration du contenu et de la physionomie des instruments.

II. NECESSITE D'UNE REFORME COURAGEUSE

Il est reconnu que le législateur a déjà réalisé un pas significatif vers la réduction de la discrimination. En premier lieu, il a élargi la catégorie de personnes en charge

¹³⁸⁷ La concussion, l'ingérence, le favoritisme, la corruption proprement dite et le trafic d'influence

¹³⁸⁸ Peter Alldridge, *op. cit.*, p.295

¹³⁸⁹ Kramer W., *The Money Trap, Stopping the Spread of Corruption*, Editorial notes, *Open Society News Summer*, Soros Foundation Network, Fall 2003, p.1

d'une fonction publique susceptibles d'être visée par les infractions de corruption. Comme il a été vu, le terme fonctionnaire public a été depuis longtemps abandonné dans les incriminations au profit des termes plus englobantes, telles les trois catégories classiques : personne investie d'une autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif. Avec la nouvelle loi anti-corruption de 2004, directement inspiré de celui en usage par les conventions internationales pertinentes, le terme agent public est utilisé constamment dans la construction des nouvelles incriminations vues plus haut. En second lieu, les réformes ont élargi le cercle des personnes incriminables dans le secteur privé en y incluant les dirigeants d'entreprise privée et les personnes exerçant une profession libérale.

Toutefois, ces mouvements sont limités sur les infractions de corruption, prise en son sens étroit, laissant les autres comportements aussi dommageables pour l'intégrité encore l'apanage des agents publics. Elles constituent ainsi des raisons sérieuses militent en faveur d'une réforme qui trancherait avec le principe du double standard. Ce qui suggérerait, d'une part, la réorganisation de la structure du code pénal et, d'autre part, la reformulation des incriminations.

1- Section autonome sur l'intégrité

Comme il a été mentionné dans le chapitre préliminaire, la physionomie du code pénal, à travers le regroupement des incriminations, reflète dans une certaine mesure le positionnement des valeurs protégées dans l'échelle des valeurs sociales. Il apparaît ainsi que, dans la construction actuelle, l'intégrité reste encore une valeur cachée en seconde zone quant à sa protection. En effet, les modifications apportées en 2004 n'ont pas profondément touché la structure du code pénal, en ce sens que la section dans laquelle sont apportées les modifications et intégrées les nouvelles incriminations n'a même pas changé de dénomination. La préoccupation dépasse largement l'esthétique et l'aisance de lecture pour exprimer et rendre visible la promotion de la valeur intégrité sur l'échelle des valeurs sociales pénalement protégées.

Dans les pays ayant une tradition de codification des normes pénales, la place accordée aux incriminations en protection d'une valeur dans un code pénal traduit en principe la place de celle-ci dans l'échelle des biens juridiques protégés. En ne touchant pas à cette structure, on serait amené à conclure que les réformes n'ont fait que renforcer la préservation de la valeur « paix publique », au sens strict que celle-ci a. Dans la structure actuelle, elles sont encore positionnées dans la section s'occupant de la fonction publique¹³⁹⁰. Or, il est mis en évidence par les développements précédents que l'intégrité est une valeur fondamentale devant recevoir un respect général et avoir une place privilégiée dans l'échelle des valeurs sociales protégées pénalement. Il a été également démontré que la dégringolade de cette valeur avait entraîné l'abaissement de la protection et même de la considération sociale des autres valeurs, confirmant ainsi sa nature fondamentale. Une protection appropriée de l'intégrité ne concourt pas uniquement à la paix publique, elle est fondamentale pour le développement durable. Ainsi faisant, plus que la paix publique, l'intégrité mériterait en exclusivité un chapitre qui regroupe tout au moins toutes les infractions contre elle.

¹³⁹⁰ Chapitre III, section 2 et § 4 du Code pénal

Sur le plan de la technique législative, l'intitulé de la section pertinente devient ainsi exigü et mérite d'être modifié en raison de l'extension du champ des incriminations à d'autres personnes que les fonctionnaires et assimilés. En effet, si la majorité des nouvelles incriminations visent encore des personnes exerçant une fonction publique, on peut recenser maintenant parmi les incriminables de plus en plus de personnes du secteur privé, commercial, industriel et de la profession libérale, si seuls les employés des entreprises privées ont été seuls visés avant les réformes. A l'international, sont aussi actuellement concernés les fonctionnaires des organismes internationaux et les agents publics étrangers. A bien comprendre la logique des dernières réformes, ces extensions sont toujours en protection de la fonction publique. Elle est encore basée sur une conception dépassée, même sur le plan de la lutte contre la corruption uniquement.

2- Reformulation des incriminations

Si l'intégrité devait être reconnue et promue en tant qu'intérêt juridique autonome à protéger, il conviendrait évidemment de se départir du principe du double standard qui serait nocif dans la préservation générale de l'intégrité. La finalité du raisonnement serait d'avoir une incrimination générale d'atteinte à l'intégrité.

a. Elimination du double standard

En effet, le droit pénal en protégeant une valeur aussi fondamentale que l'intégrité devrait mettre tout le monde sur le même piédestal et ne pas faire une discrimination, aussi positive soit-elle. Tout au plus, les spécificités en matière de comportement lié à la profession devraient être du ressort des règles disciplinaires et non des normes pénales qui, de plus en plus, en ce domaine devraient maintenir sa généralité. En conséquence, plusieurs des incriminations du paragraphe 4 du code pénal devraient ne plus faire de discrimination quant à la qualité des personnes visées. A charge pour l'autorité d'application de la loi d'éventuellement apprécier sa pertinence à une catégorie spéciale de personnes.

On pourrait objecter que des comportements prohibés découlent exclusivement de l'exercice de la fonction publique et que cela justifierait le cantonnement de la compétence *ad personam* d'une incrimination. En effet, parmi les incriminations de corruption et assimilées du paragraphe 4, il existe celles qui paraissent être l'apanage des agents publics seuls en tant qu'auteur principal et ne pouvaient être rencontrés dans le secteur non public. On pourrait citer comme exemple la concussion et les infractions de la famille des intérêts incompatibles comme le commerce incompatible, les prises illégales et le conflit d'intérêts.

Comme il a été vu, la concussion consiste à une perception indue dans la collecte de rentrée ou paiement de deniers publics. Il en est de même pour les intérêts incompatibles où l'incrimination met toujours en jeu un intérêt privé et un intérêt général. Toutefois, le comportement délictueux, apuré des autres éléments caractérisant le côté public peut aisément être commis dans le secteur privé. Dans la majorité des cas, ces comportements nuisent en premier lieu des intérêts privés, ceux des actionnaires, associés et propriétaires en matière d'entreprise. Certes, ils sont disciplinairement réprimés mais, dans certains cas, une réponse pénale devrait s'imposer. Outre le besoin de la protection égalitaire de l'intégrité, l'atteinte de ces intérêts dans ce cadre se répercute aussi sur les éléments du développement durable.

La finalité de tout entreprise est de concourir tout au moins à la croissance économique de son milieu et sans laquelle elle est vouée à l'échec.

A l'analyse, aucun argument ne saurait guère prospérer et faire obstacle à un respect équitable de cette valeur, qui conduirait vers une extension au niveau de la qualité des personnes visées voire une généralisation. En ce qui concerne la concussion, il est vrai que le but original c'est de protéger la crédibilité publique en respectant les clients de l'Etat. Cependant, les clients du secteur privé qui en fin de compte se recrutent aussi dans la même population méritent aussi tant d'estime. Percevoir ce qui n'est pas dû ou ce qui excède au normalement dû dans le secteur privé est tout aussi un comportement contre l'intégrité et porte atteinte aux intérêts sociaux.

Pour illustrer autrement, le conflit d'intérêt survient lorsque les intérêts privés d'un agent public ou de toute autorité publique coïncident avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice des devoirs officiels. Une situation analogue peut également être rencontrée dans le secteur privé où un dirigeant ou un salarié peut voir ses intérêts personnels entrer en coïncidence ou en concurrence avec les intérêts de la société ou de l'entreprise. Cette confusion est susceptible de nuire la confiance des parties prenantes et met en danger un des fondements du droit commercial. La non déclaration du conflit mérite une réponse pénale. L'affaire ENRON avait démontré les conséquences d'un tel conflit d'intérêt sur tous les plans¹³⁹¹.

En réalité, la question n'est pas nouvelle et, dans la doctrine anglaise, elle a déjà été posée de la manière suivante : est ce que n'importe qui peut être corrompu ou est-ce que c'est une condition préalable de la corruption que le corrompu fait partie d'une catégorie limitée des relations légalement définies?¹³⁹² S'orientant plus vers la protection du marché, la réponse donnée à ces interrogations conduirait à l'abandon dans le droit anglais d'une discrimination public-privé¹³⁹³ et l'incrimination des comportements corruptifs d'une manière plus générale¹³⁹⁴.

b. Rationaliser les incriminations

Sans aller jusqu'à adopter une telle démarche qui pourrait aller à l'encontre de la conception malagasy de la légalité des crimes et des délits, il suffirait dans un premier temps de ne faire aucune distinction quant aux personnes visées par les incriminations et, dans un second, de supprimer les incriminations paraissant faire double emploi. Toutes les incriminations pourraient, avec une neutralisation des actes délictueux, par conséquent être reformulées de façon non discriminante. L'on peut reprendre pour ce faire soit la formule consacrée « quiconque aura... », soit l'utilisation en groupe sujet le ou les comportements délictueux « sera puni de... le fait de... ».

La concussion pourrait ainsi être reformulée comme suit : « Le fait de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, salaires ou traitements, redevances ou prix, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, sera puni de... ». La prévention du conflit d'intérêts gagnerait également si elle était observée sans discrimination et serait

¹³⁹¹ Enron Bankruptcy Has Global Consequences, *Insurance Journal*, December 3, 2001, <http://www.insurancejournal.com/news/international/2001/12/03/13297.htm>; v. aussi Frank T., Déréglamentation et trafics d'influence, Enron aux mille et une escroqueries, *Le Monde diplomatique*, février 2002, p. 24

¹³⁹² Peter Alldridge, *op. cit.*, p.290

¹³⁹³ *Ibid.*, pp.294 et s.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, pp. 302-303

posée de la manière suivante : « Un conflit d'intérêt survient lorsque les intérêts privés d'une personne coïncident avec l'intérêt public ou social et sont susceptibles d'influencer l'exercice des devoirs professionnels. Tout conflit d'intérêt doit être immédiatement déclaré auprès de l'autorité hiérarchique. Le non respect de cette obligation sera passible»

De telles reformulations appliquées à toutes les incriminations existantes conduiraient à l'élimination de certains articles du CP qui deviendraient ainsi surabondants ou superflus. Ce serait le cas des infractions suivantes : la concussion des greffiers, le commerce incompatible avec la qualité, la corruption active des agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques et la corruption des dirigeants, actionnaires et employés des entreprises privées ainsi que des membres des professions libérales. Par ailleurs, elle permettra d'éviter des successions interminables de réformes¹³⁹⁵, une des sources de l'inflation législative qui rend le droit moins lisible par les premiers concernés. Sans doute, la seule exception permise à cette suggestion de non discrimination serait l'infraction de non déclaration de patrimoine qui constitue d'ailleurs une exception au droit au respect de la vie privée. On pourrait cependant étendre la mesure à certaine personne privée, physique et morale, qui ont une certaine relation d'affaires avec l'Etat, comme ses fournisseurs et ses cocontractants.

c. Réprimer l'atteinte à l'intégrité

La doctrine anglaise a suggéré en tant que critère de détermination des incriminations de corruption, l'acte corruptif tout particulièrement, l'atteinte inhérente à la corruption causée au marché et non à une relation particulière de personnes¹³⁹⁶. Non loin de cette théorie, il serait préférable de retenir l'atteinte de la valeur protégée comme critère centrale de la détermination de la corruptibilité d'un comportement, quelle que soit les circonstances. L'avantage d'une telle méthode consisterait, d'une part, à n'avoir qu'une incrimination principale en la matière, comme le meurtre, en matière d'atteinte à la vie, ou le vol simple, en matière d'atteinte à la propriété. D'autre part, les praticiens n'auraient plus la difficulté de scruter et réunir les divers éléments constitutifs d'infractions spécifiques comme le favoritisme, l'enrichissement injustifié et autres. En revanche, il se focaliserait à chercher si le cas qui lui est soumis porte réellement atteinte à l'intégrité qui devrait ainsi avoir une définition plus objective.

La question qui se poserait en effet est de savoir comment l'atteinte à l'intégrité se traduit-elle en pratique? A titre de comparaison, en matière d'appropriation frauduleuse l'atteinte se traduit par l'expropriation indue du propriétaire et, en matière d'atteinte à l'honneur elle se traduit par un discrédit. A cette préoccupation, deux voies paraissent s'ouvrir pour le législateur, soit de définir le comportement typique portant atteinte à la valeur d'une façon relativement large, soit de laisser la discrétion de la définition à la jurisprudence tout en incriminant le fait d'y porter atteinte. Bien que s'écartant visiblement au traditionnel principe de légalité, cette dernière solution peut avoir l'avantage de suivre l'évolution des phénomènes de corruption. En fin de compte, les deux possibilités peuvent ne pas s'exclure et l'on y reviendrait à la technique utilisée par Andrianampoinimerina qui consistait à punir le fait de recevoir

¹³⁹⁵ L'exemple de droit français permet bien d'illustrer ces propos, les dispositions anti-corruption du NCP ont depuis 1993 subi pas moins de trois modifications visant à la conformité avec les normes internationales ou communautaires.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p.298

un avantage pour porter atteinte à l'équité, avec des illustrations jurisprudentielles qui guideront les praticiens.

Malgré tout, s'il s'avèrerait encore irréaliste de se départir de cet aspect discriminatoire, des carences perceptibles restent encore à remédier dans l'actuelle législation pénale anti-corruption.

B. FAVORISER L'INTERVENTION DES INSTITUTIONS

Le changement de comportement en faveur de l'intégrité requiert la mise en ligne de front de toutes les structures institutionnelles déterminantes dans une société. Les réformes de 2004, à travers les modifications du droit pénal, n'ont mis en jeu que la justice, l'administration et dans une moindre mesure le secteur privé. Non plus, elles n'ont pas suffisamment mis en exergue l'apport des institutions par le biais des règles disciplinaires.

I. PARTICIPER A LA REPONSE PENALE

L'élimination de la discrimination devrait, de fait, combler certaines lacunes dans la loi pénale anti-corruption. A défaut, il faudrait dans le sens opposé les compenser par des incriminations nouvelles ou additionnelles qui intégreront davantage d'autres institutions. Dans ce cadre, la nocivité d'un comportement face à une valeur pénalement protégée peut être caractérisée, d'une part, par une atteinte directe et, d'autre part, par une atteinte détournée.

1- Etoffer l'incrimination des atteintes directes

Sur la base du diagnostic de la corruption et de la stratégie nationale qui en découlait, l'encadrement des phénomènes de corruption mérite encore d'être renforcé au moins dans deux domaines : les secteurs non étatiques et la société politique.

a. La corruption dans les secteurs non étatiques

L'on a pu mentionner plus haut la nécessité de réprimer la corruption active dans le secteur privé. En effet, l'existence de la corruption passive des personnes exerçant une fonction publique suppose nécessairement l'existence de la corruption active du côté du demandeur du service public. Par analogie, l'incrimination de la corruption passive de personnes exerçant une fonction dans le secteur privé nécessite l'incrimination du comportement de l'autre protagoniste. Il est ainsi tout à fait envisageable de réprimer un dirigeant d'une société privée se laissant tenter de payer un autre dirigeant concurrent pour que celui-ci par exemple s'abstienne de soumissionner pour un marché public en cours d'appel d'offres. Certes, le comportement serait déjà encadré par les règles de la concurrence mais à regarder de près, l'encadrement anti-corruption devrait entrer en jeu lorsqu'il s'agit pour ces dirigeants d'avoir agi aussi pour des avantages personnels indus et non spécifiquement pour ceux de la société.

Il s'agirait en outre d'un pas supplémentaire vers une mise en conformité avec les normes internationales ou régionales auxquels Madagascar a adhéré et qui se

pratique déjà dans d'autres systèmes nationaux. A titre de rappel, la Convention des Nations Unies contre la corruption encourage ses membres d'incriminer le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte¹³⁹⁷. De telles recommandations sont plus contraignantes dans la Convention de l'Union Africaine en la matière¹³⁹⁸.

Enfin, comme Madagascar a intégré le SADC et ratifié son Protocole anti-corruption, il sera incontournable d'incriminer le fait d'offrir, de donner ou de promettre, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige un organisme du secteur privé ou est employé par ce dernier en quelque qualité que ce soit, ou le fait, pour cette personne, de solliciter ou d'accepter cet avantage indu, directement ou indirectement, à titre personnel ou pour autrui, moyennant qu'elle agisse en contravention de ses devoirs ou s'abstienne d'agir¹³⁹⁹. Il faudra aussi ne pas perdre de vue l'applicabilité de toutes ces infractions dans la société civile qui se démarque essentiellement de son homologue, le secteur privé, par la poursuite d'un objectif à but non lucratif.

A titre comparatif, le droit pénal français vient de se mettre en conformité avec le droit communautaire et par ricochet avec la Convention des Nations Unies en incriminant la corruption passive et active commise par des personnes n'exerçant pas une fonction publique. Cette catégorie de personnes inclut vraisemblablement et les acteurs du secteur privé et ceux de la société civile. C'est ainsi que des nouvelles dispositions législatives punissent le fait de corrompre une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque¹⁴⁰⁰.

b. La corruption politique

Il est reconnu que la corruption sape systématiquement les principes démocratiques et affaiblit ainsi la foi du peuple au processus politique¹⁴⁰¹. La corruption politique prendrait forme lorsque deux notions distinctes, le financement politique et la corruption se rejoignent. Plusieurs formes de corruption pourraient en naître comme l'abus de ressources étatiques, la limitation d'accès des partis de l'opposition au financement et les contributions politiques destinées à obtenir des compensations, des faveurs, des contrats ou à obtenir un changement de politique¹⁴⁰². La corruption politique recouvre également une réalité complémentaire dans la vie politique, la corruption électorale qui consisterait en des ententes

¹³⁹⁷ Article 21

¹³⁹⁸ Article 4-1 a) et b)

¹³⁹⁹ Article 3 e)

¹⁴⁰⁰ Articles 445-1 et 445-2, inséré par Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 Article 3 Journal Officiel du 6 juillet 2005

¹⁴⁰¹ Présupposés par l'auteur comme la redevabilité des gouvernants envers les citoyens, l'administration équitable et juste du droit, la transparence de leurs actions et l'accès de tous au processus politique. Anderson C. J. and Tverdova Y. V., Corruption, political allegiances, and attitudes toward Government in contemporary Democracies, *American Journal of Political Sciences*, Vol. 47, n° 1, jan. 2003, p. 91

¹⁴⁰² Waleck M., *op. cit.*, pp.23 et 24

convenues entre, d'une part, les partis ou candidats et leurs donateurs ou, d'autre part, les partis ou candidats et l'administration électorale¹⁴⁰³.

Contre ces comportements qualifiés globalement de corruption politique, les deux instruments internationaux pertinents pour Madagascar recommande une stricte réglementation. Toujours aussi prudente et sans aller jusqu'à proposer une mesure pénale, la Convention des Nations Unies contre la corruption demande aux Etats parties d'envisager l'adoption des mesures législatives et administratives appropriées afin d'accroître la transparence du financement des candidatures à un mandat public électif et, le cas échéant, du financement des partis politiques. L'instrument de l'Union Africaine va un peu plus loin en obligeant aux membres de prohiber l'utilisation des fonds acquis par des pratiques illégales et de corruption pour financer des partis politiques et intégrer le principe de transparence dans le financement des partis politiques¹⁴⁰⁴.

Bien qu'aucune des ces conventions ne préconisent la mesure pénale, il conviendrait pour une meilleure effectivité d'accompagner les mesures préventives de transparence, de limitation de contribution et la prohibition des fonds d'origine illicite par des dispositions pénales. Sur le plan interne, les états des lieux sur la corruption au niveau des partis politiques sont éloquents et rapportent la situation de sa grande prévalence dans le système politique malagasy, notamment l'utilisation abusive des moyens étatiques à des fins politiques et partisans. On peut également dire avec recul que les crises électorales de 2002 seraient dues en grande partie par le manque de crédibilité de l'administration électorale, en première ligne le juge constitutionnel.

Madagascar dispose d'une loi règlementant la vie des partis politiques, qui reste néanmoins défailante en matière de leur financement. Les normes existantes en la matière ne sont pas au niveau des exigences conventionnelles en ce que seule l'interdiction du financement des campagnes électorales par des organismes publics ou semi-publics est encore encadrée pénalement¹⁴⁰⁵. Or il est flagrant que les dérives, qualifiables de corruption en général, proviennent surtout du mécanisme de financement par des sources privées des campagnes et des partis politiques eux-mêmes dans leur vie hors période électorale.

Pour améliorer, une proposition de loi sur les partis politiques a été élaborée par une vingtaine de partis actifs avec la participation du CSLCC et déposé au Bureau de l'Assemblée Nationale par le biais d'un groupe parlementaire hors de la majorité. Cette proposition ne s'est occupée que du financement des partis politiques, en campagne électorale ou non, laissant hors de son champ la campagne électorale des personnes non affiliées. Il conviendrait alors de prévoir des règles régissant les pratiques et le financement de la vie politique, notamment les campagnes électorales, et mettre en place des normes pénales de renforcement pour leurs meilleures effectivités. Les réformes devraient alors se préoccuper de la principale source d'atteinte à l'intégrité : la contribution abusive au financement politique qui serait définie comme toute transaction financière injustifiée ou illicite (souvent menée par un candidat ou un parti) au profit exclusif d'un candidat, d'un parti politique ou d'un groupe d'intérêt¹⁴⁰⁶. Les sources de contribution peuvent être de nature public ou de nature privé et prendre diverses formes, d'où les multiples formes de corruption en la

¹⁴⁰³ Pfeiffer S., *op. cit.*, p.91

¹⁴⁰⁴ Article 10

¹⁴⁰⁵ Articles 39 et 134 du code électoral de 2004

¹⁴⁰⁶ Waleck M., *op. cit.*, p. 25

matière qui peuvent aller de l'achat de vote jusqu'en la capture de l'Etat en des fins électorales.

Le rôle du droit pénal se cantonnerait alors de renforcer les mesures de transparence, d'égalité et d'accès dans la vie politique voire du processus démocratiques afin d'y éliminer les atteintes à l'intégrité. Il convient de prendre garde que plusieurs violations de ces mesures ne relèvent pas du comportement corruptif et partant devrait être du ressort de sanctions administratives. En conséquence, l'encadrement pénal agira exclusivement en cas de violation grave et de mauvaise foi des règles de publicité des sources et de gestion des ressources, de limitation de contribution, d'interdiction d'usage de fonds illicites et autres normes similaires lorsque les deux constantes de la situation de corruption sont présentes : la violation des devoirs officiels influencée par un avantage indu.

Concernant les fonds illicites, les principaux actes d'origine sont déjà encadrés par le droit pénal, soit dans la loi sur les opérations de blanchiment, soit dans le favoritisme en marché public. Ce qu'il importe de traiter dans cette rubrique serait l'utilisation particulière de ces fonds dans le système politique. Les acteurs doivent alors répondre de leur connaissance de l'origine illicite des fonds dont il persiste à utiliser au mépris de l'interdiction, en tant qu'auteur principal d'une infraction et non de complicité ou de recel de blanchiment ou de favoritisme. Il conviendrait également pour un bouclier plus étanche de prévoir l'extension de l'enrichissement illicite et de la déclaration de patrimoine à l'endroit des acteurs politiques.

Sur la corruption en matière de vote, la solution pénale consisterait à renforcer les sanctions sur l'achat de vote et d'inciter les vendeurs à la dénonciation par les techniques d'indulgences¹⁴⁰⁷. En effet, comme il a été mentionné dans la section sur les incriminations de corruption dans le système électoral, la sanction du trafic de vote est très insignifiante et il n'entraîne aucune conséquence sur l'éligibilité et le droit au vote des deux parties.

Par ailleurs, avec une certaine adaptation, il serait également envisageable d'étendre le favoritisme en matière électorale, étant donné que les règles électorales ont des objectifs similaires avec ceux des règles en matière de marchés publics qu'est la garantie de l'égalité des candidats et de l'accès au processus. Pour être qualifiée de favoritisme, la violation des règles dans les deux cas nécessite un avantage indu procuré à autrui. La prévention sera tout au moins distincte de la contribution directe prohibée au campagne de l'article 133 alinéa 3 du code électoral, laquelle nécessite des éléments constitutifs bien précis, sinon l'englober. Dans le système électoral, cela prémunirait davantage un quelconque abus fait par un agent électoral de favoriser un candidat au détriment des autres ou à leur restreindre l'accès à la compétition électorale. L'on peut, à titre d'exemple, faire tomber sous le coup de cette incrimination les manœuvres relatifs à la confection des listes et cartes électorales qui visent à favoriser un candidat ou une option.

Vu sous un autre angle plus préventif, les manquements aux mesures suscitées peuvent nourrir la corruption dans la vie politique et il conviendrait d'y mettre un obstacle pénal afin de préserver l'intégrité du processus politique. En effet, les deux constantes du comportement indésirable sont constamment présentes : la violation des devoirs officiels et des règles sur la transparence, et l'avantage indu qui consisterait surtout à la rupture d'égalité manifeste, avantage par rapport aux autres candidats par exemple. Toutefois, une telle opinion aurait pour effet de faire jouer au droit pénal un rôle qui n'est pas le sien, la prévention en première ligne, alors qu'il ne

¹⁴⁰⁷ Pfeiffer S., *op. cit.*, p.98

devrait agir qu'en tant qu'accompagnateur des mesures préventives dans des cas très précis, lorsque les sanctions disciplinaires ou administratives, plus rapides et efficaces, ne seraient plus en mesure de protéger l'intégrité du processus. En outre, le processus démocratique à travers la vie politique a besoin de financement pour fonctionner¹⁴⁰⁸, mettre en premier plan les barrières pénales aussi préventives qu'elles soient pourrait entraîner la fermeture des sources et handicaperait gravement le bon fonctionnement de la démocratie.

Enfin, des règles éthiques doivent guider la vie politique et, les manquements des acteurs majeurs de s'y conformer, comme les partis politiques, pourraient dans une certaine mesure être circonscrits par de mesures pénales, étant donné qu'il n'existe pas d'autorité disciplinaire incontestée en la matière. Ces dispositions pénales doivent ainsi soit être insérées pour étoffer le code électoral soit intégrer une loi spéciale sur la transparence et l'intégrité de la vie politique comme en droit français.

D'une manière indirecte, le droit pénal devrait en outre accompagner les mesures de vigilance réciproque entre institutions de façon à renforcer leur effectivité dans la mise en œuvre des normes pénales.

2- Faciliter les actions inter-institutionnelles

L'acquisition durable de comportement conforme à la valeur intégrité reste la finalité de la lutte contre les phénomènes de corruption. On peut dire que les mesures de prévention et d'éducation constituent les outils les mieux indiqués et elles favorisent la redevabilité horizontale. Parmi ces mesures, l'accès à l'information, l'effectivité de l'administration de la justice et l'absence d'influence négative figurent parmi les plus indispensables. Cependant, dans un contexte d'apprentissage démocratique, elles doivent être combinées avec des mesures de répression pour être efficaces.

a. Par l'accès à l'information

Il s'agit d'accroître la transparence de l'administration publique, notamment en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels. Les acteurs institutionnels auront ainsi accès aux informations nécessaires pour les besoins de veille et d'interpellation. Pour cela, des mécanismes existent comme l'adoption de procédures ou de règlements sur l'obtention par les usagers de ces informations, la simplification des procédures administratives afin de faciliter l'accès aux autorités de décision compétentes et, la publication périodique d'informations. Aussi recommandée par la Convention des Nations Unies, la mesure est plus limpide et contraignante dans la Convention africaine qui la cantonne cependant sur les informations qui intéressent la lutte contre la corruption¹⁴⁰⁹. Ces deux instruments n'ont à aucun moment préconisé des mesures pénales d'accompagnement mais, avec une culture dominante du secret elles deviendraient dans une certaine mesure des vœux pieux. Il est indispensable que les agents de l'Administration se sentent suffisamment contraints par des sanctions pénales, dans le cas d'une violation du devoir d'informer ou de laisser libre accès aux informations non protégées.

¹⁴⁰⁸ USAID, *Money in politics handbook : a guide to increasing transparency in emerging democracies*, Technical Publication Series, novembre 2003, p.9

¹⁴⁰⁹ Article 9

Pour Madagascar, un *draft* de loi y afférent a été élaborée par le CSLCC et est en cours de discussion avant le processus d'adoption. Ce texte a pour but de garantir aussi le principe de la transparence, de prévenir la corruption, de promouvoir la démocratie en offrant aux citoyens l'opportunité de suivre la gestion des affaires de l'Etat et des fonds publics, de permettre la formation autonome des opinions et de favoriser la participation des citoyens à la vie publique. En cas de refus de communication, le demandeur devrait avoir le droit de saisir la Commission d'accès à l'information ou le cas échéant d'avoir recours à la voie hiérarchique administrative sans préjudice de toute autre voie¹⁴¹⁰.

Ces mesures sont seulement efficaces lorsque le refus est un acte administratif ou motivé en tant que tel. Surtout, la loi devrait contenir des dispositions pénales dans le cas où le refus émane d'un acte individuel et relevant d'une pure mauvaise foi sans la moindre intérêt de service à faire prévaloir. Dans ce cas, elle devrait prévoir l'incrimination des comportements mettant de mauvaise foi des entraves au libre accès à l'information¹⁴¹¹. La question est plus délicate en matière d'administration de la justice où confidentialité et transparence doivent cohabiter avec finesse. Le mauvais dosage pourrait en effet résulter en une entrave à la répression de la corruption.

b. Entrave à la justice anti-corruption

La loi anti-corruption de 2004 a déjà renforcé l'effectivité de la répression en protégeant l'intégrité des investigations menées par BIANCO¹⁴¹². Ces mesures mériteraient encore d'être davantage étoffées, notamment en faveur des collaborateurs. La justice, institution prioritaire dans la promotion de l'intégrité, mérite d'être appuyé dans ses œuvres, particulièrement pour sa liberté d'agir.

Outre les mesures d'indulgence aux fins d'incitation à la dénonciation, les collaborateurs de justice en la personne des informateurs, dénonciateurs, victimes et témoins d'actes de corruption devraient recevoir une protection plus adéquate contre toute forme de représailles et d'obstacles à leur accès à la justice. A titre de rappel, la protection de ces collaborateurs constitue un enjeu important dans la lutte contre la corruption puisque de son efficacité dépend en grande partie l'effectivité de la justice pénale. S'ils ne se sentent pas en confiance, les organes de répression de la corruption auraient sans doute moins de doléances de qualité pour traquer la corruption d'envergure.

En toute logique, sans une protection appropriée, plus la puissance des personnes mises en cause est importante, moins les collaborateurs se portent volontaires. Ces derniers ont une crainte légitime face à la nuisance des représailles, comparée à l'efficacité des mesures de protection, et les efforts de sensibilisation pour une participation citoyenne en ce sens n'auraient qu'un succès mitigé. En effet, existant en situation normale, le dilemme moral¹⁴¹³ que font face le dénonciateur et le

¹⁴¹⁰ Article 33

¹⁴¹¹ Pour de plus amples informations sur l'accès à l'information, voir Martin R. and Feldman E., *Access to Information in Developing Countries*, TI Working Paper, 1998 ; et aussi Jeremy P., *L'accès à l'information : qui y a droit et à quelle information ?*, *Rapport mondial sur la corruption 2003*, TI, 2004

¹⁴¹² Voir ci-dessus pp. 303 et ss. et article 31 alinéa 3 de la loi 2004-030

¹⁴¹³ Très souvent sinon dans tous les cas, le dénonciateur hésitera entre la loyauté envers la victime de sa dénonciation et le respect de valeurs sociales à protéger, ici l'honnêteté et la probité. On y mentionnera utilement que la balance fait souvent face aux pressions de l'environnement notamment les jugements de valeur concernant les motivations du dénonciateur et sur sa personne même.

témoin ne vont pas favoriser leur tâche. Ce que l'on convient d'appeler protection des dénonciateurs et des témoins peut prendre plusieurs formes suivant les objectifs poursuivis et chaque pays a sa propre manière de s'y prendre. Cette différence d'approche se rencontre même au niveau international.

La Convention des Nations Unies a choisi d'orienter la protection sur les témoins face non seulement aux menaces de contrainte physique mais également contre les incitations, lesquelles sont perpétrées afin obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure¹⁴¹⁴. Pour sa part, la Convention de l'Union Africaine recommande la protection de trois catégories de trois personnes : l'informateur, le témoin et le dénonciateurs, en se focalisant sur l'anonymat et l'assurance face aux représailles éventuelles¹⁴¹⁵. Il est à noter que ces deux instruments ne préconisent pas de dispositions pénales pour accompagner la protection. D'une manière générale, il semblerait que le statut du victime témoin est plus dangereux et diffère de celui du simple témoin non victime et de celui de la victime qui ne témoigne pas¹⁴¹⁶.

Des pays, notamment des États démocratiques d'inspiration anglo-saxonne, ont adopté des textes particuliers qui traitent particulièrement de la protection des dénonciateurs ou divulgateurs. L'acte, dit *whistleblowing* en anglais, délibéré et libre, est posé par une personne qui a un accès privilégié à l'information d'une organisation, et qui rend publique une illégalité ou une mauvaise action grave à une entité externe ayant le pouvoir de corriger la situation, y compris les phénomènes de corruption. La protection par le droit pénal, notamment aux cas graves de représailles ou à des cas de vol de documents de la part du divulgateur, existe aux côtés des autres mesures mais semble ne pas être la règle.¹⁴¹⁷

Le droit malgache fait de la dénonciation des infractions une obligation, dans le cadre de l'exercice de la fonction publique et dans certaines circonstances, sans encadrer ni protéger le dénonciateur¹⁴¹⁸. Compte tenu des dangers réels de l'utilisation seule d'une protection légale des dénonciateurs¹⁴¹⁹, il semble opportun, particulièrement dans le cas de dénonciation des pratiques corruptives, d'avoir un cadre approprié de protection des dénonciateurs, de bonne foi, assorti de mesures pénales appropriées¹⁴²⁰.

L'informateur, plus libre face à l'éthique professionnelle, diffère en outre du dénonciateur en ce qu'il ne fait nécessairement pas partie d'une organisation et agit principalement en collaboration avec les agents de police et de la justice pénale. Il semblerait que les tribunaux du Canada, tout comme ceux de l'Australie, de l'Angleterre, de la Nouvelle-Zélande et des Etats-Unis, ont reconnu d'une manière général le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police, communément appelé « le privilège de l'informateur ». Outre les mesures disciplinaires que devrait encourir un investigateur ou agent de la justice ne respectant

¹⁴¹⁴ Article 25-a) Convention des N.U

¹⁴¹⁵ Article 5- 5°,6° et 7° du la Convention de l'U.A

¹⁴¹⁶ Stability Pact for South Eastern Europe, Task Force on trafficking in human beings, *Special Protection Measures for Trafficking Victims Acting as Witnesses*, Outcome document of the Working Group Meeting On "Victim/Witness Protection", Portoroz, Slovenia, 26-27 March 2003, p.2

¹⁴¹⁷ Bec J., Le devoir de divulgation - Le Whistleblowing, une éthique de la loyauté, *Télescope*, juin 2000, vol. 7, n° 2

¹⁴¹⁸ Article 161 al. 2 et 3 du CP et article de l'Instruction Présidentiel de 1966

¹⁴¹⁹ Zipparo L., Factors which deter public officials from reporting corruption Crime, *Law & Social Change*, vol. 30, Kluwer Academic Publishers, 1999, p.275

¹⁴²⁰ UNODC, Whistleblower protection, tool # 37, *Anticorruption toolkit*, p.405

le principe de respect, il pourrait même, en certaines circonstances, être accusé d'entrave à la justice.¹⁴²¹ Il est somme toute logique que la mesure s'applique rigoureusement en matière de corruption. Il conviendrait ainsi d'étendre l'obligation de confidentialité particulière ou générale prévue par la loi anti-corruption de 2004 sur l'identité des personnes mises en cause à celle des informateurs et dénonciateurs anonymes.

Concernant le témoin, victime ou non, leur protection semble la plus indispensable pour la justice pénale en général et pour la répression de la corruption en particulier. En effet, l'intimidation des témoins porte un coup fatal à la racine du système de justice criminel par l'inaccessibilité des investigateurs et procureurs aux preuves critiques et en sapant la confiance des citoyens en la capacité de l'Etat à les protéger et les représenter¹⁴²². Aux Etats-Unis, où le phénomène d'intimidation de témoins semblerait répandu et constitue un crime dans certains Etats, la poursuite des actes d'intimidation figure parmi les moyens de protection classique des témoins.

La situation préoccupe également les organes de lutte internationale contre le trafic des stupéfiants à tel point que le programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues a en 2000 sorti une loi modèle à l'intention de ses membres afin d'uniformiser les mesures de protection. L'article 11 de ce texte prototype contient les incriminations relatives à la protection des témoins. Les dispositions concernent notamment la divulgation des informations concernant l'identité des témoins ou celles qui peuvent compromettre sa sécurité, la communication par des personnes impliquées dans un programme de protection d'informations concernant les actes d'investigation et les investigateurs ainsi que l'utilisation des informations sur une ancienne identité en cas d'acquisition d'une nouvelle¹⁴²³.

La subornation de témoins par tous les moyens, y compris les pressions, menaces, voies de fait est punie par le droit pénal malgache¹⁴²⁴. La loi 2004-030 a prévu la protection des dénonciateurs et des témoins par l'anonymat et la mise en place de mesures anti-représailles. Elle ne s'est cependant occupée particulièrement ni des informateurs ni du rôle du droit pénal dans la mesure. L'on peut envisager, en premier lieu, l'intervention du droit pénal sur l'incrimination des représailles dans des cas non encore prévues par le droit pénal comme l'intimidation¹⁴²⁵, notamment celle implicite¹⁴²⁶. Un système de protection élaborée devra faire jouer plusieurs acteurs dont l'activisme constitue en grande partie l'effectivité des mesures. Sans préjudice des mesures anti-corruption au sein du mécanisme, le droit pénal devrait sérieusement se pencher sur les cas de négligence manifeste des responsables de la protection, portant atteinte le cas échéant au protégé et à l'administration de la justice.

c. Apologie de la corruption

Le changement global de comportement pour le respect des valeurs probité et intégrité étant l'ultime objectif, la pertinence des messages éducatifs sont de la plus haute importance. Tout au contraire serait la nocivité des messages qui tendent à

¹⁴²¹ Communauté urbaine de Montréal, Division des affaires juridiques, Le privilège de l'informateur de police, *Le conseiller juridique*, n°18, janvier 1998, pp.1 et 7

¹⁴²² Finn P. and Healey K. M., *Preventing Gang and Drug-Related Witness Intimidation*, National Institute of Justice, *Issues and Practices*, November 1996, p.1

¹⁴²³ UNDCP, *Model Witness Protection Bill*, 2000, pp. 5 et 6

¹⁴²⁴ Articles 227 et 365 du code pénal

¹⁴²⁵ Stability Pact for South Eastern Europe, Task Force on trafficking in human beings, *op. cit.*, p.6

¹⁴²⁶ Finn P. and Healey K. M., *op. cit.*, p.1

consolider la moralité et la normalité des phénomènes de corruption en leur donnant un jugement de valeur favorable. Cette tendance a été notée dans la littérature dans les années 90 lorsqu'on a présenté la corruption comme la graisse utile pour faire tourner la machine administrative rouillée des pays en développement. L'acte est aggravé lorsque des acteurs institutionnels influents réalisent de la propagande contre l'intégrité. Vu l'ampleur des dégâts causés par la corruption sur le développement humain, il n'est pas inconsideré de voir en ces tendances dans une certaine mesure l'équivalence de l'apologie de crimes.

En droit malgache, l'apologie des crimes de meurtre, pillage, incendie, vol, de l'un des crimes prévus par l'article 435 du Code Pénal¹⁴²⁷, des crimes de guerre ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi, est puni dans le cadre des infractions en matière de communication, dit délits de presse¹⁴²⁸. En droit français, l'apologie est également réprimée pénalement, et le cas récent Aussaresses a permis aux juridictions de se prononcer sur le délit. Il a été jugé que l'apologie du crime de guerre consiste à le présenter "de telle sorte que le lecteur est incité à porter sur ce crime un jugement de valeur favorable, effaçant la réprobation morale qui, de par la loi, s'attache à ce crime". Que la torture et les exécutions sommaires soient prescrites ou amnistiées importe peu. Le délit d'apologie, insistent les juges, "peut avoir trait à des crimes réels, passés, ou simplement éventuels". L'apologie est caractérisée parce que la torture, "qualifiée d'inéluctable", est accompagnée "par un commentaire personnel légitimant cette pratique".

Le danger d'une telle incrimination peut se trouver dans la limite en matière d'expression et d'information. En matière de corruption, il n'est pas rare de voir dans des rubriques journalistiques des écrits tendant à *victimiser* les auteurs de corruption de minime ampleur, allant jusqu'à légitimer certaines pratiques que la loi a déjà incriminées. De telles pratiques contrecarrent l'œuvre laborieuse d'éducation en matière de promotion de la valeur intégrité et les efforts pour son appréciation dans l'échelle des valeurs pénalement protégées. Il serait alors judicieux pour le droit pénal d'intervenir par l'ajout des infractions de corruption dans la liste de celles dont l'apologie est prohibée.

Dans tous les cas l'intervention du droit pénal devrait en permanence être harmonisée avec l'action disciplinaire au sein des structures institutionnelles, fortement structurantes en matière comportementale.

II. DANS L'ENCADREMENT DISCIPLINAIRE

Il est reconnu que les règles de conduite ne peuvent pas remédier aux défaillances institutionnelles¹⁴²⁹. Pourtant, plus que le droit pénal, le droit disciplinaire influence le comportement des acteurs et leur propension à préserver l'intégrité. On peut ainsi assumer que si un acteur institutionnel adopte un comportement portant atteinte à l'intégrité, il existe quelque part une portion de responsabilité de l'institution

¹⁴²⁷ Destruction volontaire ou la tentative de destruction par effet d'une mine ou de toute substance explosible des édifices, habitations, digues, chaussées, navires, bateaux, véhicules de toutes sortes, magasins ou chantiers, ou leurs dépendances, ponts, voies publiques ou privées et généralement tous objets mobiliers ou immobiliers de quelque nature qu'ils soient. Le dépôt, dans une intention criminelle, sur une voie publique ou privée, d'un engin explosif.

¹⁴²⁸ Article 75 alinéa 3 de la Loi n° 90-031 du 21 décembre 1990 sur la communication, *J.O* du 31.12.90 p. 2673

¹⁴²⁹ Coquillet D. R., McMorrow J. A., *Toward an Ecclesiastical Professional Ethic: Lessons from the Legal Profession*, *Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 65*, March 16, 2005, p.12

d'appartenance pour n'avoir pas su l'encadrer¹⁴³⁰. Lorsque les dirigeants politiques arrivent à abuser des prérogatives de puissance publique qu'ils détiennent, c'est dire que les institutions politiques n'étaient pas suffisamment structurantes à leur égard. Dans l'administration publique, ce devoir d'encadrement est le plus connu et il est appuyé par l'existence d'un mécanisme disciplinaire assez élaboré. L'on a pu avancer dès lors que toutes les structures institutionnelles dignes de cette appellation doivent avoir en leur sein leurs propres mécanismes qui consistent à discipliner les comportements non désirables, même sans l'intervention du droit pénal¹⁴³¹.

La discipline professionnelle ou institutionnelle constitue en premier lieu un outil de protection d'intérêts spécifiques de la profession ou de l'institution. L'incapacité de trouver un équilibre approprié entre les intérêts privés et les intérêts institutionnels constitue en matière d'intégrité la principale source des défaillances. Les intérêts institutionnels sont immédiatement orientés soit vers le public cible, soit vers le professionnel, soit vers la profession elle-même, soit enfin vers le processus disciplinaire.¹⁴³² L'expérience qui se développe à Madagascar illustre bien la complémentarité de l'apport disciplinaire par rapport au droit pénal, pour une protection plus complète de l'intégrité, par l'intermédiaire de l'encadrement des conflits d'intérêts.

1- Traitement disciplinaire des conflits d'intérêts

L'un des effets principaux attendus des institutions pro-développement est de produire et rendre effective des politiques publiques appropriées. Les conflits d'intérêts figurent parmi les situations qui pourraient causer des distorsions à cet égard à cause des risques majeures qu'ils représentent pour l'intégrité¹⁴³³. En effet, en étendant la définition du conflit d'intérêts à toutes les institutions, publiques ou non, et selon laquelle un acteur a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de sa mission institutionnelle, la situation résumerait les principaux risques à l'intégrité.¹⁴³⁴ Ce qui, au sein des institutions, devrait focaliser la protection de celle-ci par le traitement disciplinaire approprié de toutes les situations de conflits. Avec plus d'attention, l'on reconnaîtra qu'une situation de conflit effectif englobe aussi corruption, concussion, trafic d'influence, favoritisme, prise illégales d'intérêts, cadeaux illicites, et toutes autres manifestations des atteintes à l'intégrité ;

¹⁴³⁰ En matière disciplinaire, il serait du devoir des dirigeants institutionnels de s'assurer l'existence des normes répondant aux objectifs de l'institution et leurs effectivités, d'où l'utilité de retenir aussi la responsabilité uniquement disciplinaire pour négligence et défaut de diligence. Même si cette responsabilité institutionnelle n'est pas en principe un moyen de défense valable en tant que faits justificatifs d'un mauvais comportement en droit pénal. *Ibid.*, p.12

¹⁴³¹ Auby J-M., Auby J-B., Jean-Pierre D. et Taillefait A., *op. cit.*, p.83

¹⁴³² Zacharias F. C., *The Purposes of Lawyer Discipline*, *William and Mary Law Review*, Vol. 45, 2003, pp.31 et s.

¹⁴³³ L'OCDE stipule que « *mal cernées et non traitées, les situation de conflits d'intérêts peuvent menacer gravement l'intégrité des organisations et entraîner une corruption du secteur public comme du secteur privé. Que les agents publics s'acquittent de leur tâche avec équité et impartialité, et que les décisions officielles ne soient pas affectées par des intérêts personnels, afin de favoriser l'intégrité des marchés et une saine concurrence des entreprises, et d'exclure les malversations.* » in OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public, Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, loc. cit., p.13

¹⁴³⁴ Orentlicher D., *Conflicts Of Interest And The Constitution*, *Forthcoming in Washington & Lee Law Review*, Vol. 59, No. 3,2002, p.6

du moins, elle peut les entraîner lorsque l'intérêt privé a primé sur la mission¹⁴³⁵. Aussi, cette agrégation autour d'une notion unique représente-t-elle l'avantage de faciliter la prévention et la répression de ses manifestations de par son universalité et les spécificités de traitement accordé par le disciplinaire.

a. Universalité du phénomène

Habituellement, l'on conçoit l'intérêt du traitement des conflits d'intérêts bien plus dans le secteur public que dans le secteur privé, bref dans les secteurs professionnels. Une stratégie visant à préserver l'intégrité des institutions et par les institutions indique cependant la prise en compte des conflits dans toutes les structures institutionnelles, efficacement structurantes en matière de comportements individuels et collectifs. En effet, l'on a pu constater depuis longtemps que l'homme, dans sa nature, pense prioritairement à ses intérêts¹⁴³⁶, et partout c'est l'intérêt qui gouvernerait les décisions, les stratégies, la gestion quotidienne¹⁴³⁷. Et malgré les différences culturelles qui pourraient influencer la perception de l'intérêt public et des conflits d'intérêts, aucune société n'arrive à longtemps tolérer surtout à ses dirigeants de confondre leurs intérêts privés avec les intérêts généraux¹⁴³⁸.

Historiquement, l'on aurait cherché à affranchir les décisions publiques des intérêts purement personnels et, les règles constitutionnelles s'étaient tôt souciées de la séparation des pouvoirs et des incompatibilités.¹⁴³⁹ En matière électorale, l'on cherche généralement à éviter que ceux qui organisent le scrutin puissent participer aux campagnes électorales afin de minimiser les biais. Les restrictions sont les plus ressenties dans la justice et au sein de la bureaucratie pour garantir la neutralité politique, l'objectivité et l'impartialité dans les décisions administratives et judiciaires. Les options politico-économiques telles la privatisation et la décentralisation sont souvent protégées de l'influence des intérêts personnels des décideurs. Dans les sociétés privées, l'on cherche à préserver les intérêts des actionnaires par l'encadrement strict des dirigeants et des administrateurs dans la gestion de leurs intérêts personnels¹⁴⁴⁰. Il a été affirmé que même les décisions de traitement par les médecins peuvent être affectées par les conflits d'intérêts¹⁴⁴¹.

On constate également que tous les pays, riches ou appauvris, prétendent se préoccuper des conflits d'intérêts. L'importance en est telle qu'en 2000, seuls deux pays européens parmi les membres de l'OCDE n'ont pas de cadre législatif les

¹⁴³⁵ Contrairement selon l'OCDE, lorsqu'un intérêt privé a effectivement porté atteinte à la bonne exécution des obligations d'un agent public, mieux vaut considérer qu'il s'agit d'un cas d'inconduite ou d'abus de fonctions, voire de corruption, et non d'un conflit d'intérêts et qu'un conflit non résolu peut aboutir à des abus dans l'exercice de fonctions publiques.. in OCDE, op. cit., pp.27 et 28

¹⁴³⁶ Bentham J., *Déontologie, ou Science de la morale*, 1834, p.16

¹⁴³⁷ Association DROIT ET COMMERCE, 30e Colloque Deauville 2 avril 2006, Colloque organisé par l'association Droit et commerce, Deauville 1er et 2 avril 2006, *Les conflits d'intérêts Une question majeure pour le droit des affaires du XXIe siècle*, Propos introductifs par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation pp.1-2

¹⁴³⁸ Carney G., *op. cit.*

¹⁴³⁹ Encadré 8, les trois phases de l'évolution des conflits d'intérêts, OCDE, *op. cit.*, p.69

¹⁴⁴⁰ Rapport du groupe de travail AFEP CHPF de juillet 1995 sur le Conseil d'administration des sociétés cotées. Cf. Rép. min. Ministère de la Justice n° 30 539 J.O Sénat, 24 août 1979) ; Schmidt D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, JOLY, 1999, p. 284. L'arrêt rendu le 7 octobre 1997 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (JCP E, 1997, I, 710, obs. A. Viandier et JJ Caussain) confirme cette analyse

¹⁴⁴¹ Orentlicher D., *op. cit.*, p.4

régissant.¹⁴⁴² Par plusieurs dispositions, la Convention des Nations Unies de 2003 sur la lutte contre la corruption recommande aux Etats parties la prévention des conflits d'intérêts tant dans le secteur public que dans le secteur privé¹⁴⁴³. En France, les conflits d'intérêts dans la sphère publique ont été une préoccupation de longue date et tout récemment elle s'est étendue dans la sphère privée¹⁴⁴⁴. A titre de rappel, Madagascar a inscrit dans sa loi fondamentale l'obligation des leaders de bien séparer intérêts privés et intérêts publics, outre les nombreuses prescriptions législatives et réglementaires.

Néanmoins, selon le milieu et le contexte, les situations de conflits peuvent varier considérablement et leurs atteintes à l'intérêt général ou institutionnel se diversifient en conséquence. Il appartiendra alors aux institutions dans leurs normes de comportement de préciser ceux qui leur sont réellement inacceptables. En effet, toutes les situations de conflit ne sont pas synonymes de corruption ni d'atteinte directe de l'intégrité même si elles en constituent des risques permanents.

A titre d'exemple, l'effet dommageable de la perception d'un cadeau après prestation reçu par médecin n'est pas nécessairement le même que celui occasionné par un présent offert par une des parties au procès à un juge, fût-il après son dessaisissement définitif. Par ailleurs, les échanges de présents sont largement acceptés en matière diplomatique et sont différemment encadrés dans chaque Etat. Et largement, les pourboires sont d'usage dans les commerces de service et non dans les services publics. Ce constat n'enlève en rien l'avantage d'avoir une reconnaissance universelle que les conflits d'intérêts représentent une menace pour l'intégrité des institutions. Cette vision commune favorisera la lutte commune notamment par l'échange d'expériences et de bonnes pratiques, outre la facilitation du traitement par une compréhension meilleure de sa nature et ses enjeux.

b. Apport spécifique de la discipline

La protection disciplinaire de l'intégrité, assurée par le traitement approprié des conflits d'intérêts, offre plus de sérénité et de responsabilité aux institutions et aux acteurs. Presque tous les statuts professionnels ou institutionnels, avec l'avantage d'être déjà en vogue, prévoient des dispositions sur les conflits d'intérêts. La plupart de celles-ci indique des principes d'incompatibilités et décrit les situations inacceptables. En matière disciplinaire, ce qui importe n'est pas uniquement le prononcé des interdictions, des prohibitions ni des sanctions mais surtout l'encadrement comportemental des acteurs pour parvenir à leurs effectivités. L'exemple du mécanisme disciplinaire des agents publics permettra d'apprécier cette spécificité qui repose sur une expression des valeurs et un mécanisme pour leur protection.

Que ce soit dans une logique descriptive ou normative, les règles sur les conflits d'intérêts expriment clairement les valeurs préservées. Ces normes aussi exprimées par les codes d'éthique, de conduite ou de déontologie et les statuts professionnels sont fondées sur des valeurs fondamentales variées mais très voisines de l'intégrité comme l'équité, l'impartialité, la probité, l'honnêteté¹⁴⁴⁵. Cette expression de valeurs

¹⁴⁴² OCDE, *op. cit.*, p.50

¹⁴⁴³ Articles 7.4, 8.5, 12.1 a) et e)

¹⁴⁴⁴ OCDE, *op. cit.*, pp.198-199

¹⁴⁴⁵ Par exemple, dans le Code sur la fonction publique du Royaume Uni sont exposées les valeurs essentielles : intégrité, honnêteté, impartialité, objectivité, loyauté, respect, confidentialité et efficacité. De plus, le Comité chargé des normes régissant la vie publique, dans son premier rapport , a retenu parmi les 7 principes devant

permet aux agents de mieux les internaliser dans l'exercice de la mission publique et faire face ainsi aux diverses situations équivoques des conflits d'intérêts. En effet, les conflits sont permanents et leurs manifestations peuvent évoluer de telle sorte qu'il est quasi impossible de les prévoir exhaustivement par des textes. Egalement, par l'activation ouverte des valeurs, l'encadrement disciplinaire vise à armer moralement les agents publics face aux tentations de faire primer les intérêts personnels au détriment des intérêts généraux.

Il va sans dire que ces valeurs ne s'approprient pas par leur simple énonciation mais par un mécanisme de mise en conformité permanente, synonyme de bonne protection. Dans les pays avancés en la matière, cette protection s'insère dans de programmes visant à prévenir, traiter et gérer les conflits d'intérêts individuels et l'apparition de ces conflits. Comparée au droit pénal, qui constitue son volet complémentaire, la protection disciplinaire est plus élaborée et se situe plus en amont des comportements nuisibles. Il s'agit globalement de définition générale du conflits d'intérêts, d'énonciation des restrictions par rapport à des postes ou d'activités à risque, de description de situations de conflits d'intérêts même potentiels, de systèmes de divulgation et de gestion des situations alarmantes, de dispositifs d'appropriation des règles et de conseils ainsi que des mécanismes garantissant l'application des textes.¹⁴⁴⁶

2- Expériences malagasy

Avec le constat que les conflits d'intérêts continuent de prospérer, notamment dans l'administration publique, Madagascar tente de renforcer la protection de l'intégrité par l'encadrement disciplinaire. En ce sens, une démarche expérimentale et progressive a été initiée au sein de quelques départements ministériels.

a. Protection ineffective contre les conflits d'intérêts

La revue des statistiques produites par le BIANCO et de la CPAC révèle très peu de cas de poursuite du chef de conflits d'intérêts et des autres incriminations similaires. Il est également constaté que le nombre des déclarations de patrimoine reçues par cet organisme continue considérablement de diminuer au fil des ans. Les enquêtes menées au sein des quatre ministères pilotes du programme sur les conflits d'intérêts et de l'organisme central en matière disciplinaire permettent de constater l'inexistence de poursuite disciplinaire en matière de conflit d'intérêts. Par ailleurs, aucun formulaire de déclaration d'intérêts, exigé par le décret de 2004 sur la déclaration de patrimoine, n'a été déposé auprès des autorités administratives compétentes. Cette situation inquiétante est le symptôme d'un encadrement inadéquate, non seulement au niveau des normes mais surtout au niveau de leur mise en conformité.

Déjà, dans la logique descriptive, la loi de 2004 sur la lutte contre la corruption a clairement défini déjà les situations de conflits réels en termes généraux et donne aux agents publics les caractéristiques générales du phénomène. Elle incrimine sévèrement la non déclaration de la situation à l'autorité hiérarchique compétente et quelques manifestations spécifiques de conflits d'intérêts effectifs, tels le cadeau

guider tous les secteurs l'intégrité (ne prendre aucune entente pouvant mener à un conflit d'intérêts), et l'honnêteté (déclaration des intérêts). Voir Roy H., *Éthique et conflit d'intérêts : Tour d'horizon au Canada et au niveau international*, *Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC)*, Mai 2005, p.111

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p.49

illicite, le commerce incompatible et les prises illégales d'intérêts. Sur le plan disciplinaire, des dispositions existent dans diverses lois, statuts et codes de conduite au sein de l'Administration publique¹⁴⁴⁷. Des domaines à risques comme les marchés publics sont encadrés en matière de conflit d'intérêts. L'article 9 du code des marchés publics et le code de conduite des autorités responsables de marchés publics illustre cette préoccupation grandissante.

L'on constate que, en l'état actuel des textes, le droit disciplinaire de la fonction publique reste autant descriptive que le droit pénal en matière d'atteinte à l'intégrité, et apparaît assez timide pour permettre une structuration efficace des comportements de ses agents. La synthèse des séances de *focus group* effectuées auprès des quatre ministères pilotes a révélé d'une manière flagrante l'absence d'appropriation générale des valeurs et normes en la matière. Il faudra alors que les textes régissant la discipline des acteurs institutionnels donnent des orientations précises et des obligations claires visant à prévenir et éviter les situations de conflits. Ils devraient définir une série de situations précises jugées incompatibles avec la charge publique ou contraires à l'intérêt général. Il gagnerait ainsi en effectivité par l'unification des fautes contre l'intégrité en une seule qualification et le manquement aux obligations en matière de conflits d'intérêts, tels les faits énumérés par l'article 1 nouveau de la loi n°61-026 du 9 octobre 1961 édictant des dispositions exceptionnelles, en vue de la répression des malversations commises par les fonctionnaires des cadres de l'Etat et les agents non encadrés des services publics.

b. Démarche expérimentale et progressive

L'existence depuis 1993 de dispositions du statut de la fonction publique autorisant ses agents à avoir une activité lucrative parallèle est significative concernant la difficulté pratique de maîtriser les conflits d'intérêts dans le contexte actuel¹⁴⁴⁸. Cette situation heurte de front le principe fondamental d'exclusivité

¹⁴⁴⁷ A titre d'exemple : Article 12 du statut général des fonctionnaires ; Article 13 de la loi n° 96-026 du 2 octobre 1996 portant Statut général autonome des personnels de la Police nationale, Article 22. de la loi n° 96-029 du 6 décembre 1996 Portant Statut général des Militaires ; Article 9 de la loi n°94-025 du 17 novembre 1994 relative au statut général des agents non encadrés de l'Etat (*J.O* n°2337 du 04.12.95 vm p.3657 et vf p. 3667) ; Article 1er du décret N° 2003-937 du 9 Septembre 2003 Fixant les modalités d'application de l'article 13 de la Loi n°2003-011 du 3 septembre 2003 portant Statut Général des Fonctionnaires ; articles 14 à 19 et 32 à 36 du décret n° 2003-1158 du 17 décembre 2003 Portant Code de Déontologie de l'Administration et de Bonne Conduite des Agents de l'Etat ; Article 3. de l'ordonnance N° 62-081 du 24 mai 1973 Relative au statut des comptables publics ; Article 10 de la loi N° 2003 -044 Portant Code du Travail ; Article 21, 22 et 34 de la Loi n° 2005-034 portant Statut des Huissiers de Justice et Commissaires Priseurs de Madagascar ; Article 116, 124 à 128, 449, 464 et s. de la loi n° 2003-036 sur les Sociétés Commerciales ; Article 2 à 4 de la loi N° 2001-006 du 9 avril 2003 organisant la profession d'Avocat (*J.O* n°2849 du 11.08.2003, p. 2112) ; Article 34 à 36 du règlement intérieur de l'ordre des avocats (23 novembre 1986) barreau de Madagascar ; Article 64 de la loi n° 61 - 004 du 12 juin 1961 Portant statut du notariat (*J.O* n°172 du 17.06.61 p. 1039 - rtl VI) complétée par la loi n° 66 - 036 du 19 décembre 1966 (*J.O* n° 512 du 24.12.66 p. 2530) ; Article 10, 13 à 16 de la ordonnance n° 2005- 005 du 22 mars 2006 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; Article 7 à 29 du décret n°2005-710 portant code de déontologie des magistrats

¹⁴⁴⁸ Dans la fonction publique, le principe d'interdiction posé par l'Article 10 de la loi n° 60-003 du 15 février 1960 relative au statut général des fonctionnaires des cadres de l'Etat concernant des activités extérieures lucratives a été radicalement changé en principe d'autorisation par l'Article 9 de l'Ordonnance n° 93-019 du 30 avril 1993 portant statut général des fonctionnaires (*J.O* n°2180 du 05.05.93, p.891) et par la suite précisé quelque peu par le nouveau statut de 2004 en son article 12 qui dispose que « Sont autorisées, les activités privées lucratives du fonctionnaire ou de son conjoint, non soumises au contrôle de son administration ou service, préservant l'honneur de sa profession et ne s'exerçant pas dans le domaine et au détriment de ses obligations directes découlant du présent Statut. ». Cette autorisation s'étend également aux activités privées lucratives de

d'emploi dans la fonction publique, hérité de la tradition française. Elle est certainement dictée par l'insignifiance actuelle des rémunérations des agents publics, nécessitant d'autres sources privées de revenu pour survivre. Sur deux plans, cette largesse risque toutefois de favoriser les conflits d'intérêts. Primo, les textes disciplinaires ne donnent pas davantage des précisions ni de balises sur les sources de revenu compatibles avec les devoirs de l'agent, ce qui risque de multiplier la tolérance des sources menaçant gravement l'intégrité. Secundo, cette permission de mélanger l'emploi public avec des activités privées risque d'être perçue par les agents comme une possibilité de coïncider les intérêts privés et publics au détriment de la primauté de ces derniers. Il est vrai que le droit pénal constitue déjà des balises fortes mais celles-ci n'ont pas la même visibilité que les restrictions disciplinaires.

Ceci étant, la démarche expérimentée depuis peu consiste à faire participer les agents publics de quatre ministères pilotes, notamment ceux occupant des postes à risque, dans la formulation des principes, normes et mécanismes de mise en conformité. Cette formulation capitalise l'existant tout en essayant d'étendre la protection. Si la définition du droit pénal ne tient compte, en respect du principe de légalité, que des conflits réels, celle de droit disciplinaire se préoccupe tout autant des conflits apparents et potentiels. En effet, ce qui importe dans ce cadre c'est de faire prendre conscience aux agents publics concernés l'effet dommageable que présente toutes les situations de conflits à l'égard de la confiance du public et que le défaut de leur maîtrise peut mettre en danger leurs institutions. L'arrêté type proposé au ministères pilotes précise les principes généraux, les restrictions, les domaines vulnérables, les mesures de gestion des situations de conflits et l'application de sanctions en cas de violations des prescriptions¹⁴⁴⁹. A ce titre, la responsabilisation des hautes autorités est soulignée dans la promotion d'une culture d'intolérance des conflits et du devoir de servir d'exemple.

L'approche se veut progressive et basée sur le volontariat des leaders au sein des ministères pilotes. Les leçons apprises serviront ensuite de base pour une généralisation ultérieure au sein de toute l'administration publique. L'objectif serait d'étendre l'encadrement des conflits d'intérêts dans toutes les institutions, publiques ou non. L'essentiel c'est que, à terme, ces dernières puissent, en prévenant et gérant les conflits d'intérêts leur sein et dans les relations interinstitutionnelles, encadrer et aider à l'effectivité du droit pénal sur les comportements déviants. En effet, les précisions disciplinaires en matière de restrictions et d'obligation de gestion fourniront au juge pénal les éléments nécessaires à établir les infractions et préciser les responsabilités en cas de conflits réels susceptibles d'influencer les devoirs.

SECTION 2- RESPONSABILITES ETENDUES

La responsabilité s'appréhende, au sens large, comme la nécessité morale, intellectuelle ou juridique de remplir un devoir, de satisfaire un engagement ou de réparer une faute. Ceci étant, l'on constate en réalité une inégalité regrettable devant l'obligation de protéger l'intégrité, des catégories de personnes semblant plus assujetties que d'autres. Plus particulièrement, afin d'avoir une plus grande effectivité, il faudrait tout d'abord voir les questions qui, de fait, limitent la recherche de la responsabilité pénale et de la responsabilité disciplinaire. L'essentiel c'est de

l'agent non encadré de l'Etat ou de son conjoint non soumises au contrôle de son administration ou service par l'Article 9 loi n°94-025 du 17 novembre 1994 relative au statut général des agents non encadrés de l'Etat, *J.O* n°2337 du 04.12.95 vm p.3657 et vf p. 3667

¹⁴⁴⁹ V. annexe 3

progresser vers une égalité de tous devant l'obligation de protéger la valeur intégrité (A).

Compte tenu encore de cette considération morale, seules les personnes physiques ayant toutes leurs facultés mentales ont été traditionnellement retenues comme responsable pénalement de leurs actes. L'évolution de ces dernières années fait de plus en plus jouer la responsabilité pénale d'une catégorie spécifique d'acteurs institutionnels, les personnes morales, sur certaines infractions. Il serait également intéressant de voir l'applicabilité de cette extension dans la protection de l'intégrité. (B)

A. VERS UNE EGALITE DE TOUS FACE A L'INTEGRITE

Exception au principe de l'Etat de droit qui préconise l'égalité de tous devant la loi, les immunités sont des faits qui, tout en laissant subsister l'infraction, rendent irrecevables les poursuites pénales¹⁴⁵⁰. Sauf celles qui concernent les relations familiales, les immunités relèvent ainsi de la branche de droit pénal qui traite de la procédure. Toutefois, l'application de ces protections ou obstacles accentue le double standard en toute matière pour certaines catégories de personnes et, dans un contexte de prépondérance de la corruption, favorisent la vulnérabilité de la valeur intégrité. En pratique, elle tend surtout à limiter la responsabilité pénale de certains acteurs. En matière disciplinaire, les inégalités se manifestent tout autrement mais aboutissant au même résultat : l'irresponsabilité.

En quatre années de mise en œuvre de la stratégie nationale de lutte contre la corruption, les organes de répression se plaignent de la difficulté engendrée par ces obstacles à l'effectivité des mesures anti-corruption. Il est vrai qu'ils ne concernent pas exclusivement les infractions de corruption mais au regard de leurs statuts respectifs les justiciables concernés semblent les plus exposés. Ce qui motive ici l'étude de la question suivante : est-ce que ces mesures, en l'état ou elles sont actuellement, doivent encore avoir cours dans un Madagascar moderne en matière de gouvernance¹⁴⁵¹ ? Essayer de répondre sereinement à cette préoccupation nécessite la connaissance de quelques unes de leurs manifestations. Il est important néanmoins de signaler que la récente révision constitutionnelle de 2007 est allée dans le sens d'une réduction de certains immunités et privilèges de hautes autorités étatiques.

I. QUELQUES MANIFESTATIONS

En matière pénale, les immunités sont les manifestations de cette inégalité et elles peuvent être catégorisées selon leur champ d'application, familiales¹⁴⁵², politiques¹⁴⁵³, diplomatiques¹⁴⁵⁴, judiciaires¹⁴⁵⁵ et aussi en d'autres matières. En

¹⁴⁵⁰ Pradel J., *op. cit.*, p.185

¹⁴⁵¹ Cabinet de Speville & Associates, *Rapport d'évaluation sur le premier exercice de BIANCO*, CSLCC, 2006, p.11

¹⁴⁵² L'existence de liens familiaux fait échec à l'application de certaines règles du droit criminel. Trois cas généraux d'immunité doivent être soulignés : d'une part, l'obligation de dénoncer une infraction en cours ou déjà commise ne pèse pas sur les proches du délinquant ; d'autre part, l'obligation de témoigner devant les tribunaux répressifs ne pèse pas non plus sur ces derniers ; enfin, certaines infractions patrimoniales commises dans le cadre familial ne peuvent donner lieu à poursuites de la part des proches (« pas de vol entre époux », selon le dicton).

¹⁴⁵³ Pradel J., *op. cit.*, p.187

matière disciplinaire, l'irresponsabilité se manifeste par des lacunes des textes et l'absence de coordination.

1- Les immunités et privilèges pénaux

Elles sont aussi classifiées selon la phase de procédure à laquelle elles s'appliquent : les immunités de poursuite et les privilèges de juridiction. Une classification qui traduit le mieux l'intérêt de la présente rubrique qui se cantonne aux immunités politiques, administratives, policières et militaires.

a. Les immunités de poursuite

Comme le qualificatif l'indique, les immunités ne s'appliquent, en principe, que pendant la phase de la poursuite. Elles ne s'appliquent pas, sauf les cas d'arrestation et de détention, avant le déclenchement de la poursuite. Ce point de départ est légalement matérialisé par la signature de l'acte de poursuite par le titulaire de l'action publique, notamment le Ministère public, à savoir le réquisitoire introductif en cas de saisine en matière d'instruction préparatoire ou le procès verbal d'inculpation en cas d'information sommaire. Logiquement, au même titre que le réquisitoire introductif, le dépôt de plainte avec constitution de partie civile devrait également constituer le point de départ de la poursuite emportant l'applicabilité des immunités correspondantes. Il semblerait cependant que c'est le réquisitoire aux fins d'informer qui en tient lieu ou dans le cas contraire l'ordonnance d'informer, une solution critiquée semble-t-il par la doctrine française. Elle se pose différemment pour les hautes autorités étatiques et les autres agents publics d'autorité.

i. Les hautes autorités étatiques

Au stade de l'enquête préliminaire, aucun obstacle juridique de nature immunitaire ne peut être invoquée sauf en ce qui concerne l'arrestation et la garde à vue, sous certaines conditions, dans le cadre parlementaire. Les deux mesures ne peuvent pas être appliquées aux parlementaires dans le cas de l'irresponsabilité, c'est-à-dire à l'occasion des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, seule l'arrestation est soumise à une autorisation préalable en cas d'inviolabilité qui concerne les crimes et délits de droit commun. Ce qui autoriserait la garde à vue d'un parlementaire qui s'est rendu de plein gré aux locaux de la police judiciaire, sur invitation et sans avoir été arrêté. Sauf le cas où le parlementaire est surpris comme auteur, coauteur ou complice d'un crime ou d'un délit au moment des faits, l'arrestation nécessite l'autorisation préalable de la Chambre d'appartenance du parlementaire pendant la session¹⁴⁵⁶. Par conséquent, hormis ces

¹⁴⁵⁴ L'immunité des États étrangers couvre les actes qu'ils accomplissent éventuellement sur le territoire d'un autre État. Elle les protège contre le pouvoir de juridiction et d'exécution de l'État territorial. Il est évidemment inconcevable qu'un État souverain soit soumis à des actes d'autorité de la part d'un autre État dont il est l'égal

¹⁴⁵⁵ Héritée de l'Article 41 de la loi du 29 juillet 1881, l'immunité accordée aux compte rendus fidèles fait de bonne foi des débats judiciaires, aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux l'article 97 de la loi n° 90-031 du 21 décembre 1990 sur la Communication (JO n° 2038 du 31.12.90 p. 2673 ; Errata : *J.O* du 18.02.91, p. 240 ; Errata : *J.O* n°2047 du 18.02.91, p.240)

¹⁴⁵⁶ Article 70 de la Constitution de 1992 révisée. La révision de 2007 a considérablement réduit le champ de l'immunité parlementaire et a introduit la notion de « surpris au moment des faits », sensée semble-t-il préciser la notion de flagrant délit qui a été ce dernier temps remis en question. Le cas s'est produit et avait largement retenu

deux actes attentatoires à la liberté des parlementaires, aucune autorisation ne peut être excipée à ce stade aux officiers de police judiciaires et autres enquêteurs ayant les mêmes pouvoirs afin d'arrêter leurs investigations.

La poursuite, en ce qui concerne les parlementaires, est principalement concernée par la révision constitutionnelle de 2007. Sous l'empire des anciennes dispositions constitutionnelles, en 2001, il a été jugé inconstitutionnelle la loi organique adoptée par l'Assemblée Nationale sous le n°2000-025 et relative à son organisation et son fonctionnement, qui en son article 19 alinéa 2 a étendu l'immunité de ses membres. Elle a prévu " qu'aucun député ne peut, en dehors des sessions, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation unanime du bureau de l'Assemblée, sauf le cas de flagrant délit ". Alors que, hors session, en vertu de l'ancien article 69 de la Constitution, seule l'arrestation nécessite l'autorisation du bureau de l'Assemblée à l'exclusion de la poursuite¹⁴⁵⁷. Le nouvel article 70 de la Constitution n'a plus retenu les obstacles à la poursuite d'un parlementaire sauf en cas d'irresponsabilité qui concerne également la recherche, la détention et le jugement

D'autres immunités sont prévues par la loi pour protéger d'autres autorités gouvernementales, administratives, judiciaires et militaires. En premier lieu, en ce qui concerne le Président de la République, la Constitution lui réserve une protection très hermétique. Il n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ou de violation grave et répétée de la Constitution¹⁴⁵⁸. Ainsi, dans le cadre de ses fonctions, le Président de la République ne peut en principe être poursuivi pour des infractions de droit commun, par exemple en matière de corruption passive.

Toutefois, le texte fondamental reste muet dans les cas des infractions qui peuvent être détachables de la fonction présidentielle, contrairement aux cas des autres hautes personnalités des institutions de l'Etat prévus par l'article 128. Sauf à considérer la fonction présidentielle en tout temps, une hypothèse conduisant à une impunité totale mais à laquelle tend implicitement ce silence, il peut dans le sens opposé être interprété comme une pleine responsabilité. Ce qui le met cependant dans une position plus vulnérable que les autres personnalités. L'on se demande si les dispositions de l'article 511 alinéa 2 du Code de procédure pénale tiennent toujours après la Constitution de 1992. Dans l'affirmative, la poursuite de Président de la République devra être autorisée par le Conseil des ministres. Quoi qu'il en soit, la mise en accusation du Président de la République dans les cas de haute trahison et de violation grave et répétée de la Constitution doit être faite par les deux Assemblées parlementaires statuant par un vote séparé, au scrutin public et à la majorité des deux tiers des membres composant chaque assemblée¹⁴⁵⁹.

Les autres hautes personnalités politiques et judiciaires, que sont les Présidents des Assemblées parlementaires, le Premier Ministre, les autres membres du Gouvernement, le Président de la HCC sont, pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis, pénalement responsables. Ils peuvent être mis en accusation par les deux Assemblées parlementaires statuant par un vote séparé, au scrutin public, à la majorité absolue des membres composant chaque assemblée. La poursuite est

l'attention médiatique. Il s'agissait de l'arrestation d'un parlementaire pris semble-t-il en flagrant délit d'extorsion de fonds et de trafic d'influence.

¹⁴⁵⁷ Décision n°04-HCC/D3 du 23 février 2001

¹⁴⁵⁸ Article 126 al.1^{er}

¹⁴⁵⁹ Article 126.2

désormais laissée à l'initiative de procureur général de la Cour de Cassation si, avant la révision constitutionnelle de 2007, la procédure devait débuter avec une plainte préalable et l'examen par une commission de trois magistrats avant que le premier président de la Cour de Cassation n'apprécie¹⁴⁶⁰. Il faut dire que la poursuite a été sur ce point facilitée. Toutefois, la mise en accusation reste encore une étape très laborieuse puisqu'elle nécessite encore l'aval de la majorité absolue des deux chambres du parlement votant séparément. Il en est davantage simplifié pour les infractions commises hors de l'exercice de leurs fonctions¹⁴⁶¹. Cette disposition profite également aux autres parlementaires et aux membres de la HCC¹⁴⁶². Elle fait cependant double emploi avec les dispositions de l'article 511 alinéas 2 qui, en ce qui concerne les membres du gouvernement, seraient implicitement abrogées.

ii. Les autres agents publics d'autorité

Diverses lois ont aussi prévu des immunités par l'exigence d'une autorisation de poursuite de certaines catégories de personnes. Etant des mesures exceptionnelles, la liste est exhaustive et l'interprétation en cas de changement de dénomination de fonction doit être effectuée avec une grande précaution. En premier lieu, le code de procédure pénale exige l'ordre du Ministre de la Justice pour la poursuite du Grand chancelier de l'Ordre national, du Chef d'Etat-major général, d'un magistrat de la Cour Suprême ou de la cour d'appel, d'un président de tribunal de première instance ou d'un procureur de la République, en cas de crime ou délit commis dans l'exercice ou hors de l'exercice de ses fonctions¹⁴⁶³. Dans le même cas, l'ordre du procureur général près la cour d'appel est requis afin de pouvoir poursuivre un magistrat des tribunaux de première instance et des sections de tribunal, un juge délégué, un président de tribunal de simple police¹⁴⁶⁴, un chef de province, un préfet, un sous-préfet ou un chef d'arrondissement¹⁴⁶⁵.

En ce qui concerne ces chefs de circonscriptions administratives dont la dénomination change fréquemment en fonction des mouvements de décentralisation et de déconcentration, il conviendrait de se référer aux textes qui les organisent afin de pouvoir identifier les autorités équivalentes devant bénéficier de la protection prévue. En tout état de cause, il semble que les personnes visées par la loi sont les autorités déconcentrées, représentant l'Etat, et non les élus à la tête des collectivités territoriales décentralisées. C'est le sens du mot fonctionnaire utilisé dans l'alinéa 2 de l'article 514 du code de procédure pénale. Ainsi, le chef d'arrondissement ne serait en aucun cas le Maire ou ses adjoints, même s'ils ont eu la qualité de fonctionnaire avant leurs élections, mais le représentant de l'Etat en la personne du délégué administratif d'arrondissement. A ce titre, le chef de région, actuellement désigné par le Gouvernement, et le chef de district devraient bénéficier de la protection accordée respectivement au préfet et au sous préfet. Pour le premier, il en

¹⁴⁶⁰ Il apparaît cependant que l'esprit de l'immunité, qu'est la protection contre les risques de poursuite intempestive tendant à distraire le parlementaire de sa fonction, a été méprisé dans l'utilisation systématique de la commission. En outre, il semble inconsistant, nonobstant la grande protection du mécanisme, de subordonner à une commission de trois magistrats la voie ne nécessitant pas l'autorisation de toute une Assemblée.

¹⁴⁶¹ Article 128

¹⁴⁶² Article 128 in fine

¹⁴⁶³ Article 512 al.1^{er}

¹⁴⁶⁴ Article 513 al.1^{er}

¹⁴⁶⁵ Article 514 al.1^{er}

ira autrement lorsqu'il occupera réellement le poste en tant que chef d'une collectivité territoriale décentralisée et par élection.

Les militaires de l'Armée et de la Gendarmerie ainsi que les agents de la Police bénéficient aussi d'une protection en matière de poursuite pénale. Sur les premiers, la protection est prévue dans le CJSN qui en général régit les infractions de la compétence du Tribunal militaire et la procédure qui lui est particulière. Outre les infractions spécialement d'ordre militaire¹⁴⁶⁶, les infractions de toute nature peuvent être de la compétence du tribunal militaire lorsqu'elles ont été commises dans le service ainsi que dans les casernes, quartiers, dépôts, à bord d'un navire ou aéronefs militaire, dans l'enceinte des ports militaires, arsenaux, bases ou autres établissements de l'armée de terre, de mer et de l'air, de la gendarmerie nationale ou du service civique¹⁴⁶⁷.

Ce tribunal spécial est également compétent pour juger aussi bien les civils que les militaires, sauf sous certaines conditions les mineurs de 18 ans et les éléments de la gendarmerie. Ces derniers sont justiciables de juridictions de droit commun dans le cas où les crimes et délits sont été commis dans l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire et à la constatation des contraventions en matière administrative¹⁴⁶⁸. Ainsi, la procédure militaire est diligentée concernant un délit de coups et blessures volontaires commis par un commandant d'une brigade de la gendarmerie contre une jeune recrue dans le cadre de sa formation. Par contre, la procédure de droit commun est conduite pour poursuivre une infraction de corruption commise par un gendarme au cours d'une enquête judiciaire.

Une particularité de la poursuite des infractions de la compétence du tribunal militaire, rentrant dans le cadre de la protection, est l'exigence d'un ordre de poursuite émanant, selon les cas, du ministre dont relève les forces armées ou du Président de la République lorsqu'ils estiment qu'il y a lieu de poursuivre un justiciable de cette juridiction¹⁴⁶⁹. Cet acte qui saisit le parquet est indispensable à la mise en mouvement de l'action publique et aucune poursuite ne peut avoir lieu, à peine de nullité sous réserve des dispositions concernant les infractions relatives à la sûreté extérieure de l'Etat. L'ordre de poursuite est sans appel mais l'autorité militaire est tenue de le délivrer en cas de dénonciation d'une infraction par une autorité judiciaire¹⁴⁷⁰. Toutefois, la loi n'a pas imposé un délai à l'autorité militaire d'accéder à la dénonciation ci-dessus, ce qui pourrait paralyser la procédure en cas d'inertie de cette autorité. Alors, en pratique, il conviendrait à l'autorité judiciaire d'apprécier le délai raisonnable et suffisant à l'autorité militaire dans la délivrance de l'ordre de poursuite. A défaut et en cas de mauvaise foi de cette dernière, elle serait susceptible d'une poursuite pour entrave au fonctionnement de la justice¹⁴⁷¹.

La poursuite pénale des fonctionnaires de Police est aussi soumise à l'autorisation du Ministre chargé de la Police nationale, sauf les cas de crimes et délits flagrants¹⁴⁷². La loi ne donnant pas plus de précision, sauf en ce qui concerne l'information systématique de cette autorité dès l'ouverture d'une poursuite contre un fonctionnaire de la police nationale, l'autorisation de poursuite est nécessaire pour

¹⁴⁶⁶ Livre II du CJSN, articles 124 à 195 dont la désertion, l'abandon de poste, l'insoumission, etc.. ;

¹⁴⁶⁷ Article 3 al.4

¹⁴⁶⁸ Article 4 al.4 dernier paragraphe

¹⁴⁶⁹ Article 29

¹⁴⁷⁰ Article 45

¹⁴⁷¹ Article 61 al.2 du code pénal

¹⁴⁷² Article 17 de la loi n° 96-026 portant Statut général autonome des personnels de la Police nationale

mettre en mouvement l'action publique contre toute infraction non flagrante commise par un fonctionnaire de police. La non délivrance de cette autorisation constitue ainsi un obstacle assez incontournable à la poursuite. Il ne pourrait pas être vaincu par la technique de dénonciation en matière militaire à cause du silence de la loi sur cette possibilité.

En outre, la plupart de toutes ces catégories de personnes disposent également de privilèges de juridiction.

b. Les privilèges de juridiction

Ces privilèges se traduisent pour les personnes titulaires soit par le fait d'être justiciable d'une juridiction spéciale soit par l'exigence de certaines formalités pour leur traduction devant les juridictions de droit commun.

Outre les cas de compétence du tribunal militaire, celui de la Haute Cour de Justice mérite d'être brièvement examinée du fait qu'elle semble de fait étroitement liée à l'effectivité de la lutte contre la corruption. En effet, cette juridiction des hautes autorités politiques et judiciaires a été prévue par les textes fondamentaux depuis l'indépendance mais elle n'a jamais vu le jour. Cette situation est traduite par le commun des citoyens, les organisations de la société civile et les politiques de l'opposition comme une velléité des gouvernants de se soustraire de l'application de la loi pénale. Cette situation est perçue en contradiction avec le principe de la primauté du droit tant prôné, au profit des tenants de pouvoir les plus susceptibles d'être acteurs de corruption de grande envergure. Quoiqu'il en soit, en tant que privilège, il semblerait qu'il est dans l'intérêt des dirigeants de le mettre en place afin d'éviter la compétence supplétive des juridictions pénales ordinaires, comme ce qui était le cas pour certains anciens dirigeants¹⁴⁷³.

Cette haute juridiction politique¹⁴⁷⁴ est en principe compétente pour juger en premier lieu le Président de la République en cas de haute trahison et de violation grave et répétée de la Constitution, qui encourt le cas échéant d'une déchéance. Héritée de la tradition constitutionnelle française¹⁴⁷⁵, la notion de haute trahison n'y a pas été définie mais, semble-t-il, elle permet de voir soit un manquement grave aux devoirs de la charge présidentielle et au respect de la Constitution, soit une atteinte aux intérêts supérieurs du pays. La Constitution des Etats-Unis prévoit la *treason* comme cause d'*impeachment*, aux côtés du *bribery* et autres *high crimes ad midsmeanors*, et emprunte la définition de Blackstone¹⁴⁷⁶ qui distingue *high* et *petit treason*¹⁴⁷⁷. Là bas, la notion est héritée du droit de *common law* qui considère la haute trahison comme une méconduite publique se traduisant par des infractions

¹⁴⁷³ Cas de l'ancien Président de la République, Monsieur Didier Ratsiraka, de l'ancien Premier ministre, Monsieur Tantely Andrianarivo, et autres membres de son Gouvernement qui ont été jugés par des juridictions de droit commun suite à la crise post-électorale de 1992

¹⁴⁷⁴ Pradel J., *op. cit.*, p.65 et s.

¹⁴⁷⁵ En 1848, la haute trahison était expressément qualifiée « crime » et définie comme « toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à son mandat (article 68) ; voir à ce titre, Prélôt M. et Boulouis J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 10^e éd., 1987, p.460 et s.

¹⁴⁷⁶ Blackstone, pp.81-82.

¹⁴⁷⁷ Distinction reprise par Coke E., *Institutes of the Laws of England; Concerning High Treason and Other Pleas of the Crown 19*, 1817 cité par Isenbergh J., *Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process, Chicago Public Law And Legal Theory, Working Paper n° 02*, , p. 21; http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193849

contre la couronne¹⁴⁷⁸. Dans ce sens, il serait ainsi concevable que les infractions de corruption et assimilées puissent être retenues comme constituant des cas de haute trahison dans la mesure où, commis par le Président de la République, elles portent atteinte aux intérêts supérieurs du pays.

En ce qui concerne les cas de violation de la Constitution, certains d'entre eux ont déjà été constatés pour l'empêchement d'un Président de la République en 1996. La notion de violation grave et répétée est également utilisée pour retenir la compétence de la HCJ sembler indiquer des agissements à caractère très sérieux et avoir été commis plus d'une fois. En dépit de l'affirmation par la HCC qu'elle serait l'unique juridiction compétente pour apprécier un motif tiré de la violation de la Constitution¹⁴⁷⁹, celui prévu par l'article 70 de la Constitution semble pleinement rentrer dans la compétence de la HCJ qui jouit de la plénitude de juridiction¹⁴⁸⁰.

En second lieu, la HCJ est également compétente pour juger les Présidents des Assemblées parlementaires, le Premier Ministre, les autres membres du Gouvernement et le Président de la HCC pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis¹⁴⁸¹. Dans les autres cas, ils sont justiciables des juridictions pénales ordinaires mais avec certaines formalités. En effet, pour les délits commis hors de l'exercice de leurs fonctions, ces hautes personnalités, tout comme les parlementaires et les membres de la HCC¹⁴⁸², la Constitution leur consacre le droit d'avoir le président du tribunal ou en cas d'empêchement un vice président à la présidence de la juridictionnelle compétente. En matière criminelle, les règles de droit commun sont applicables avec le silence du texte fondamental. Dans tous les cas, les juridictions compétentes doivent être saisies à l'initiative du Procureur Général de la Cour de Cassation. Il semblerait que ce dernier a récupéré le pouvoir sur l'opportunité de la suite à donner, pouvoir attribué à la commission avant la réforme constitutionnelle de 2007¹⁴⁸³.

Enfin, selon un décret de 1967, les militaires de la gendarmerie ne peuvent être jugée, pour un crime ou délit commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions relatives à la police judiciaire ou administrative, que sur autorisation préalable du Ministre dont relèvent les forces armées ou du Chef de l'Etat. Une autorisation préalable est aussi requise pour la délivrance d'un mandat de justice, dans les mêmes conditions. Il faut dire que ces militaires bénéficient d'une forte protection avec les dispositions du CJSN, mais ce même décret soumet la nécessité d'une telle autorisation à une condition de temps. En effet, si l'autorité de délivrance ne refuse pas la demande émanant de l'autorité de poursuite dans un délai de 2 mois, l'autorisation sera considérée comme acquise. Le cas de refus semble cependant constituer un obstacle insurmontable pour l'autorité de poursuite. Avec l'avènement de la Constitution de 1992, la validité de ces dispositions devient douteuse puisque le texte fondamental réserve à la loi, ainsi de la compétence législative, les questions de procédure pénale que même une loi organique ne pourrait y tenir lieu¹⁴⁸⁴. Ce décret mérite ainsi d'être revue afin d'éliminer ces dispositions de procédure pénale qui dès

¹⁴⁷⁸ Seidman G. I., *The Origins of Accountability: Everything I know about the Sovereigns' Immunity, I learned from King Henry III*, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 49, No. 2, Winter 2004/2005, p.63

¹⁴⁷⁹ HCC de Madagascar, Décision n°17-HCC/D3 du 04 septembre 1996

¹⁴⁸⁰ Article 115 de la Constitution de 1992

¹⁴⁸¹ Article 114 al.1^{er}

¹⁴⁸² Article 114.1 al.1^{er} et in fine

¹⁴⁸³ Ancien article 114.1 al.4

¹⁴⁸⁴ Ancien article 82.3 devenu article 89-I.8°; Décision n°04-HCC/D3 du 23 février 2001

lors relèvent de la loi. Leur cadre réglementaire mérite au contraire être renforcé en matière disciplinaire.

2- L'irresponsabilité de fait en matière disciplinaire

L'irresponsabilité n'est pas expressément prévue par les textes disciplinaires mais le silence de ceux-ci en ce qui concernent certaines situations soustrait certains acteurs de leurs responsabilités. Cette situation est favorisée par l'absence de coordination entre le pénal et le disciplinaire.

a. Irresponsabilité de fait

Nombreuses structures institutionnelles ne disposent pas encore de normes disciplinaires élaborées destinées à protéger l'intégrité, soit directement soit par l'intermédiaire de la gestion des conflits d'intérêts. Cette défaillance institutionnelle touche plus particulièrement les institutions de contrôle horizontale tel les media, les organisation de la société civile, les autorités traditionnelles et communautaires, et d'autres professions libérales. Certaines institutions publiques sont inadéquatement armées contre les atteintes à l'intégrité, notamment le Parlement, les autorités des collectivités territoriales décentralisées et certaines autorités électorales comme le Conseil National Electoral. Dans l'administration publique, certains domaines à risques tels les conventions de délégation de service public et l'attribution de licences, permis et autorisations d'exploitation restent non soumis à des normes d'intégrité.

Là où les normes existent, comme en matière de déclaration d'intérêts et de patrimoine, on constate une disparité en matière de responsabilité. Il n'est disposé aucune obligation ou devoir des autorités hiérarchiques à la suite d'une déclaration d'intérêts, laissant en quelque sorte la gestion des conflits avérés dans une discrétion totale. Non plus, il n'est prévu aucun rôle de l'administration dans le mécanisme de déclaration de patrimoine. Il est de fait totalement abandonné à l'individu et à l'organe anti-corruption qui n'aura à l'utiliser qu'en cas d'investigation pénale, alors que son utilité n'est plus à démontrer pour baliser certaines activités à risques. Dans tous les cas, ces lacunes au niveau du cadre juridique et disciplinaire n'incitent pas à la prise de responsabilité en matière de gestion de conflits d'intérêts et de protection de l'intégrité en général.

b. Coordination défaillante entre le pénal et le disciplinaire

Dans le domaine de la protection de l'intégrité, la bonne synergie entre le pénal et le disciplinaire est cruciale. En effet, la culture de l'intolérance générale des atteintes à la valeur ne pourrait être obtenue sans l'action combinée des institutions, y compris la justice pénale. Une coordination appropriée entre le pénal et le disciplinaire devrait se situer à tous les niveaux, notamment au niveau des normes et de leurs applications. Les normes pénales et disciplinaires doivent être harmonisées de façon à ce que les atteintes les plus graves soient communément incriminées. Ainsi, ces comportements seraient rejetés identiquement au sein des institutions et de la société toute entière, ne laissant aux titulaires aucune échappatoire. Les comportements anti-intégrité non pris en charge par le pénal mais stigmatisés par le disciplinaire devrait tout au moins faire l'objet d'une large diffusion afin que le pénal puisse utilement informer le disciplinaire des faits portés en sa connaissance.

Bien que perfectible, ces mécanismes d'harmonisation existent au niveau des textes mais leurs applications restent considérablement à améliorer. Le code de procédure pénale prévoit l'obligation de dénonciation par les fonctionnaires des faits délictueux connus dans la fonction et prescrit la communication d'un exemplaire du Bulletin n°1 à l'administration d'un agent public condamné. A leur tour, la loi de 1961 sur la répression disciplinaire des agents de l'Etat et l'instruction présidentielle de 1966 sur la répression des irrégularités et des malversations soutient le pénal depuis la poursuite jusqu'après le jugement par des dispositions administratives et financières exceptionnelles. Presque tous les statuts professionnels prévoient en effet des dispositions concernant l'impact du pénal sur le disciplinaire.

Depuis 2004, de nombreux témoignages attestent cependant l'absence de coordination, tels la non suspension et le retour à leurs postes d'agents publics après détention préventive et même après condamnation pénale pour corruption. Il faut reconnaître tout d'abord que les textes ci-dessus n'ont pas été mis au goût du jour afin d'accompagner efficacement la lutte contre la corruption. L'analyse de la loi anti-corruption de 2004 n'attribue pas de rôle particulier à l'organe de lutte contre la corruption en ce qui concerne cette coordination. L'on constate alors qu'il reste impuissant devant le retour de ses clients à leur poste même après condamnations, même si cela devrait rentrer logiquement dans le cadre de ses attributions en matière de prévention. Il faudra ainsi renforcer l'obligation des deux parties de s'informer réciproquement dans les domaines de compétence commune et prévoir des sanctions dissuasives en cas de manquement. Les modalités de coordination doivent également être détaillées et portées à la connaissance des autorités compétentes aux fins d'une bonne appropriation des responsabilités.

L'on a pu constater ainsi que les personnes qui ont les pouvoirs les plus discrétionnaires et de ce fait vulnérables aux phénomènes de corruption sont bien protégées par des mesures du droit pénal même, ce qui conduit à l'appréciation de leur opportunité.

II. OPPORTUNITE DES MESURES

L'examen des irresponsabilités de fait en matière disciplinaire amène à dire que les imperfections n'ont de fondement rationnel important et ne méritent maintenant aucun développement additionnel. Ce qui n'est pas le cas en matière pénale qu'il en faudrait ici apprécier l'opportunité. L'institution des immunités dans le droit criminel est une pratique répandue voir universelle depuis très longtemps, pour des fondements qui, avec le temps, tendent pourtant à s'éroder. Ce qui en droit malgache milite en faveur de réformes urgentes.

1- Fondements érodés

Outre les immunités diplomatiques, procédant de l'égalité et de la souveraineté des Etat¹⁴⁸⁵, et les immunités familiales, qui se fondent sur la solidarité familiale et base des relations sociales, les fondements traditionnels des autres immunités ne peuvent plus pleinement justifier leurs manifestations actuelles. En conséquence,

¹⁴⁸⁵ Conventions de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et du 24 avril 1963 sur les relations consulaires

leurs applications deviennent généralement de plus en plus réduites aussi bien en droit comparé qu'en droit international.

En ce qui concerne le Chef de l'Etat, le principe d'irresponsabilité pénale trouverait son origine aux temps médiévaux, le souverain étant divinement investi de ses pouvoirs, et bien avant que la maxime « *that the king could do no wrong* » ne fut prise comme justification¹⁴⁸⁶. La justification de cette immunité absolue vient aussi de plusieurs principes comme l'identification de l'Etat et le souverain, la séparation de pouvoir et la continuité de l'Etat. Une étude comparative du Sénat français a montré que, à la différence des monarques, les présidents de la République ne jouissent pas d'une immunité absolue, mais ils bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun tant pour les infractions commises dans l'exercice des fonctions présidentielles que pour les autres infractions¹⁴⁸⁷. En France, le fait d'être élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État semblent avoir été retenus par la jurisprudence comme justifiant l'irresponsabilité pénale temporaire du président de la République. Elle connaît toutefois une exception qu'est la haute trahison commise dans l'exercice de ses fonctions¹⁴⁸⁸. Aux Etats-Unis, où la question est remise sur le tapis avec les aventures du Président Clinton, la séparation des pouvoirs apparaît comme le fondement de l'immunité présidentielle qui à l'origine ne le rend responsable devant le Sénat que pour des infractions d'impeachment¹⁴⁸⁹. Cependant, le mouvement semble aller vers une acceptabilité de la compétence des juridictions ordinaires en cas de méconduite dans la vie privée¹⁴⁹⁰.

En droit international, à l'origine le souverain et l'Etat se confondaient et, ainsi, tous les actes commis par le souverain étaient considérés comme commis par l'Etat. L'idée même qu'un souverain puisse être soumis au système légal national d'un autre souverain était considérée comme un affront fait au principe d'égalité des Etats. Aujourd'hui les chefs d'Etat ne seraient plus appréhendés comme pouvant être identifiés à leur Etat, leur immunité serait donc distinguable de l'immunité souveraine reconnue à l'Etat.¹⁴⁹¹ En effet, depuis la fin de la seconde guerre mondiale avec les procès de Nuremberg et de Tokyo, la responsabilité des chefs d'Etat, même en exercice, a été retenue pour les crimes internationaux. Le mouvement continué par les tribunaux pénaux ad hoc de Rwanda, de l'ex Yougoslavie et de Sierra Leone a été confirmé par le Statut de la Cour Pénale Internationale qui retient la responsabilité individuelle d'un Chef d'Etat en cas de crimes de guerre, de génocide, de crime contre l'humanité et autres¹⁴⁹². L'inculpation d'un criminel, fut-il un chef d'Etat, ne peut être interprétée ni comme la mise en cause d'un gouvernement étranger, ni comme un acte d'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat étranger. Elle est non prévue

¹⁴⁸⁶ Seidman G. I., *op. cit.*, p.5

¹⁴⁸⁷ Les documents de travail du sénat français, *La responsabilité pénale des chefs d'état et de gouvernement*, Série législation comparée, n° LC 92, septembre 2001, p.2

¹⁴⁸⁸ Cour de cassation - Assemblée plénière, Arrêt n° 481 du 10 octobre 2001

¹⁴⁸⁹ *Kendall v. United States*, 37 U.S. (12 Peters) 524, 610 (1838)

¹⁴⁹⁰ Mouvement jurisprudentiel entamé depuis la décision *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), et renforcé par la récente décision *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); voir pour les détails Joseph Isenbergh, *Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process*, *Chicago Public Law And Legal Theory*, Working Paper n° 02, , pp.4 et s.

¹⁴⁹¹ Doucet G., *La responsabilité pénale des dirigeants en exercice*, *Actualité et Droit International*, janvier 2001, www.ridi.org/adi, pp.6 et s.

¹⁴⁹² Article 27 du statut de Rome du 17 juillet 1998

par les Conventions de Genève¹⁴⁹³, des Etats comme les Etats-Unis¹⁴⁹⁴ et la France¹⁴⁹⁵ qui ne reconnaissent pas l'immunité d'un Chef d'Etat, fut-il en exercice.

S'agissant maintenant des membres du gouvernement, y compris le Premier Ministre, il est clair que c'est la séparation des pouvoirs qui justifie leur protection. Toutefois, leur responsabilité pénale est généralement reconnue mais relève parfois d'une procédure dérogatoire au droit commun pour les infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, tandis que, pour les autres infractions, elle est partout, sauf en Belgique, engagée selon la procédure de droit commun.¹⁴⁹⁶ En effet, comme Madagascar, la Belgique est le seul pays parmi ceux revus par l'étude qui prévoit une procédure dérogatoire au droit commun pour les infractions commises par les ministres en dehors de leurs fonctions, sauf pour les infractions commises avant le début de la fonction ministérielle et qui sont jugées selon le droit commun¹⁴⁹⁷.

Les parlementaires, quant à eux, jouissent d'une protection pour leur indépendance à l'égard des pressions de toute sorte pouvant altérer en conséquence l'expression de la volonté générale¹⁴⁹⁸. Ainsi, en France comme dans d'autres pays, les parlementaires bénéficient d'une irresponsabilité absolue en ce qui concerne les travaux et débats en Chambre. Cette immunité est étendue en toute matière dans certains pays comme le Chili. Elle reste partielle pour d'autres concernant les crimes et délits hors fonction mais dont la poursuite et les actes conséquents sont soumis à une autorisation soit de l'autorité judiciaire soit de la Chambre auquel le parlementaire intéressé appartient, comme le régime de l'inviolabilité en France. Dans les pays de *common law*, il semblerait que l'immunité est limitée à celle conférée par le privilège parlementaire qui exclut les infractions hors de la fonction législative¹⁴⁹⁹.

Concernant les autres autorités administratives, judiciaires et militaires, la protection n'exclut en aucune manière leur responsabilité pénale mais tend uniquement à régler leur mise en œuvre à cause de la sensibilité de leurs fonctions. Sur ce plan, le système du droit malgache actuel est hérité du droit français qui, depuis, a abrogé purement et simplement ces immunités et privilèges. En fait, en droit traditionnel, le système d'immunité existait déjà sous le royaume merina et probablement dans d'autres royaumes ou peuplades de l'île. Le *Tsimatimanota* et le *levenambola* figuraient comme des protections pénales utilisées au bénéfice de certaines personnalités du système royal. Par contre, les codes royaux successifs ne contenaient pas des procédures spéciales ni pour le souverain ni pour ses agents mais il n'est pas impertinent de supposer leur existence. Elles auraient sans doute été utilisées pendant les opérations de déchéance du Radama II et qui aurait entraîné son exécution.

¹⁴⁹³ Cf articles 49 al. 2 de la Convention I, 50 al. 2 de la Convention II, 129 al. 2 de la Convention III et 146 al. 2 de la Convention IV

¹⁴⁹⁴ Isikoff M., *The Case Against the General: Manuel Noriega and the Politics of American Justice*. - book reviews, *Washington Monthly*, Dec, 1993

¹⁴⁹⁵ Affaire concernant le Colonel Kadhafi, objet de la décision de la la Chambre d'Accusation de la Cour d'Appel de Paris statuant, le 20 octobre 2000, que rien ne s'opposait à ce qu'une instruction soit ouverte contre lui en tant qu'accusé de complicité dans cette affaire.

¹⁴⁹⁶ Les documents de travail du sénat français, *La responsabilité pénale des chefs d'état et de gouvernement*, *Série législation comparée*, n° LC 92, septembre 2001, p.2

¹⁴⁹⁷ Loi constitutionnelle du 12 juin 1998

¹⁴⁹⁸ Prélôt M. et Boulouis J., *op. cit.*, p.799

¹⁴⁹⁹ Preece A. A., *Legal Immunities*, Paper delivered to the Annual Law & Society Conference at Melbourne, Australia, on 11 December 200, p.8

La nature et l'étendue des immunités ont varié depuis l'indépendance, en fonction des régimes politiques en place. Pendant le seconde république, l'irresponsabilité parlementaire ne jouait pas quant il s'agit d'agissement susceptibles de contrecarrer l'Etat dans son œuvre d'instauration de l'ordre socialiste. Egalement, l'arrestation d'un député poursuivi pour crime ou délit de droit commun, en cours de session, ne nécessitait que l'information préalable du Bureau de l'Assemblée et du Ministre de la Justice. Depuis 1991, en situation d'exception, les protections offertes par les articles 511 à 516 du Code de procédure pénale ne sont pas applicables aux infractions poursuivies devant le tribunal militaire ou ses sections en vertu de la loi martiale¹⁵⁰⁰. Plusieurs textes de protections ont également été abrogés¹⁵⁰¹, laissant le droit commun régir la situation. Et ce mouvement mérite d'être continué afin de réduire les impunités de fait, facteurs de développement des phénomènes de corruption.

2- Pistes de réformes

Leurs fondements et le mouvement international, tendant à les réduire au minimum indispensable, rendent indispensable la réforme du système pénal malgache des immunités et privilèges. Les immunités actuelles sont de nature variées et concernent une longue liste de personnes. En outre, l'on a pu constater que certaines catégories de personnes bénéficient d'une double protection soit à l'intérieur d'un même texte soit par deux textes différents, comme le cas des parlementaires et des membres du gouvernement.

Ce système semble handicaper gravement la lutte contre la corruption à Madagascar car force est de constater qu'en quatre ans, aucune des hautes personnalités en exercice dans le giron du pouvoir, n'a fait l'objet d'une poursuite pour des infractions de corruption et assimilées malgré les innovations en matière d'incrimination et autres mesures pénales. Il semblerait, selon les affirmations des agents anti-corruption, que la demande d'autorisation conduit dans la majeure partie des cas au classement sans suite du dossier. Une telle situation mérite un remède urgent parce qu'elle perpétue l'impunité des hauts responsables publics alors que la poursuite des autres semble être effective. Ce grand handicap de l'Etat de droit devrait constituer un axe prioritaire du programme gouvernemental en la matière.

Par ailleurs, les conventions internationales pertinentes pour Madagascar en ce qui concerne la lutte contre la corruption indiquent la nécessité d'une mise en conformité. Ainsi, celle de l'Union Africaine en son article 7-5 recommande aux Etats parties de rendre inopérante toute immunité accordée aux agents publics lorsqu'il s'agit d'une enquête sur des allégations de corruption et d'un procès y afférent. Egalement, la Convention des Nations Unies invite de prendre les mesures nécessaires pour établir ou maintenir un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions de corruption. Par contre, l'immunité des collaborateurs de justice devrait être renforcée.¹⁵⁰²

¹⁵⁰⁰ Article 55 de la loi n° 91-011 du 18 juillet 1991 relative aux situations d'exception, (*J.O.* n° 2071 du 19.07.91, p. 1130 à 1134)

¹⁵⁰¹ Les cas des combattants de la Révolution (article 6 du décret n°80-184 du 30 juillet 1980), des membres de l'Ordre national (article 36 du décret n° 80-182 du 30 juillet 1980 abrogé par décret n° 98-1047 du 11.12.98) et des agents de douanes (article 34-3° de l'ancien code des douanes de 1960 abrogé par la loi de finances 2005)

¹⁵⁰² Article 30-2°

Ceci étant, deux voies s'offrent et méritent encore d'être approfondies ; toutes visant à ne retenir que les protections indispensables rendus nécessaires par la prépondérance d'autres principes sur celui de l'égalité devant la loi et parfois même renforçant celui-ci. D'une part, il conviendrait de mettre en exergue la protection des fonctions institutionnelles plutôt que des personnes, en prenant comme critère la continuité des pouvoirs publics et la séparation de pouvoirs. Ainsi, la protection doit protéger le Chef de l'Etat, en tant que Chef de la fonction exécutive, les travaux parlementaires et les débats judiciaires. En aucun cas, sauf pour le chef de l'Etat ou la non immunité peut porter atteinte à la continuité de la fonction exécutive, les crimes et délits en dehors de ces circonstances ne devraient faire l'objet d'aucune protection. Concrètement, les réformes doivent exclure toute protection en dehors de ces cas et se débarrasser du système de filtrage de plainte pour fonctions sensibles, signe de méfiance au système judiciaire qu'il faudrait par contre rapidement améliorer.

D'autre part, il faudrait aménager les exceptions qui préservent la soumission au droit, en ce qui concerne la responsabilité pénale du président de la République, par la clarification des cas pour lesquels cette personnalité encourt des poursuites. Il conviendrait de se débarrasser des formules rituelles comme la haute trahison et donner une définition plus large des infractions ou méconduites devant retenir sa responsabilité devant la HCJ. Cette dernière devra par ailleurs être mis en place rapidement. Par la suite, il va falloir clarifier également la question de gradation de sanction au cas où cette cour reconnaît la culpabilité du Chef de l'Etat, la Constitution semble ne voir en la déchéance que la sanction maximale.

Les responsabilités des acteurs individus devraient dans certains cas être complétées par celles des structures institutionnelles pour relever le niveau de protection de l'intégrité.

B. RESPONSABILITE DES INSTITUTIONS

Juridiquement, les structures institutionnelles prennent le plus souvent la forme de personne morale pour devenir sujet de droit, responsable de ses actes même sur le plan pénal. Par définition, une personne morale est un ensemble organisé d'êtres humains et qui se manifeste dans la vie sociale par des organes propres, indépendamment de ceux qu'elle rassemble¹⁵⁰³. Elle peut incontestablement être victime des infractions de corruption et dans certaines infractions être tenue pour civilement responsable. Dans la protection de l'intégrité, son rôle de structuration de comportements favorables a été largement commenté. Cependant, il reste à déterminer si dans le cas contraire elle pourrait être rendue responsable pénalement, en tant que participante ou bénéficiaire des atteintes à cette valeur. Cela conduit à se demander s'il serait opportun de retenir le principe de responsabilité pénale d'une personne morale, et dans l'affirmative dans quels cas et pour quel type de personnes ? Afin de pouvoir se prononcer sur ces points précis, il faudrait au préalable voir d'une manière générale l'état de la question.

I. ETAT DE LA QUESTION

De prime abord, il paraît inconcevable une personne morale corrompue ou corrupteur, même si l'on prend la corruption dans son sens étroit de pot de vin ou dans son sens large d'utilisation abusive de pouvoir pour des intérêts privés. En effet,

¹⁵⁰³ Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, 14 éd., Dalloz, 2003, p.431

la faute devrait logiquement incomber aux acteurs individus intéressés qui le composent, notamment ses dirigeants. L'examen du droit comparé et du droit interne conduit cependant à reconsidérer ce point de vue qui semble logique, vu la primauté des institutions dans la protection de l'intégrité.

1- En droit comparé

Sur le plan international, la Convention de Mérida donne le choix aux Etats parties lorsqu'il s'agit de retenir la responsabilité d'une personne morale participants aux infractions prévues par elle. Selon les principes juridiques de chaque Etat, ce dernier peut opter entre la prise en compte en pénale, civile ou administrative, sans exclusive sans doute. Elle admet le cumul avec la responsabilité pénale de la personne physique qui a commis l'acte délictuel. Évidemment, il appartient à chaque Etat de définir les formes de participation de la personne morale, par coaction, complicité ou recel¹⁵⁰⁴.

C'est sans doute à l'endroit des Etats qui n'admettent pas le principe de l'égalité des personnes morales avec les personnes physiques, notamment en matière de responsabilité pénale, que la Convention a consacré ces dispositions. D'une manière générale, les Etats ayant le système *common law* ont depuis le 19^e siècle admis ce principe et la doctrine contemporaine serait en faveur du principe de la responsabilité. En droit des Etats-Unis, par exemple, le principe de responsabilité serait le fruit d'une longue lutte jurisprudentielle¹⁵⁰⁵ avant qu'un guide légal¹⁵⁰⁶ ne soit intervenu pour l'encadrer. Selon les juridictions américaines, trois conditions doivent être réunies pour pouvoir retenir la responsabilité d'une personne morale : primo, si un agent de l'entité a agi dans le cadre et la nature de son emploi ; secundo, s'il a agi, au moins en partie, au profit de l'entité ; et enfin, si l'intention dans la commission de l'acte peut être imputé à l'entité. Par ailleurs, le code pénal modèle stipule deux critères pour retenir la responsabilité pénale d'une personne morale par le comportement d'un employé. D'abord, si le cas est prévu par la loi ou, en cas de silence de celle-ci, si la commission de l'infraction a été autorisée, sollicitée, commandée, effectuée ou tolérée par l'organe dirigeant ou par un haut cadre de l'administration agissant pour le compte de l'entité et dans le cadre de sa fonction ou de son emploi¹⁵⁰⁷.

En droit français et d'une manière générale, la responsabilisation pénale de personne morale a fait ces dernières années une avancée remarquable¹⁵⁰⁸. Historiquement, cette responsabilité n'a généralement pas été admise jusqu'à l'avènement du nouveau code pénal et la thèse doctrinale de l'irresponsabilité pénale de ces créatures de droit avait prévalu. Cette thèse aujourd'hui difficile à soutenir a été fondée sur l'impossibilité de retenir l'imputabilité d'une faute à un être moral sans volonté propre ni l'applicabilité de peines personnalisées¹⁵⁰⁹. La règle a été introduite progressivement dans le droit pénal français par l'intermédiaire des lois spéciales et quelques constructions jurisprudentielles. Ce qui en a fait d'abord un principe de

¹⁵⁰⁴ Article 26. Responsabilité des personnes morales

¹⁵⁰⁵ Drew K. and Clark K. A., Corporate Criminal Liability, Twentieth Survey Of White Collar Crime, *American Criminal Law Review*, 2005, p.278

¹⁵⁰⁶ Organizational sentencing guidelines de 1987, modifié par le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002

¹⁵⁰⁷ Model Penal Code : § 2.07 (1)(a)-(c) (1962, § 2.07(1)(a)-(b)et § 2.07(1)(c)

¹⁵⁰⁸ Ce qui ne semble pas être l'avis de certains auteurs en matière d'atteinte à l'environnement.

¹⁵⁰⁹ Bouloc B., *op. cit.*, p.271. V. également Roux J.-A., *Cours de droit criminel*, 2e éd., T.I, Paris, L. Tenin, 1927, p. 141

spécialité en matière d'infractions applicables¹⁵¹⁰, pour aboutir à une généralisation de cette responsabilité depuis la loi du 9 mars 2004¹⁵¹¹. Des précisions sont néanmoins apportées, et qui permettent de distinguer la position encore différente de la personne physique et de la personne morale devant la loi pénale, sur les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale de cette dernière.

Bien logiquement, cette responsabilité pénale peut être recherchée lorsque les faits répréhensibles sont commis, pour son compte ou à son bénéfice, par des organes ou personnes habilités à représenter la personne morale et cette recherche, autorisant le cumul, n'exclut pas celle de ces dernières¹⁵¹². Cependant, certains avis, notamment ceux du courant environnementaliste, préconisent qu'il s'agit plutôt d'un instrument destiné à soustraire les dirigeants de leurs véritables responsabilités¹⁵¹³. Quoi qu'il en soit, elle est exclue pour l'Etat et, celle des collectivités territoriales et leurs groupements n'est retenue que pour les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

En ce qui concerne la corruption, bien avant la généralisation ci-dessus elle figurait déjà dans la liste fournie des infractions susceptibles d'être commises par une personne morale et inscrites dans le nouveau code pénal, mais ne concernait que la corruption active. La nouvelle loi du 4 juillet 2005 a confirmé et étendu la possibilité pour les personnes morales d'être pénalement responsables de corruption active et passive des articles 445-1 et 445-2. Elle cite les peines applicables en cas de condamnation et qui sont l'amende, l'interdiction de l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution, et l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par d'autres textes pertinents¹⁵¹⁴.

2- En droit interne

En droit pénal malagasy, avant l'introduction du droit colonial, avons-nous précisé plus haut, le droit merina connaissait en quelque sorte la notion de responsabilité pénale de personne morale par l'intermédiaire des Fokonolona. Cet état de chose, faut il également rappeler, a continué pendant une certaine période pendant la colonisation et ce n'est après que la position du droit français a été reprise jusqu'à la mise en vigueur du Code pénal actuel. Ce dernier, fidèle encore à la ligne

¹⁵¹⁰ Cass.crim. 2 décembre 1980 (*Bull.crim.* n° 326 p.834)

¹⁵¹¹ Loi 2004-204 du 9 mars 2004 Article 207 IV qui suppriment les termes "et dans les cas prévus par la loi ou le règlement" de l'article 121-2 à compter du 31 décembre 2005

¹⁵¹² Article 121-2 al 3 du nouveau code pénal français. Le mouvement va jusqu'à la possibilité d'exclure la responsabilité des personnes physiques au détriment de celle des personnes morales qu'elles représentent dans le cas de certaines infractions comme en matière de blessures involontaires et en l'absence de faute délibérée ou caractérisée ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique. (Crim. 24 oct. 2000, *Bull.* n° 308). Selon certains avis, cette exclusion ne serait pas, d'un point de vue juridique, la conséquence de la responsabilité pénale des personnes morales, qui se substituerait à celle de leurs organes ou représentants. Elle résulterait tout simplement de la dépenalisation partielle de certaines infractions d'imprudence et bénéficierait à toutes les personnes physiques, qu'elles agissent ou non comme organe ou représentant d'une personne morale. V. Desportes F., la responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles, La loi du 10 juillet 2000 devant la Chambre criminelle, Cour de Cassation, *Rapport annuel 2002*, Deuxième partie : Études et documents

¹⁵¹³ Bayle M., L'incidence de la réforme en droit de l'environnement", Numéro spécial des *Petites Affiches* (Consacré à l'institution de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français), N° 120, 6 Octobre 1993, p. 44

¹⁵¹⁴ Article 445-4 du code pénal français

tracée par le Code napoléonien, n'admet pas encore le principe de responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, le droit pénal malgache commence à admettre la règle de responsabilité pénale de ces personnes de droit, sous l'influence du droit international, par le truchement de la loi du 19 août 2004 sur le blanchiment des produits de crime.

L'article 32 de cette loi, détermine les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales et les sanctions qui leur sont applicables. Elle précise en premier lieu l'exclusion de l'Etat du champ de la responsabilité pénale des personnes morales. Ce qui conduit à affirmer que les autres, qu'elles relèvent de la sphère publique ou de la sphère privé sont susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée dans les autres conditions précisées par cette loi. On y inclurait dans la première catégorie les autres personnes morales de droit public comme les collectivités territoriales, les établissements publics et les sociétés mixtes. Aucun précédent ne permet cependant d'étayer cette affirmation, les infractions de blanchiment n'arrivant pas jusqu'alors devant le juge.

En second lieu, cette responsabilité est mise en jeu lorsque une infraction définie par la loi est commise par un organe ou un représentant d'une personne morale. Pour les personnes morales de droit public autre que l'Etat, il faudrait se référer à leur textes statutaires pour déterminer les représentants légaux et physiques habilités à engager leur responsabilité pénale. Par exemple pour la commune, son organe est le conseil communal et elle peut être valablement représentée par le Maire ou ses adjoints en cas de délégation. Faute de précision de la loi, l'on se demandera dans quelles conditions ces organes ou représentants peuvent engager cette responsabilité. Est-ce uniquement dans les activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public comme en droit français ou en toute transaction ou acte dont la collectivité serait partie ? La logique de la répression voudrait que celles-ci ne doivent pas être limitées sur la nature de l'acte mais de la faculté de l'activité à être vecteur ou facteur de blanchiment de produits de crime. On peut citer à volonté les prêts que les collectivités sont autorisées à contracter.

Encore faut-il que, pour retenir la responsabilité d'une personne morale, l'acte délictuel commis par son organe ou son représentant doit être fait pour son compte ou à son bénéfice. Cette notion a été discutée par la doctrine française mais il semble que elle devrait se traduire dans les résultats économiques de la personne morale¹⁵¹⁵. Le cumul de responsabilités entre l'agissant et le bénéficiaire est aussi prévu par la loi.

Enfin, sans autre précision de la loi, toutes les infractions décrites par celle-ci peuvent concerner les personnes morales sous réserve des conditions ci-dessus. La différence avec l'agissant se situe au niveau des sanctions. Sans pouvoir être pris dans les liens physiques de l'emprisonnement, l'amende est la peine principale que peut encourir une personne morale. D'autres sanctions facultatives sont aussi prévues, telles l'interdiction à titre définitif ou à temps l'exercice de certaines activités professionnelles, la fermeture définitive ou à temps de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction, la dissolution lorsqu'elles ont été créées pour commettre les faits incriminés et la diffusion de la décision par la presse écrite ou par tout autre moyen de communication audiovisuelle. Il faut signaler que ce principe de responsabilité pénale n'exclut pas la responsabilité administrative en cas de méconnaissance de l'une des obligations qui lui sont assignées par la loi¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ Bouloc B., *op.cit.*, p.279, note 2

¹⁵¹⁶ Article 33 de la loi 2004-020 du 19 août 2004 sur le blanchiment

II. RESPONSABILITE PENALE NECESSAIRE

Mis à part le cas du blanchiment de produits de crime, considéré à certains égards comme ne portant pas directement atteinte à l'intégrité, il semble nécessaire pour une protection appropriée de celle-ci de pouvoir rechercher la responsabilité immédiate des institutions, en dépit de la possibilité actuelle de la retenir d'une manière indirecte.

1- Une responsabilité par ricochet

La loi 2004-030 reste silencieuse sur ce point et cela laisse à penser que la responsabilité d'une personne morale en matière d'atteinte à l'intégrité devait avoir été expressément prévue. En effet, l'on ne saurait pas étendre la responsabilité en matière de blanchiment, compte tenu de sa nature encore spéciale, aux infractions contenues dans cette loi anti-corruption. Cette dernière a cependant permis une responsabilité par ricochet et de nature pénale en ce qui concerne les personnes morales de droit privé commercial.

Aux termes de l'article 17 alinéa 2 qui parle en partie des effets des infractions de corruption, toute entreprise titulaire d'un contrat, licence, permis ou autorisation obtenue par la corruption sera privée du droit de participer dans les marchés publics. Par la notion d'entreprise, on entend les entreprises individuelles dont la personnalité se confond avec celle de leur propriétaire, les sociétés et les groupements qui ont une personnalité propre distincte des membres de leurs organes dirigeants et de leurs représentants. Dans la pratique, le mécanisme se traduit en une responsabilité pénale des dirigeants d'une société qui se répercute sur la responsabilité de cette dernière qui ne pourra plus concourir pour un marché public.

On peut dire que sans subir de condamnation directe, les personnes morales subissent, sans critères autres que le bénéfice d'un acte administratif ci-dessus, une lourde sanction à connotation pénale puisque accessoire à celle-ci. En effet, en conformité avec l'intitulé de l'article concerné, la mesure est l'effet des infractions de corruption. La constatation de celles-ci devant résulter d'une condamnation d'une personne physique en relation avec l'acte dont l'entreprise a bénéficié, nécessairement un de ses agents ou de ses dirigeants. La jurisprudence devrait alors intervenir en établissant des critères claires afin d'encadrer les risques de peine capitale pour les entreprises. Les critères posés dans la loi sur le blanchiment pourraient au moins lui servir de référence.

2- Nécessité de retenir la responsabilité pénale directe

Il se pose maintenant la question d'opportunité de la mesure en ce qui concerne d'abord les infractions de corruption, vu les recommandations des instruments internationaux pertinents et l'existence de mesures similaires en droit comparé.

On peut s'étendre abondamment sur les avantages multiples du principe de responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal, si l'on considère seulement l'effet préventif. En effet, ces acteurs occupent de plus en plus les opérations économiques et sociales du pays suite à la décentralisation et au principe de la liberté d'entreprise et d'association. Les véritables inconvénients résident sur la répercussion des peines sur autrui, violant le principe de personnalisation des peines, notamment sur les salariés, sur les membres minoritaires de l'institution et dans une

certaine mesure sur les clients. Aux Etats-Unis, bien que la poursuite pénale des personnes morales soit guidée par des principes reconnus, beaucoup de procureurs procèdent encore avec la plus grande prudence, persuadés sans doute par l'argument que punir une société aurait pour effet de sanctionner les innocents actionnaires¹⁵¹⁷. Ce qui semble pourtant ne plus empêcher le mouvement vers le principe de responsabilité, pressé par le droit international.

La question pertinente reste à définir si ce mouvement devrait s'inscrire dans la tradition du droit écrit ou, dans le cas présent où la loi ne l'interdit pas expressément, faudrait-il laisser à la jurisprudence d'en faire l'application judiciaire ? L'inconvénient majeure de la transcription législative préalable serait l'absence de flexibilité qui se traduit pas des réformes législatives de mise à niveau à n'en plus finir comme en témoigne le droit pénal français, lequel a fini tout récemment par une généralisation.

Faire plus confiance au juge pour une application du principe, tout en s'inspirant des indications données par la loi du 19 août 2004 serait bénéfique pour le système pénal et ferait l'économie d'une autre réforme législative qui en définitive ne serait pas nécessaire. En effet, aucun obstacle juridique majeur ne s'opposerait à l'introduction de ce principe étant donné que, en matière de corruption, les incriminations visent plutôt *des personnes* et non *d'individus* lorsqu'il s'agit de préciser les personnes concernées. En outre, dans la plupart des infractions générales, aucune précision n'est nécessaire. Ainsi, en guise de test, rien ne s'opposerait au ministère public de poursuivre et au juge de condamner une personne morale, une société commerciale, bénéficiaire d'une corruption active matériellement commise par ses dirigeants.

Construire jurisprudentiellement le principe de responsabilité pénale des personnes morales n'occulte cependant pas d'autres obstacles qui sont susceptibles d'handicaper la recherche en première ligne de la responsabilité de certaines personnalités ou institutions. A ce titre, il conviendrait de se pencher sérieusement sur la question de la négligence coupable, par le manquement au devoir de contrôle ayant permis la commission d'une infraction de corruption, le manquement d'une organisation de mettre en place des mesures préventives (code d'éthique, mise en conformité...) ayant favorisé la commission d'infractions de corruption. Quoi qu'il en soit, le principe nécessite toutefois des réformes en matière de casier judiciaire et d'exécution des peines, notamment en matière de sociétés, et qui devraient en ce cas avoir une coordination avec le registre de commerce.

Nonobstant les normes primaires de comportement et de responsabilité, pour plus d'effectivité, il convient de se demander si ce n'est tout le système de sanction qu'il faudrait repenser et améliorer en conséquence, notamment en matière d'atteinte à l'intégrité.

CHAPITRE II- EFFECTIVITE DES SANCTIONS

La nouvelle loi anti-corruption a révisé en sévérité les peines applicables aux infractions de corruption déjà existantes et a fait suivre le mouvement aux autres infractions nouvelles. En faisant référence aux fonctions essentielles de la peine, il est prévisible que cette révision n'aurait d'effets que sur le côté intimidation. En effet, les amateurs des infractions de corruption sont habitués à faire une évaluation rapide des risques avant de se lancer dans un acte, apparemment bénigne auparavant. Il est par ailleurs reconnu que ce n'est guère la sévérité des peines encourues qui

¹⁵¹⁷ Drew K. and Clark K. A., *op.cit.*, p.278

modifie les comportements à l'égard d'une prohibition mais la haute probabilité pour le délinquant potentiel d'être condamné. Encore faut-il que les peines subies permettent au condamné et autres de se ranger du côté de l'intégrité.

L'on a pu opiné que lorsque les peines employées n'atteignent pas leur but, il convient de les abandonner. Il conviendrait alors de chercher d'autres qui n'en différeront pas seulement par l'apparence, la forme ou le nom, mais qui seront plus humaines enfin pour le condamné comme pour la société qui le frappe. Avec les réformes actuelles, le coupable, en cas de découverte, est simplement jeté en prison et constitue par la suite une charge sociale pour son entretien. Le plus souvent, il reste dans une oisiveté qui ruinera sa santé et, en tout cas, le rendra encore moins apte à la vie sociale¹⁵¹⁸. Il s'ensuit alors que sans avoir recherché les autres fonctions de la peine, notamment la réadaptation, le nouveau rôle joué par le droit pénal dans la lutte contre la corruption n'aurait pas l'impact recherché: un changement général de comportement. Pour cela, des réformes de nature générale s'avèrent indispensables aux côtés des ajustements spécifiques à la répression des infractions de corruption (SECTION 1). En matière disciplinaire, c'est la vision contraire qui doit primer, du moins pour certaines institutions (SECTION 2).

SECTION 1- EN MATIERE PENALE

Revisiter le système de sanctions pénales en matière d'atteinte à l'intégrité (B) nécessite certainement la retouche de certaines mesures générales durablement ancrées (A).

A. LES MESURES GENERALES

Depuis l'introduction du code de 1810 à Madagascar, aucune amélioration majeure n'a touché le domaine de la sanction pénale, mis à part les retouches au niveau des quantum des peines¹⁵¹⁹. Des mesures importantes devraient être entreprises au moins sur deux plans: la détermination des peines et leur diversification pour une meilleure personnalisation.

I. DETERMINATION DES PEINES

En l'état actuel des choses, le législateur a encadré le pouvoir de sanction du juge en lui fournissant au préalable une fourchette de peines applicables pour chaque infraction et ce, en application du principe de légalité des peines. On constate cependant que le pouvoir reste trop étendu en raison principalement de l'écart considérable dans une fourchette et qui sans un guide plus élaboré laisserait prospérer la perception d'arbitraire voire de corruption dans la justice.

1- Disparité des peines prononcées

Un sentiment d'arbitraire apparaît rapidement lorsque deux infractions, commises dans des circonstances sans grande différence du point de vue préjudice causé à l'ordre public ou à la victime, sont sanctionnées par des peines allant du

¹⁵¹⁸ Ferri E., *op.cit.*, p. 22

¹⁵¹⁹ Le dernier en date est celui apportée par la loi n° 2004-051 du 28 janvier 2005 modifiant le taux des amendes dans le Code Pénal dont le taux ne s'applique pas aux amendes prévues par des lois postérieures à la date du 1er janvier 1999, déjà adéquates.

simple au double. Ce cas de figure est possible dans la procédure pénale actuelle où le juge est livré à son bon sens, en dehors des indications données par les causes d'indulgence et d'aggravation¹⁵²⁰. Cet état de chose serait en partie dû au grand écart entre le minimum et le maximum prévu pour chaque infraction mais surtout à la grande discrétion accordée au juge dans la détermination des sanctions.

On peut prendre comme exemple le vol simple qui est puni d'une peine de six mois à cinq ans d'emprisonnement, si l'on considère uniquement cette peine corporelle¹⁵²¹. En pratique, les juges infligeraient la peine adéquate en tenant compte des circonstances du vol et de la personnalité du délinquant. Outre le trouble social que l'acte aurait causé, entreraient alors en jeu, d'une part, la nature de l'objet frauduleusement soustrait, sa valeur ainsi que la manière dont sa soustraction a été perpétrée et, d'autre part, le passé pénal du délinquant, sa situation actuelle et sa position future en matière de comportement. En bout de ligne, il n'est pas impossible ni rarissime que deux auteurs de vol simple avec des circonstances similaires verront leurs peines d'emprisonnement s'écarter entre plusieurs mois voire des années. La personnalisation du point de vue situation personnelle du délinquant, dans les cas similaires, est rarement comprise par les justiciables et ce d'autant plus que la plupart des jugements correctionnels est piètrement motivé¹⁵²².

Dans un contexte de généralisation de la corruption et où la Justice est l'un des secteurs les plus décriés¹⁵²³, cette perception d'arbitraire tourne souvent et rapidement en suspicion de corruption. A titre d'illustration, cette situation de méfiance se présente fréquemment en matière de plainte croisée de coups et blessures volontaires réciproques. En effet, la suspicion est présente lorsque les peines prononcées à l'encontre de chaque partie ne se proportionnent pas malgré la similitude des préjudices subis et également attestés par des certificats médicaux.

Le pouvoir accordé au juge, dans la mesure de la sanction, préoccupe aussi d'autres systèmes pénaux¹⁵²⁴ et à titre de comparaison, le législateur français a depuis le nouveau code pénal supprimé le minimum des peines prévues par les incriminations en estimant que cette limitation n'aurait plus de grandes significations puisqu'il pouvait ne pas être respecté¹⁵²⁵. De fait, le juge peut en matière correctionnelle prononcer une peine d'emprisonnement symbolique d'une journée malgré la limitation indicative du maximum encouru. La grande liberté du juge dans la détermination des peines subsistent sauf en ce qui concerne celles applicables aux personnes morales pour lesquelles des guides moins contraignants existent. Les récentes réformes en matière sécuritaire semble pourtant avoir opéré un pas en arrière en réimposant de nouveau la limitation minimale¹⁵²⁶. Par contre, le droit fédéral américain a, depuis la mise en vigueur de guide de détermination des peines en 1987, mis en place une fourchette très réduite en fixant le pourcentage de l'écart

¹⁵²⁰ Rafolisy P., *Sanctions pénales : détermination et exécution*, Mémoires de fin d'études, Ecole Nationale de la Magistrature et des Greffes, 1999, pp. 11 et s.

¹⁵²¹ Articles 379 et 401 du CP

¹⁵²² La motivation de condamnation au fil des années suit une formule d'usage du type « attendu qu'il y a preuve suffisante », ce qui ne permet pas d'apprécier objectivement les critères retenus pour chaque quantum de peine infligée.

¹⁵²³ Voir résultats du premier sondage anti-corruption de 2005 (supra p.232 note 1013) qui met la Justice dans le tiercé de tête des institutions perçues comme les plus corrompues.

¹⁵²⁴ Sénat Français, Les peines minimales obligatoires, *Les documents de travail du sénat, Série législation comparée*, n° LC 165, septembre 2006

¹⁵²⁵ Bouloc B., *op. cit.*, p.518

¹⁵²⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions

entre le minimum et le maximum par la règle des 25%. Des exceptions sont cependant permises pour des situations pouvant améliorer la personnalisation de la peine et tenant compte des circonstances relatives à l'infraction.

On n'oserait pas imaginer le retour au système de peine fixe de l'ancien droit merina en vue d'éliminer le risque d'arbitraire sous peine de mettre en péril la fonction utilitariste de la peine. Néanmoins, outre la réduction des fourchettes, il conviendrait d'explorer la possibilité de mise en place d'un guide de détermination des peines.

2- Guide de détermination des peines

En dépit d'enseignements et d'expériences relativement similaires, l'appréciation personnelle d'un juge est inévitablement empreinte de subjectivité et sera d'une différence appréciable avec celle d'un autre juge, sur une même affaire. Il conviendrait alors de minimiser cette part de subjectivité pour parvenir près d'un idéal de justice égale pour tous. La personnalisation voulue par le législateur serait moins influencée par les standards personnels de chaque juge. Il s'agit également d'éviter un pouvoir trop discrétionnaire qui ne tarderait pas à être source d'arbitraire, du moins de la perception du justiciable, et entraînerait l'inefficacité des sanctions. La compréhension de l'utilité des peines par le condamné et par la société est indispensable pour obtenir une meilleure personnalisation tout en maximisant la prévention générale. Pour y parvenir, il y a lieu de mettre en place un système où la disparité des peines prononcées serait significativement réduite de façon à les rendre plus crédibles.

Le système est relativement élaboré en matière de réparation civile de préjudice et il est envisageable de voir son applicabilité en matière pénale. En effet, une des fonctions de la peine est aussi de réparer le trouble économique, environnemental ou social causé par le délinquant, comprenant le cas échéant la réparation des préjudices personnelles des victimes. Il faudra que le système de guide de détermination des peines retienne des éléments qui répondent également à leur fonction de rétribution et de préparation à la réinsertion sociale du condamné.

La question semble ainsi en partie résolue en matière de peines pécuniaires, s'agissant de l'appréciation objective de la valeur du préjudice causé soit à l'Etat soit à la société. Quant à évaluer personnellement les peines suffisantes pour rétribuer et réadapter, la part du subjectif devrait être méticuleusement orientée notamment en matière de peines restrictives de liberté, tel l'emprisonnement. Une telle solution, qui consiste à donner un guide du juge pour la détermination de la peine, reçoit néanmoins beaucoup de critiques quand à la liberté d'appréciation du juge qui risquerait de devenir une machine à lire un abaque de peines. Mais enfin, le risque est objectivement insignifiant du fait qu'il s'agit de formaliser le cheminement de raisonnement du juge et les facteurs devant influencer sur le choix de la mesure.

Des guides répondant aux mêmes préoccupations existent dans d'autres systèmes juridiques comme celui des Etats Unis où le législateur fédéral, s'inspirant des pratiques courantes dans certains Etats¹⁵²⁷, a mis à la disposition du juge un

¹⁵²⁷ Par exemple celle de l'Etat de Washington qui adopta en 1981 le *sentencing reform act, chapter 9,94A RCW* lequel spécifie clairement le but de cette réforme dans la détermination des sanctions pénales : rendre la justice criminelle redevable au public en développant un mécanisme de détermination de peine applicable aux coupables du crime, lequel structure, mais n'élimine pas, les décisions discrétionnaires relatives au prononcé de la sanction, et de: (1) Assurer que la sanction d'une infraction est proportionnelle à la gravité de l'acte et aux antécédents judiciaires du délinquant; (2) Encourager le respect de la loi en fournissant la juste sanction; (3) rendre proportionnelle la sanction prononcée avec celle des autres ayant commis des infractions similaires; (4) Protéger

guide à caractère obligatoire pour la détermination des peines¹⁵²⁸. D'une manière générale, la loi a recommandé à la Commission responsable de l'élaboration et la mise à jour du guide de tenir compte de deux catégories de facteurs importants: les facteurs relatifs à l'acte délictuel et ceux concernant au délinquant. Il faudra alors donner une valeur appropriée à chaque facteur et considérer les combinaisons possibles entre les facteurs.

La première catégorie relative à l'acte répréhensible est composée de 7 facteurs suivants : la gravité de l'infraction, les circonstances aggravantes et atténuantes, la nature et le degré du préjudice causé, la perception de la communauté de la gravité de l'infraction, le trouble causé à l'ordre public, la probabilité de la prévention générale et la fréquence de l'infraction au niveau local et national. La catégorie de facteurs relatifs au délinquant est plus fournie et va dans le sens d'une meilleure personnalisation. Ce sont : l'âge, l'éducation, la profession ou l'emploi, les conditions mentales et émotionnelles, les conditions physiques incluant la dépendance à la drogue, la situation familiale, la situation dans la communauté, le rôle dans la commission de l'infraction, les antécédents délictuels et la vie criminelle. La loi exige que le guide doive à la fois être en conformité avec les dispositions pertinentes du Code fédéral¹⁵²⁹ et la règle des 25 pour cent entre le minimum et le maximum des peines d'emprisonnement¹⁵³⁰.

En 1991, le système a été étendu aux personnes morales¹⁵³¹ dont la condamnation suit quatre principes généraux. Primo, le préjudice causé par l'infraction commise doit être réparé. Secundo, la personne morale utilisée principalement pour les besoins de la commission de l'infraction devra recevoir une amende aussi élevée que les bénéfices mal acquis. Tertio, les activités n'ayant pas été gérées dans un but criminel devront être punies en fonction de la gravité de l'infraction et la culpabilité de la personne morale. Et finalement, les personnes morales feront l'objet d'une mise à l'épreuve si la mesure assurera qu'elles se conformeront aux sanctions, ou réduira la probabilité de récidive.

Face au succès d'un tel système, il y a lieu de se demander si l'adoption d'un système analogue avec les impératifs d'une contextualisation ne permettrait pas d'écarter les préoccupations susmentionnées et rendrait à la peine les vertus qu'elle est censée apporter. Toutefois, il reste l'obstacle financier de l'opération dont le coût de mise en œuvre ne serait pas négligeable. Inévitablement, un tel système nécessiterait une meilleure connaissance des faits et de la personne, et par conséquent demande un meilleur archivage et disponibilité des informations. Avec l'introduction des nouvelles technologies dans le système judiciaire et policière, cette dernière préoccupation ne devrait pas constituer un sérieux obstacle. Il reste alors les difficultés en matière de connaissance de la situation familiale et sociale du prévenu

le public; (5) Offrir au délinquant une chance de s'amender; (6) Faire bon usage des ressources publiques; et (7) Réduire le risque de récidive. 9.94A.010

¹⁵²⁸ *Federal Sentencing Guidelines* adopté la première fois en 1987 par la *United States Sentencing Commission*, une agence indépendante créée par le *Sentencing Reform Act of 1984* du Congrès.

¹⁵²⁹ titre 18 de l' U.S Code, 28 U.S.C. 994(b)(1)

¹⁵³⁰ 28 U.S.C. 994(b),

¹⁵³¹ *U.S.S.G. MANUAL ch. 8, introductory cmt. (2004) (explaining purpose behind Chapter 8 as providing "just punishment, adequate deterrence, and incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct"). Prior to Nov. 1, 1991, the Guidelines applied solely to organizations convicted of antitrust violations. U.S. SENTENCING COMM'N, 1995 ANN. REP. 130 (1995) [hereinafter U.S.S.C. 1995 REPORT].*

qui demande tout de même un système de service social relativement performant. Ce rôle peut facilement être assuré par les responsables de Fokontany¹⁵³².

Aux critiques persistantes concernant la réduction du rôle réduit du juge dans la personnalisation de la sanction, en tant que simple distributeur mécanique de peines¹⁵³³ et d'indemnités réparatrices, il conviendrait de rappeler que la finalité de la justice pénale est d'assurer un procès équitable entre tous les protagonistes d'une infraction et non de satisfaire les exigences d'une profession. Dans un environnement de corruption systémique ou généralisé, les avantages d'un tel guide ne sont plus à démontrer mais il serait plus efficient avec un éventail de sanction adaptée mis à la disponibilité du juge.

II. DIVERSIFICATION DES PEINES

Le fait est qu'actuellement le juge malagasy n'a pratiquement pas d'autres choix pour sanctionner que la prison et/ou l'amende¹⁵³⁴. Comme résultats, la surpopulation carcérale va en s'aggravant et les prévenus et condamnés se côtoient et s'entassent dans les établissements pénitentiaires. Ceux coupables de crimes sont mélangés avec ceux convaincus de simples délits et contraventions. Il est vrai que l'indigence de la justice en général ainsi que la propension facile des magistrats à user de la détention préventive sont des causes non négligeables de cette surpopulation. La pauvreté du système de sanction reste cependant une cause déterminante de la situation. Il faudra repenser à la fonction des peines et adopter en conséquence les sanctions adéquates, pour pouvoir sortir de la misère pénitentiaire et respecter les droits fondamentaux.

1- Repenser la fonction des peines

Sur les trois fonctions reconnues de la peine¹⁵³⁵, pratiquement seule la rétribution en son caractère infamant subsiste actuellement. Faire un séjour en prison réduit la chance du condamné de se réinsérer dans la société, malgré le dysfonctionnement de la tenue du casier judiciaire.

Si l'effet néfaste des courtes peines d'emprisonnement est reconnu, favorisant notamment la récidive, la pratique déplorable dans plusieurs parquets, faute d'alternatives convenables, est de faire séjourner en détention préventive un prévenu méritant visiblement un sursis. Constituant littéralement un abus de pouvoir, la technique, semble-t-il, vise à rétribuer un délinquant avant qu'il ne soit requis contre lui une peine d'emprisonnement avec sursis à l'audience¹⁵³⁶. Ainsi, bon nombre de personnes qui bénéficient du sursis a déjà en fait purgé une peine de rétribution. Ce qui explique aussi en partie l'inconcevable taux très élevé de relâche ou d'acquiescement

¹⁵³² Anciennement appelé Quartier et constitue la cellule de base des collectivités territoriales. Ils assurent les administrations de proximité qui vont de la sécurité communautaire à l'hygiène collective. Par ailleurs, de nouvelles dispositions de la constitution amendée en avril 2007 a reconnu que le *Fokontany* constitue un cadre d'échange et de concertation participative des citoyens, lui permettant ainsi de jouer un rôle plus prépondérant et pertinent à cette proposition.

¹⁵³³ Merle R., *op. cit.*, p.299

¹⁵³⁴ Sauf en matière d'infractions contre les aires protégées pour lesquelles les peines de travaux d'intérêts généraux et de remise en état sont prévues (article 61 in fine de la loi COAP), mais à titre complémentaire. Elles semblent pourtant ne pas recevoir d'application faute de mécanisme de mise en œuvre.

¹⁵³⁵ Bouloc B., *op. cit.*, pp.400 et s.

¹⁵³⁶ Cas fréquent dans la pratique de flagrant délit au TPI d'Antananarivo.

de personnes détenues préventivement.¹⁵³⁷ A tort ou à raison, la pression communautaire est désignée comme un des facteurs de cette pratique, l'opinion répandue croyant de nos jours que seul l'emprisonnement constitue une véritable peine.

Cette perception serait due à une longue période d'inefficacité du sursis et de la peine d'amende. En effet, les casiers judiciaires ne sont pas à jour à cause de l'ineffectivité de mécanisme d'exécution des peines. Les pièces d'exécution ne sont pas dressées parce que, d'une part, nombreux jugements ne sont pas couchés et, d'autre part, le contrôle et le soutien logistique ne suivent pas. Ce n'est que tout récemment que le Ministère de la Justice a commencé à éponger les instances dans les grandes juridictions de Madagascar¹⁵³⁸. Par ailleurs, du fait de l'impossibilité pratique de recouvrement¹⁵³⁹, l'amende seule est perçue par le citoyen comme une relaxe. Ce qui entraîne une pression populaire en faveur de l'emprisonnement et dont les juges semblent ne pas rester totalement insensibles.

Repenser à l'utilité des peines revient aussi à reconsidérer les capacités de sanction de l'Etat par le biais de l'Administration pénitentiaire, notamment en ce qui concerne l'accueil et la mise en œuvre de la politique ainsi définie. Selon les données communiquées par le Ministère de la Justice, ce n'est qu'en 2006 que des animateurs sociaux ont été recrutés et formés au sein de l'Administration pénitentiaire, pour une population carcérale d'environ 18000. La même année, des vulgarisateurs agricoles ont aussi commencé à redynamiser les camps pénaux pour la production d'aliments et de préparation à la resocialisation des détenus condamnés.

De ces constats, il devient une nécessité pour assurer une justice pénale crédible de bien sanctionner en assurant par-dessus tout la resocialisation de l'individu et la réparation des préjudices causés. Depuis longtemps, ces deux objectifs sont rarement atteints par l'intermédiaire du séjour en prison qui est devenu au contraire un stage pour une meilleure récidive. Il faudra alors se pencher sérieusement à des alternatives à l'emprisonnement et à l'amende simple afin de pouvoir espérer améliorer la situation. Dans tous les cas, sans oublier les droits des victimes, les solutions devraient satisfaire à trois critères pour être rentables : le moindre coût, l'utilité sociale et l'amendement de l'individu y compris ses droits fondamentaux. Entretenir les prisons constituent actuellement un fardeau économique de l'Administration¹⁵⁴⁰ et réduire le taux d'emprisonnement, outre la détention préventive, permettrait de réduire le déficit et éponger les arriérés qui s'élevaient au cinquième du budget annuel très modique du Ministère de la Justice. Il ne faudrait pas que l'introduction d'autres types de sanction alourdisse la facture, ce qui ne ferait qu'augmenter la résistance au changement.

¹⁵³⁷ Voir Charrette (de) P., *Rapport sur les verdicts des cours criminelles*, Mission d'appui à la gestion du programme de consolidation de l'État de droit à Madagascar, Mars 2007, pp. 2 et 3

¹⁵³⁸ L'opération a commencé au TPI d'Antananarivo en 2005 où plus de 30.000 décisions ont été couchées et elle est continuée dans les tribunaux de Mahajanga et autres

¹⁵³⁹ Les statistiques montrent que le taux de recouvrement est presque nul sauf en matière d'amende forfaitaire relative aux infractions du code de la route.

¹⁵⁴⁰ Selon les statistiques du Ministère de la justice, en 2006, 60% de son budget sont alloués à l'alimentation des détenus

2- Les critères des nouvelles sanctions

Si en fin du 19^e siècle, la prison comme peine privative de liberté était devenue comme la plus normale des sanctions pénales¹⁵⁴¹, la recherche de nouvelles peines pouvant la substituer est depuis certains temps le signe d'une évolution qualitative d'un système pénal. Bien que ces alternatives n'assurent pas nécessairement l'efficacité du droit pénal, leur introduction dans le système actuel ne peut que constituer une avancée. Par ailleurs, les nouvelles peines doivent allier faible coût et rendement économique, et si l'Administration ne serait pas encore en mesure de s'acquitter convenablement de cette tâche, plusieurs voies alternatives lui sont disponibles.

Au préalable, elle aura à mettre fin à cette tendance d'emprisonner en outrance par une responsabilisation accrue des magistrats et de l'Etat en matière de détention préventive, notamment celle qui n'aboutit pas à une condamnation ferme de prison. La diminution au minimum tolérable du nombre de la détention préventive injustifiée signifiera le redressement de la justice criminelle. A ce titre, le programme gouvernemental a pour objectif dans cinq ans d'inverser le ratio détenu préventif/condamné dans les établissements pénitentiaires, soit de 60/40 en 2007 à 40/60 en 2012¹⁵⁴².

Ensuite, l'on pourrait suggérer le partenariat public-privé pour gérer les établissements pénitentiaires dans un but économique et de réinsertion. Ce partenariat est aussi préconisé en matière de recouvrement des peines pécuniaires. Ainsi, les condamnés non dangereux et qui ne seraient pas susceptibles d'évasion peuvent être confiés à des entreprises à vocation de développement, lesquelles auront également la charge de les réinsérer en fin de peine. Actuellement, les condamnés effectuent déjà des travaux pendant leur séjour carcéral mais au profit de particuliers et d'agents de la justice. Ces pratiques, qui s'apparentent à une forme d'esclavage tolérée¹⁵⁴³ et aussi d'atteinte à l'intégrité, pourraient être mises à profit de la communauté et non d'individus. Dans ce cas, les prestations effectuées par les condamnés constitueraient la réparation qu'ils devaient à la société.

Enfin, les nouvelles formes de sanctions devraient préserver les droits fondamentaux des personnes condamnées, en conformité avec les normes internationales en la matière. En termes simples, l'on éviterait de dégrader les condamnés pendant l'épreuve et maximiser leur chance de jouir des autres droits humains à leur libération. La recherche de ces droits ne doit cependant pas occulter la redevabilité des condamnés envers la société et leurs victimes. Cette culture de redevabilité, élément de l'intégrité, doit être un des objectifs de la sanction.

En droit comparé, les solutions sont nombreuses et peuvent inspirer le législateur pour être adaptées à la réalité économique et sociale de Madagascar. En droit français par exemple, on peut recenser jusqu'à une dizaine d'alternatives ou de substituts à la peine d'emprisonnement. Dans la catégorie de peines touchant la liberté, on peut explorer celles qui la restreignent uniquement comme les interdictions de séjour, d'activités, de fréquentation, et les travaux d'intérêt général. Dans celle atteignant le patrimoine, on y découvrira notamment l'obligation d'exercer une activité et le remboursement. Ces différentes mesures ne sont certes pas toutes applicables

¹⁵⁴¹ Durkheim É., *op. cit.*, pp. 13-14

¹⁵⁴² PRM, *Madagascar Action Plan*, Engagement n°1 « Gouvernance responsable », défi Renforcement de l'Etat de droit, <http://www.madagascar.gov.mg/MAP/>, p.29

¹⁵⁴³ Sous le prétexte de subvenir aux besoins élémentaires des détenus qui, autrement, risqueraient les infortunes de la sous-alimentation et l'absence de soins chroniques dans les prisons

en raison du facteur coût mais on peut atteindre les objectifs recherchés par d'autres moyens plus modestes. On peut prendre l'exemple des sanctions en matière de corruption pour illustrer le changement souhaité.

B. LES MESURES SPECIFIQUES A LA CORRUPTION

Les acteurs corrompus, de par leurs comportements, ont porté atteinte à la valeur intégrité qui mérite ainsi réparation de leur part à l'aide de mesures utiles à sa revalorisation. Toute proportion gardée, l'on peut comparer cette atteinte à celle causée aux aires protégées et dont la réparation est aussi assurée par des peines autres que l'emprisonnement¹⁵⁴⁴.

I. REPARATION DE L'INTEGRITE

Cette réparation, pour contribuer à l'extrême stigmatisation de la corruption, devra tenir compte du caractère général des acteurs corrompus, lesquels sont loin d'être considérés tous comme physiquement dangereux. Ce qui permet de proposer des mesures plus rationnelles à leurs égards aux fins de rétablissement de la valeur intégrité.

1- Etat non dangereux

L'expérience suggère qu'en matière de corruption et infractions assimilées, sauf dans les cas où l'acte n'est que l'accompagnement d'une autre infraction plus grave nécessitant l'isolement social, les coupables ne sont pas des menaces directes à l'ordre public. Dès lors, il semble ne pas exister des justifications plausibles, autres que la rétribution, à faire encourir les participants aux actes de corruption une peine privative de liberté, tel l'emprisonnement ferme. Or, toutes les infractions de corruption comportent une peine d'emprisonnement assez lourde sauf en matière d'achat de vote dans le code électoral.

On ne peut nier le fait que la crainte de l'emprisonnement pourrait, au début de la lutte et dans une certaine mesure, contribuer à la facilitation du changement de comportement, par la théorie du labour avant la semence des graines du changement. En effet, par l'effet dissuasif de la prison, les collègues et l'entourage d'un « corrompu non agressif » seraient plus perméables aux messages anti-corruption et plus enclins à observer les mesures de prévention. Mais, à côté de cette prévention générale dont les effets sont limités soit par l'espace soit par la communication, il faut surtout une prévention spéciale à l'endroit des individus touchés. En cas de meilleur amendement, ces derniers pourraient constituer des vecteurs des messages anti-corruption les plus crédibles.

Dans un contexte généralisé de corruption, notamment celle de survie ou d'accélération, la majorité des acteurs ne présente pas un degré de dangerosité particulière justifiant leur élimination de la vie sociale¹⁵⁴⁵. Sauf dans le cas de la concussion et du favoritisme, il existe rarement de victime immédiate. On ressent même une certaine accoutumance des gens qui font qu'en bout de ligne ces acteurs de corruption sont perçus comme des victimes. Ils reçoivent la compassion des

¹⁵⁴⁴ Voir supra page 387 note 1605

¹⁵⁴⁵ C'est pratiquement monsieur et madame tout le monde qui voudrait profiter du système qui ne fonctionnerait pas autrement.

autres et, même les juges ne seraient pas étrangers à cet étrange apitoiement¹⁵⁴⁶. Il n'est pas rare que les agents anti-corruption soient au contraire considérés comme une menace commune ; un phénomène qui se rencontre également dans les pays à situation analogue en matière de prévalence de la corruption.

En conséquence, les sanctions devraient particulièrement s'orienter vers la réparation de la valeur atteinte et ce n'est pas la prison qui ferait ainsi l'affaire. Un séjour en prison ne ferait que leur accorder l'école d'autres infractions, tels l'escroquerie et autres infractions de fraude. Ils devraient en échange faire leur amendement dans la valorisation et la protection de l'intégrité qu'ils ont méprisée.

2- Culture de l'intégrité

En général, la réparation de l'intégrité consiste à la valoriser de telle sorte qu'elle serait mieux respectée par le condamné, son environnement et toute la population. Plus spécifiquement, elle consiste à rétablir la confiance des clients à l'endroit de l'institution dans laquelle évoluait la personne corrompue au moment de l'acte, et c'est uniquement en ce sens que les sanctions bénéficieraient à la communauté. D'une manière générale, l'écartement définitif de l'acteur de l'institution concernée est considéré comme la mesure la plus efficace pour rétablir la confiance. C'est le sens des peines accessoires qui éliminent, même temporairement, les corrompus de la fonction publique et les entreprises indélicates des marchés publics. Aussi, la sévérité devrait-elle contribuer à la dissuasion des acteurs vulnérables. Cependant, l'acteur écarté pourrait utilement participer au renforcement du capital confiance qu'il a entamé, par une contribution assistée dans la promotion de l'intégrité.

D'une manière utilitariste, la répression devrait en outre avoir une fonction de réparation économique et de restitution des sommes détournées ou mal acquises par l'utilisation abusive des devoirs officiels. Dans la plupart des cas, les infractions de corruption sont des actes économiquement calculés et il faudra minimiser les chances de jouissance du bénéfice afin d'assurer une prévention efficace. Jusqu'à maintenant, les autorités anti-corruption, y compris le juge, ont encore du mal à se départir du vieux réflexe de sanctionner corporellement le coupable en oubliant de sanctionner le porte-monnaie. Pour illustrer, des agents publics a été condamné à trois mois d'emprisonnement ferme pour avoir abusé plus de 60 000 000 ariary sans avoir été inquiété sur le recouvrement de la somme distraite¹⁵⁴⁷. C'est le cas typique de sanction favorisant l'atteinte de l'intégrité. La mise à la disposition des acteurs de la justice d'un éventail de mesures adéquates les aiderait sans doute à être plus offensifs dans la traque des produits de la corruption.

II. LES MESURES SUGGEREES

S'inspirant de la variété des peines passées en revue précédemment et en tenant compte de la réduction de l'usage de l'emprisonnement simple, des mesures positives ou négatives pourraient être bénéfiques pour la reconquête de la valeur intégrité. La peine devra chercher à améliorer le condamné de façon à ce qu'il ait désormais un comportement respectueux des prescriptions légales¹⁵⁴⁸ et cela en

¹⁵⁴⁶ Dans un système où le placement en détention préventive tendrait à être la règle plutôt que l'exception, la mansuétude des juges à l'égard des personnes déférées par BIANCO aux juridictions est significative.

¹⁵⁴⁷ CPAC/C0/06 du 04 avril 2006

¹⁵⁴⁸ Bouloc B., *op. cit.*, p.23

faveur de protection de la valeur sociale protégée. A travers la protection de cette dernière, le comportement amendé contribue à la protection d'autres valeurs utiles à l'ordre social.

1- Les mesures positives

Hobbes disait qu'en l'imposition des peines, il ne faut pas regarder au mal passé mais au bien à venir¹⁵⁴⁹. Il n'est permis d'infliger quelque peine à d'autre dessein qu'à celui de corriger le coupable, ou de rendre meilleurs ceux à qui le supplice servira d'exemple. Contribuant à la réalisation de ce principe, la participation à la campagne anti-corruption en tant que stage citoyen ou travaux d'intérêts communautaires serait une mesure répondant aux critères d'efficience ci-dessus. La campagne anti-corruption selon la stratégie nationale de lutte contre la corruption en ses éditions 2004 et 2005 devrait suivre 5 axes principaux : Prévention, Education, Conditions, Incitation et Sanctions. La participation citoyenne des condamnés sont possibles sur tous ces axes et contribuerait ainsi à préserver la valeur intégrité. Cette mesure a non seulement l'avantage de désengorger les prisons mais surtout d'avoir des témoins vivants à qui l'on offre la possibilité de se repentir.

Dans le volet Prévention qui consiste à boucher les failles pour la corruption dans les systèmes, il sera par exemple exigé du condamné la description des opportunités de corruption et les prophylaxies nécessaires. Egalement, il contribuera de manière efficace dans cette tâche par l'identification de mécanisme de corruption dans le milieu où il a évolué. Ainsi, en matière douanière, un agent de douane condamné de corruption passive, au lieu de croupir en prison, devrait aider à établir et mettre en œuvre des actions de prévention dans la pratique des procédures d'importation et d'exportation. Il en irait de même dans le volet Conditions pour aider à mieux définir les besoins pour une bonne réalisation des actions anti-corruptions.

Dans le volet Education, cherchant à obtenir une culture de refus de la corruption, les actions sont nombreuses et la contribution volontaire de la personne condamnée est utile dans le choix des actions. Cela peut aller du témoignage jusqu'à la sensibilisation des personnes de son milieu, social ou professionnel. A titre d'illustration, un employé condamné pour infraction d'abus de fonction pourrait apporter son expérience malheureuse dans les ateliers de mise en conformité des codes de conduite. Ces genres de témoignages se font largement dans les milieux religieux et auraient des effets sur le comportement des délinquants potentiels. Même en matière de sensibilisation sur le VIH sida, l'absence de témoignage de porteur réel a pesé sur la crédibilité des messages. Il a fallu pour l'organisme responsable de cette campagne inviter un témoin d'un pays voisin pour suppléer à l'absence d'un témoin local. On pourrait également envisager dans le domaine de l'Incitation, l'injonction à une personne condamnée de s'enrôler dans une organisation de la société civile en tant que membre actif et le nombre de bonnes campagnes effectuées puissent être prises en tant qu'indicateur de satisfaction de la mesure prescrite.

En dehors de ces contributions techniques, les contributions de soutien pourraient aussi être envisagées. Les organes anti-corruptions souffrent de manque de personnel de soutien et y faire partie permettrait au condamné de bénéficier au quotidien des actions anti-corruption. En conséquence, le séjour pénal se fera sous la

¹⁵⁴⁹ Hobbes T., *Le citoyen ou les fondements de la politique*, 1642. Une édition électronique réalisée à partir du livre de Thomas Hobbes (1642), *Le citoyen ou les fondements de la politique*. Traduction de Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes, en 1649, relue par Thomas Hobbes. <http://www.uqac.quebec.ca/>, p.51

responsabilité des organes anti-corruptions, qu'ils soient étatiques ou de la société civile. Ces mesures auront l'avantage de responsabiliser jusqu'au bout les organes anti-corruption qui s'occuperont également de l'amendement des condamnés et non uniquement de leur élimination sociale, fut-elle temporaire.

2- Mesures négatives

D'autres mesures moins positives doivent exister en alternative. Il s'agit de priver le condamné des possibilités de récidive dans la fonction où il a succombé, ce qui contribuerait également dans l'assainissement du milieu décrédibilisé. La privation de certains droits et d'interdiction de certaines fonctions pourrait ainsi être érigée en sanction principale.

En outre, la confiscation systématique de la valeur du préjudice économique et social du patrimoine du délinquant pourrait aussi être efficace dans la mesure où les produits seront reversés directement dans un fonds spécialement destinés au financement de la campagne anti-corruption. Dans une certaine mesure, la personnalisation des peines pourrait être occultée, comme en matière de restitution de bovidés volés, par la solidarité d'une telle peine. Ce qui rendrait le milieu institutionnel plus entreprenant dans la mise en place des mesures préventives et devenir partiellement responsable du comportement d'un de ses acteurs.

Dans tous les cas d'inexécution des mesures prononcées, la menace des peines de prison ou d'amende lourde servira comme bâton et comme carotte l'ajournement ou la dispense de peines, afin d'atteindre le comportement ou la situation recherchés.

Si, néanmoins, l'on veut avoir un effet de prévention sur une catégorie spéciale de la population, la meilleure technique consistera sans doute à rationaliser les sanctions disciplinaires.

SECTION 2- EN MATIERE DISCIPLINAIRE

Theodore Roosevelt écrivait: *Honesty is... an absolute prerequisite to efficient service to the public. Unless a man is honest we have no right to keep him in public life, it matters not how brilliant his capacity...No man who is corrupt, no man who condones corruption in others can possibly do his duty by the community.*¹⁵⁵⁰ La pertinence de cette affirmation est aussi valable au sein de toute structure institutionnelle. Le système de sanction disciplinaire devrait au sein des institutions refléter une politique de tolérance zéro à l'égard de tous les acteurs. Il conviendra en conséquence de préciser les sanctions applicables.

A. SANCTIONS TRADUISANT LA TOLERANCE ZERO¹⁵⁵¹

Contrairement aux sanctions pénales proposées pour être plus fournies en vue de remplir toutes les fonctions traditionnelles de la peine, les sanctions disciplinaires devraient avoir un double objectif : éliminer des institutions fondamentales les acteurs

¹⁵⁵⁰ Roosevelt T., *The strenuous life; essays and addresses*, Bartleby.com, 1998; <http://www.bartleby.com/58/>

¹⁵⁵¹ Pour certains, la politique de tolérance zéro constitue un slogan non réaliste pouvant mettre en danger même la promotion de l'intégrité. En ce sens, voir Galtung F., *Integrity Reforms and the Implementation of Anti-Corruption in Madagascar*, Report of mission in Antananarivo, 14 December 2007, p.11

non intègres et rendre les autres acteurs plus diligents en matière de prévention des conflits d'intérêts.

I. EPARGNER LES INSTITUTIONS DES ACTEURS NON INTEGRES

Il est utile de rappeler que les institutions influencent le comportement des citoyens, notamment par le rôle modèle que jouent les acteurs institutionnels. Ces derniers ont ainsi des missions qui justifient leur présence au sein des institutions, lesquelles sont mises en danger par des moindres écarts avec le devoir d'intégrité. Par exemple, les agents de l'Administration publique n'existent ainsi que pour la satisfaction de l'intérêt général qui exige d'eux quelques obligations et le respect de certains principes¹⁵⁵². Ce qui rend toute atteinte directe contre l'intégrité incompatible avec leurs états¹⁵⁵³. Cette incompatibilité devrait être la règle pour toute institution saine et efficace et, dans ce cas, la réponse disciplinaire devrait être le moyen de renforcer le pénal pour encadrer les acteurs non intègres.

1- Le disciplinaire pour écarter

L'importance du rôle des institutions saines justifie pleinement l'éviction de l'acteur de son milieu institutionnel pour un agissement contre l'intégrité et non plus pour son incurabilité face à cette valeur. De l'intégrité dépend en effet toutes les autres valeurs et principes qui font que les institutions sont fortes et contribuent au développement durable. La tolérance des actes de corruption par le maintien des acteurs non intègres peut signifier la cohabitation entre la valeur et le vice. Les actes de corruption devraient constituer les « *sandragna* »¹⁵⁵⁴, c'est-à-dire les interdits absolus au sein des institutions. Ce faisant, il s'agit d'éviter les demi mesures et doivent être concernées non seulement les atteintes à l'intégrité dans l'exercice ou à l'occasion de la mission institutionnelle mais tout autant en dehors de celle-ci. Ce qui justifie en quelque sorte, l'impertinence de diversifier la qualification en matière d'atteinte directe à l'intégrité.

En dépit des priorités accordées aux organes d'application de la loi et du secteur public dans la promotion de l'intégrité, aucune différence de statut institutionnel ne pourrait justifier la moindre tolérance. Il est acquis depuis longtemps que les acteurs non intègres devront en principe être définitivement ou temporairement écartés des institutions. Cette élimination est souvent effectuée par les peines additionnelles en matière pénale, tel la déchéance et l'inéligibilité pour les institutions politiques¹⁵⁵⁵, la déchéance de certains droits et l'incapacité pour les institutions familiales, sociales ou commerciales ainsi que l'incapacité d'exercer la fonction publique ou la fonction judiciaire pour les institutions publiques¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵² Lachaume J-F., *op. cit.*, pp. 85 et 86

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p.92

¹⁵⁵⁴ Dans certaines communautés malgaches, notamment du Sud Est, les interdits sociaux sont classés selon leurs gravités et le « *sandragna* », le plus grave n'a aucun remède contrairement au « *fady* » qui peut être compensée par certains rites purificateurs. Celui qui a commis un « *sandragna* » ne peut qu'être éliminé de la société, tel l'auteur d'inceste, de viol et de consommation de certains interdits alimentaires tel la viande de hérisson, de chien ou de murène.

¹⁵⁵⁵ Voir par exemple l'article 66 in fine de l'Ordonnance n° 2000-001 du 5 janvier 2001 portant loi organique relative au Sénat (*J.O* n° 2682 du 10.01.2001, p. 47 - Edition spéciale)

¹⁵⁵⁶ Article 42-3° CP

Pour certaines institutions non étatiques, l'éviction des institutions existe lorsqu'il s'agit de fautes graves dont les atteintes sérieuses à l'intégrité, à titre d'exemple l'excommunication pour les institutions religieuses et le rejet pour les institutions traditionnelles¹⁵⁵⁷. En droit de la fonction publique française, des faits antérieurs à l'entrée en fonction peuvent donner lieu à sanction lorsqu'il y a eu dissimulation frauduleuse de la part de l'agent¹⁵⁵⁸. L'éviction reste alors l'unique mesure indiquée lorsque ces faits se révèlent incompatibles avec l'exercice de la fonction.

2- Etre en appui au pénal

Le disciplinaire se met en principe au service du pénal non seulement par l'exécution des dites mesures radicales¹⁵⁵⁹, mais surtout en amont pour donner au pénal les éléments d'information lui permettant de mieux traiter l'acteur non intègre. En outre, il participe pleinement à la protection de l'intégrité par la suppléance de certaines carences du droit pénal, lorsqu'il s'agit d'agir en toute célérité pour écarter l'acteur de l'institution. On peut citer à titre d'exemple la suspension des fonctionnaires mis en cause de corruption ou d'autres malversations en attendant l'issue des procédures pénales ou disciplinaires. Il en irait de même lorsque le pénal a été rendu incapable pour des raisons procédurales, permettant ainsi au disciplinaire de procéder tout de même à l'élimination. En définitive, l'éviction resterait la mieux indiquée pour les atteintes directes à une valeur aussi fondamentale que l'intégrité, et le rôle du disciplinaire à cet égard est tout autant prépondérant que celui du pénal.

Dans la pratique, le disciplinaire montre toutefois une certaine tolérance à l'endroit des acteurs non intègres. En droit français, même s'il est reconnu que le manquement à l'obligation d'intégrité est une attitude incompatible avec la fonction publique, les juges de fond semble admettre qu'un manquement à cette obligation n'entraîne pas ipso facto leur élimination de l'Administration publique¹⁵⁶⁰. A Madagascar, cette attitude règne même au sein des instances disciplinaires, tel le cas du Conseil Supérieur de la Magistrature qui en 2006 n'a infligée qu'un avertissement à l'encontre d'un magistrat qui est doublement convaincu d'abus de fonction et de non déclaration de conflits d'intérêts. Le même Conseil a curieusement blâmé un autre magistrat qui a commis un faux pour se faire indûment rembourser des frais de déplacement. Le corporatisme et l'influence du pouvoir exécutif, synonyme de manque d'intégrité des collègues, sont les plus souvent pointés du doigt comme à l'origine de cette tolérance.

Se pose enfin l'opportunité de la réintégration suite à une amnistie des faits ou des sanctions disciplinaires¹⁵⁶¹. En général, les manquements à l'obligation d'intégrité sont exclus des mesures d'amnistie qui laissent en conséquence les agents non intègres hors de l'institution. Dans le cas contraire, l'amnistie ne devrait pas réhabiliter l'agent non intègre dans ses fonctions sous peine d'être en contradiction

¹⁵⁵⁷ Ce rejet peut même s'étendre jusqu'à la mort par le refus de la sépulture

¹⁵⁵⁸ CE, 5 déc. 1930, D. 1931, 3, 58, concl. Rivet

¹⁵⁵⁹ Ces mesures additionnelles d'écartement ne constituent pas des mesures disciplinaires et cela permet à l'autorité disciplinaire dans certains cas de ne pas se séparer de l'agent (cas des infractions non intentionnelles) ou de le réintégrer (cas de l'amnistie pénale ou la fin de certaines déchéances ou privation de droits) ; cependant, dans la pratique elles ne seront effectives sans la coopération de celle-ci.

¹⁵⁶⁰ Auby J-M., Auby J-B., Jean-Pierre D. et Taillefait A., *op. cit.*, pp.348-349

¹⁵⁶¹ Le statut de la fonction publique en son article 58 dispose que L'amnistie pénale dont bénéficie le fonctionnaire entraîne la remise des sanctions disciplinaires sans rappel de solde et l'amnistie disciplinaire peut être accordée sans rappel de solde par décret pris, après avis du Conseil de Discipline.

avec la politique de tolérance zéro. En droit français, dans des cas disciplinaires incompatibles, la jurisprudence semble unanime à considérer que le bénéfice de l'amnistie n'entraîne pas la réintégration de plein droit de l'intéressé mais rend seulement possible cette réintégration¹⁵⁶². Ce qui milite qu'en des cas graves comme l'atteinte à l'intégrité, l'existence de l'amnistie devrait motiver le refus d'intégration par l'Administration.

II. LE DISCIPLINAIRE POUR CORRIGER

Toutefois, les réponses disciplinaires devraient distinguer les manquements simples aux mesures de prévention, ou de restriction, des actes délibérés portant atteinte directe à l'intégrité. Dans une certaine mesure, il faudra tenir compte de la nature et de la gravité du manquement lorsqu'il s'agit de corriger le fonctionnaire. Ce dernier, par méconnaissance de ses obligations de prévention, est amené à porter atteinte indirectement à l'intégrité.¹⁵⁶³

1- Appuyer les mesures de prévention

L'analyse des conflits d'intérêts a permis de constater que les règles disciplinaires posent des obligations suffisamment avancées pour prévenir les atteintes directes à l'intégrité et aider ainsi les agents publics à éviter les sanctions radicales. A titre de rappel, ces agents ont l'obligation de déclarer certaines situations de conflits susceptibles de porter atteinte à la mission ou aux devoirs officiels. Il leur est aussi exigé de résoudre certains cas de conflits d'intérêts par différentes mesures préalablement recommandées, telle la démission ou la récusation.

En effet, ces obligations visent primordialement à minimiser les risques de conflits dommageables. Elles constituent des mesures de prévention et de gestion, en cultivant le réflexe d'autocensure dans tous les actes de la vie institutionnelle, notamment dans les prises de décision. Certes, les mesures radicales contribuent déjà à une prévention générale mais les mesures de prévention proprement dites sont des nouveautés dans un contexte ayant encore la corruption comme règle. Il faudrait alors une gestion de changement adaptée pour vaincre les phénomènes de résistance. Ainsi, les manquements à ces mesures ne peuvent qu'appeler des sanctions disciplinaires proportionnées.

2- Rendre l'acteur plus diligent

La gestion des conflits d'intérêts requiert pour son effectivité la coopération des acteurs faisant face à des dilemmes d'ordre éthique. Cela est vrai pour ceux qui, de bonne foi, ne savent pas comment se sortir d'une situation mettant en présence ses intérêts privés et la mission institutionnelle. Les mécanismes mis en place devraient alors inciter ses acteurs d'être proactifs, cherchant par eux-mêmes des solutions déjà préconisées dans les textes. A défaut, il est avisé de toujours demander conseils auprès des autres acteurs, collègues, supérieurs ou organes spécifiquement mis en place à cet effet dans les organisations. Des mesures trop radicales pourraient induire les effets contraires, en rendant les acteurs renfermés et incapables de participer à la résolution des conflits non encore dommageables.

¹⁵⁶² *Ibid.*, 401 et 402

¹⁵⁶³ Lachaume J-F., *op. cit.*, pp.92-93

Dès lors, la réponse disciplinaire devrait se focaliser à rendre l'acteur plus diligent et non le diriger vers la porte de sortie de l'institution. Le manquement simple à ces obligations, sans mauvaise foi apparente et n'atteignant pas encore directement la valeur, nécessite des mesures correctives. En matière sociale, la jurisprudence française illustre dans une certaine mesure cette inopportunité des mesures radicales en décidant que le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁵⁶⁴.

Les réponses devraient néanmoins nuancer non seulement les négligences répétées mais également celles déguisées, synonymes de complicité, notamment de la part des leaders qui s'abstiennent de prendre les mesures adéquates. Elles permettent ainsi aux agents sous leurs autorités ou à la situation de porter effectivement atteinte à l'intégrité. L'exemple du concours d'entrée à l'École Nationale de la Magistrature en 2004 démontre la gravité de ces carences pour l'intégrité. L'absence de réaction du ministre responsable suite à la déclaration d'une situation de conflits par le président de jury désigné a suffisamment entamé la crédibilité du concours. Ce qui a rendu nécessaire l'intervention publique des plus hautes autorités pour faire accepter les résultats. Ces carences sont suffisamment graves pour mériter des mesures radicales ou tout au moins justifier la progressivité adéquate des sanctions.

B. PRECISER LES SANCTIONS APPLICABLES

Compte tenu de la différenciation de niveau des sanctions disciplinaires contre les atteintes à l'intégrité, il conviendrait de préciser en conséquence les sanctions applicables pour chaque échelon. Il s'agit d'en donner aux agents publics une lecture aisée et plus précise ainsi qu'une facilité d'application. Ce qui rend utile la révision des sanctions disciplinaires, en général.

I. RECONSIDERATIONS GENERALES

Deux remarques se posent lorsque l'on parcourt les statuts professionnels, notamment dans la fonction publique. L'attention est accrochée par, d'un côté, l'abondance des sanctions disponibles et, de l'autre, l'absence de guide sur leur détermination. Elles contribuent toutes à l'ineffectivité des sanctions disciplinaires, particulièrement par la grande probabilité de ne pas les faire correspondre à la faute, à la personne et à la défense de l'institution. Par ailleurs, les sanctions disciplinaires négligent très souvent un volet non moins important, le patrimoine de l'indiscipliné.

1- Large éventail

La plupart des statuts professionnels ou institutionnels, en vertu de l'adage aussi applicable dans le domaine « *nulla poena sine lege* », prévoient des échelles exhaustives de sanctions qui lient l'autorité disciplinaire¹⁵⁶⁵. Elles sont en conséquence plus sécurisantes pour les agents qu'en matière du droit de travail pour les salariés. En ce sens que pour ce dernier, les sanctions sont déterminées par

¹⁵⁶⁴ Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155

¹⁵⁶⁵ Auby J-M., Auby J-B., Jean-Pierre D. et Taillefait A., *op. cit.*, p.400

l'employeur par le biais du règlement intérieur¹⁵⁶⁶. L'on constate cependant des échelles de sanctions qui sont un peu trop fournies, notamment dans la fonction publique. Il n'est pas rare de voir près d'une dizaine de sanctions dont usuellement, de la plus douce à la plus sévère, l'avertissement, le rappel à l'ordre, la réprimande, le blâme, la suspension de solde, la radiation du tableau d'avancement pour une durée déterminée, la réduction de l'ancienneté, l'abaissement d'échelon, la rétrogradation, l'exclusion temporaire de fonction, la mise à la retraite d'office, la révocation sans suppression des droits à pension et la révocation avec suppression des droits à pension et déclaré à jamais incapable d'exercer aucune fonction publique.

Il convient de noter que l'éventail est moins garni pour les professions libérales comme celle de l'ordre des experts comptables qui ne contient que cinq sanctions. Rien n'indique cependant que l'indiscipline est plus poussée au sein de ces dernières que dans la fonction publique. Cette différence, qui existe aussi entre les fonctionnaires et les agents non encadrés de l'Etat, n'est pas toujours acceptée puisqu'elle peut aboutir à une inégalité flagrante devant la loi. Théoriquement une même faute peut aboutir à des sanctions différentes de par seulement la différence de statut, en dépit de la similitude d'emploi.

D'un côté, cette situation ne facilite pas la compréhension par les agents des sanctions qui peuvent les atteindre et, de l'autre, elle accentue la difficulté d'application par les autorités disciplinaires. Il devient laborieux pour tous ces acteurs de bien appréhender la signification de chaque faute et leur pertinence au regard de la situation à traiter. En dépit des garanties que peuvent jouer les conseils de discipline¹⁵⁶⁷, l'utilisation abusive ou inappropriée du pouvoir discrétionnaire existent certainement lorsqu'il s'agit d'infliger une peine. En outre, la gamme autorise le sentiment du côté des fautifs pervers d'avoir une grande marge de manœuvre et du côté des fautifs accidentels d'être dans l'incertitude¹⁵⁶⁸. Dès lors, pour plus de lisibilité, il conviendrait de réduire le nombre de peines, par exemple suivant la manière dont le statut de la fonction publique française l'a déjà catégorisée¹⁵⁶⁹. Pour ce faire, s'inspirer des gammes plus restreintes présentées par les statuts des professions libérales pourrait améliorer la situation.

2- Utilité d'un guide de détermination des sanctions

Afin de minimiser les risques d'abus ou d'erreur d'appréciation, il faudra considérer ici l'utilité d'un guide de détermination de peine. Formellement, un tel guide n'existe pas encore, mises à part les quelques indications légales ou réglementaires sur le non cumul des sanctions et l'interdiction de prononcer des sanctions autres que prévues. Si l'on a plaidé en faveur d'un tel outil pour les juges

¹⁵⁶⁶ Art 168 du code du travail de 2003. En principe, un arrêté ministériel devra fixer les sanctions applicables par l'intermédiaire d'un règlement intérieur type mais il semble ne pas exister jusqu'à ce jour ; article 170 du même code.

¹⁵⁶⁷ La jurisprudence et la doctrine peuvent tout autant éclairer les acteurs sur les sanctions disciplinaires, mais il convient d'admettre que les autorités disciplinaires n'ont pas toutes l'aisance de se retrouver dans les arcanes du droit disciplinaire.

¹⁵⁶⁸ En droit français, le juge administratif a cru utile de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation concernant le choix de sanctions sur le plan proportionnalité par rapport à la faute à son origine (CE, 9 juin 1978, *Lebon, Rec. CE*, p.245, *RD publ.* 1979-227, note J.M. Auby, *AJDA*, 1978-593, concl. B. Genevois

¹⁵⁶⁹ Le statut général de la fonction publique française a réparti en quatre groupes les dix sanctions existantes. Ce qui aide tout au moins à une aisance d'appréciation.

judiciaires, l'on ne peut que le réclamer davantage pour les autorités disciplinaires et les juges administratifs.

Sans un tel guide, il est compréhensible d'avoir des décisions du genre du Conseil Supérieur de la Magistrature relatées ci-dessus¹⁵⁷⁰. La situation peut être aggravée par l'inapplicabilité, en matière de faute disciplinaire, du principe de légalité¹⁵⁷¹. Outre des indications concernant les sanctions, les relations entre celles-ci et les fautes, la personnalité de l'acteur et les autres circonstances de commission de la faute, il conviendrait également de prendre comme critères déterminants l'intention et la récidive. Toutes ces indications de réforme sont des plus pertinentes en matière de répression des atteintes à l'intégrité.

II. SANCTIONS IDOINES

Comme il a été proposé que les atteintes en matière d'intégrité puissent toutes se converger dans la notion de conflits d'intérêts, il suffirait dès lors d'encadrer ces derniers par des sanctions disciplinaires adéquats afin de parvenir à une protection disciplinaire appropriée de la valeur. À titre d'exemple, dans les pays de l'OCDE, le non respect de la politique en vigueur en matière de conflits d'intérêts est généralement considéré comme une question disciplinaire contribuant à l'intégrité du secteur public. Ce qui reste à régler néanmoins c'est de faire correspondre les sanctions selon la portée des manquements, classifiables en deux catégories.

1- Sanctions de première catégorie

En premier lieu, aux manquements simples aux obligations de gestion de conflits doivent correspondre des sanctions plus ou moins variées. Elles sont alors proportionnées à la gravité des manquements aux obligations. Depuis une simple défaut de déclaration d'intérêt jusqu'aux cas plus sérieux d'inobservation, lorsqu'il y a effectivement conflit pouvant être qualifiés d'abus de fonctions ou de corruption. En conséquence, les sanctions prévues peuvent aller jusqu'à l'éviction de l'agent public concerné. En outre, d'autres effets collatéraux sont actuellement admis afin de dissuader ceux qui chercheraient en tirer profit de quelque manière que ce soit de telles infractions. L'annulation des décisions et des contrats entachés de conflits condamnables, ainsi que l'exclusion des bénéficiaires - sociétés, personnes physiques, associations, etc.- de certaines procédures futures sont parmi les mesures les plus couramment utilisées.¹⁵⁷²

Cependant, ce qui importe n'est pas tellement la sévérité de la sanction mais le message qu'elle véhicule et selon lequel un acte est jugé inacceptable au sein d'une institution. En effet, les règles sanctionnées seraient encore mieux suivies si, d'une part, elles avaient été acceptées ou choisies par les acteurs eux-mêmes et, d'autre part, si elles sont en harmonie avec les normes prévalentes dans l'institution.¹⁵⁷³ Nonobstant un contexte de prévalence de la corruption, l'adéquation manquements aux obligations-sanctions contribue à une certaine acceptation des règles sur les conflits d'intérêts.

¹⁵⁷⁰ Supra p. 378

¹⁵⁷¹ Lachaume J-F., *op. cit.*, pp.93-94

¹⁵⁷² OCDE, *op. cit.*, p.38

¹⁵⁷³ Tyrant J-R. and Feld L. P., Why People Obey The Law: Experimental Evidence From The Provision Of Public Goods, , *CESifo Working Paper*, No. 651 (2), January 2002, pp.20-21

A ce titre, il est nécessaire d'échelonner les sanctions selon la gravité de manquement et la nature du poste de l'acteur fautif. La rigueur sera logiquement proportionnelle avec l'importance du poste en raison de l'importance du leadership en la matière, sans préjudice de la sensibilité des actes entachés par la faute. Il conviendrait également de tenir compte de la récidive. Un choix restreint de sanctions est alors suggéré pour les fautes de la première catégorie, tel le rappel à l'ordre, l'avertissement, la redéfinition de la fonction ou l'exclusion temporaire de celle-ci. Il est évident que leur nature et leur nombre dépendent de la culture disciplinaire qui prévaut au sein de chaque institution.

2- Sanctions de seconde catégorie

Dans cette catégorie, on vise les manquements délibérés aux obligations de déclarations de conflits effectifs, les transgressions délibérées des restrictions sérieuses et le refus de résoudre un conflit connu, que ce soit de la part de l'agent concerné ou de celle de l'autorité compétente. La révocation demeurerait l'unique sanction applicable en conformité avec le principe préconisé d'exclusion des acteurs non intègres. Par ailleurs, cette sanction devrait être débarrassée des mesures concernant les droits à pension, acquis par des cotisations antérieures à la faute. En toute logique, les effets des décisions et contrats entachés par ces manquements devraient encourir l'annulation.

Toujours à titre comparatif, deux pays de l'OCDE ont tout récemment adopté mesures radicales équivalentes. En Hongrie, le fonctionnaire qui ne remplit ni ne fournit en temps voulu les formulaires de déclarations d'intérêts financiers perd automatiquement son statut de fonctionnaire. Au Portugal, le haut fonctionnaire qui manque délibérément à l'obligation de fournir la déclaration voulue perd son poste.¹⁵⁷⁴

Enfin, deux observations s'imposent alors concernant les sanctions disciplinaires applicables. La première concerne l'absence de préoccupation du disciplinaire concernant le patrimoine de l'acteur fautif ni sur le plan de récupération des avoirs mal acquis ni la réparation des préjudices sous forme d'amende. Deux arguments peuvent être avancés pour limiter le pouvoir de l'autorité disciplinaire en ce sens. Dans le droit du travail, il n'est seulement disposé que les sanctions disciplinaires ne devraient en aucun cas concerner le salaire¹⁵⁷⁵. La seconde concerne les garanties qui doivent accompagner les mesures radicales qui sont lourdes de conséquences pour l'acteur concerné et sa famille. La pensée va tout droit vers l'opportunité de rendre applicable le principe de légalité pour les fautes graves afin de pouvoir baliser correctement les abus.

CONCLUSION DU TITRE II

En matière de fautes et de responsabilités ainsi que de sanctions, dont l'effectivité permet d'apprécier le bien fondé des réformes suggérées, le droit pénal devrait aller de pair avec le droit disciplinaire. Complémentaires, les deux outils gagneraient à être plus simples et à la portée de tous les acteurs auxquels ils s'adressent. Il s'agit dans tous les cas de protéger rationnellement l'intégrité par l'encadrement des comportements, notamment au sein des institutions.

¹⁵⁷⁴ OCDE, *op. cit.*, p.84

¹⁵⁷⁵ Articles 66 et s. du Code de travail

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'intégrité revient au giron des valeurs fondamentales fortement protégées depuis 2004, par la réforme importante du droit pénal. Plusieurs comportements antérieurement banalisés deviennent stigmatisés depuis et, sans préjuger de l'efficacité des nouvelles mesures, l'on constate certains résultats encourageants. Au niveau du développement durable, sans prétendre en attribuer l'exclusivité de la cause à la promotion de l'intégrité¹⁵⁷⁶, les indicateurs semblent évoluer dans le bon sens à partir de 2003. En effet, la couverture forestière s'est stabilisée avec une nette diminution du défrichement¹⁵⁷⁷, l'économie semble avoir renoué avec la croissance¹⁵⁷⁸ et l'indice de développement humain évolue également¹⁵⁷⁹.

Néanmoins, la protection pénale revigorée peut ne pas assurer la primauté de la valeur intégrité au sein des institutions du fait non seulement des séquelles classiques du droit pénal anti-corruption mais surtout de la négligence du volet disciplinaire. A ce titre, le traitement approprié des conflits d'intérêts est préconisé.

¹⁵⁷⁶ Selon Mauro, un pays qui arrive à maîtriser la corruption en augmentant de deux points son score (*International Country Risk Guide* et *Business International*) pourrait augmenter, en pourcentage, son ratio investissement/PIB de 4 points et son PIB annuel par habitant de 0,5 point. Voir Mauro P., The effects of corruption on investment, growth and government expenditures, *IMF working paper*, WP/96/98, September 1996, p.12

¹⁵⁷⁷ Selon l'ONESH, cette couverture représentait 16 % en 2000 (18% en 1990), et en 2005 ce pourcentage n'a pas changé. Le taux de déforestation est passé de 1.36% à 0.9 % en moyenne, respectivement de 1990-2000 à 2000-2005. (calculé sur les pourcentages). En terme de superficie absolue, ces taux s'élèvent respectivement à 0,82% et 0,55%. ONESH, *op. cit.*, n° 01CF / ONESH-1S 2007, p.19

¹⁵⁷⁸ Selon les données du Ministère de l'Economie, le taux de croissance pour 2007 est prévu à 6,5% (il accusait une baisse significative en 2004 (5,3%) après une hausse caractérisée de 9,8 en 2003, due aux taux largement négatif de 2002 (12%).

¹⁵⁷⁹ 0,533 en 2005, source Indicator Table 2 HDR 2007-2008 ;
http://hdrstats.undp.org/countries/country_fact_sheets/cty_fs_MDG.html

CONCLUSION GENERALE

La marche vers le développement durable, comme on l'a constaté tout au long du document, dépend des institutions saines et fortes. Pour cela, l'intégrité devra être la valeur prépondérante au sein des institutions et dans les relations entre elles, pour que ensemble elles puissent structurer le comportement intègre des acteurs et des citoyens. Le droit pénal est depuis longtemps préconisé comme l'outil par excellence pour assurer la protection des valeurs fondamentales mais, en ce qui concerne l'intégrité, il s'est contenté tout simplement de combattre la corruption principalement dans le secteur public. Cela est à l'inverse de la démarche préconisée qui consiste à promouvoir la valeur pour se prémunir durablement de la corruption. En effet et bien qu'il reste encore laborieux d'établir avec certitude une corrélation négative entre la corruption et le développement, il n'en reste pas moins que la corruption institutionnalisée mine le développement dans toutes ses dimensions. Combattre celle-ci rationnellement donnera plus d'efficacité à la lutte contre la pauvreté et corrigera les défaillances du modèle dominant de développement économique.

L'exemple de Madagascar dans la protection de l'intégrité a montré que le tout répressif assuré par le droit pénal à travers son histoire n'a pas assuré une protection appropriée et en conséquence a conduit le pays dans les trappes de la pauvreté généralisée. L'existence d'une corruption généralisée et systémique a été démontrée par l'exemple d'institutions fondamentales et a sans doute joué un rôle prépondérant dans l'appauvrissement. Les réformes anti-corruptions, notamment du droit pénal, ont pris en compte l'interdépendance stratégique de l'application de la loi avec la prévention et l'éducation. Cependant, il vaudrait mieux avoir une politique proactive que réactive, plutôt promouvoir l'intégrité que de courir derrière la corruption.

Cette promotion a timidement repris le dessus avec des fixations de priorité, comme la justice et certains secteurs clés. En quatre années de lutte intensive contre la corruption, sa limite est constatée par l'installation d'un certain cynisme au sein de la population et d'un désappointement précipité au niveau des bailleurs de fonds ; pour cause, les résultats sont mitigés. La démarche qui consiste à focaliser les efforts aux institutions est alors préconisée pour assurer une protection durable. Pour ce faire, l'égalité de tous devant la loi protectrice de l'intégrité est cruciale avec l'utilisation combinée du droit pénal et du droit disciplinaire. Ce n'est seulement aux prix de réformes encore plus courageuses, avec un leadership actif en permanence, que l'on pourrait préserver l'intégrité et espérer un développement économique, social et environnemental de la grande île.

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Acolas É., *Les délits et les peines*, Delagrave, 1887
- Alain, *Philosophie*, Paris, PUF, tome II, 1955
- Aquin (d') T., *Somme théologique*, II, <http://bibliotheque.editionsducerf.fr>
- Aristote, *Traité de la morale*, Livre V: De la justice, Traduction Thurot, édition Firmin Didot, Paris, 1823
- Attuly R., *Le droit pénal de Madagascar*, Librairie Sagot, Paris, 1924
- Auby J-M., Auby J-B., Jean-Pierre D. et Taillefait A., *Droit de la fonction publique, Etat – Collectivités locales – Hopitaux*, Dalloz, Précis, 5è éd., 2005
- Aujas L., *Manuel de procédures et de droit indigène: les juridictions criminelles à Madagascar-tribunaux de 1ère et de 2è degré*, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1908
- Beccaria, « *Des délits et des peines* », Milan, 1764
- Becker H., *Outsiders*, Paris, Métailié, trad. franç., 1962
- Bentham J., *Déontologie, ou Science de la morale*, T.I et II, 1834
- Blais M., *L'anatomie d'une société saine, Les valeurs sociales*, 1983
- Borrini-Feyerabend G. et Dudley N., *Elan Durban...Nouvelles perspectives pour les Aires Protégées à Madagascar*, Version préliminaire, UICN, 2005
- Bouglé C., *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, 1922
- Boulloc B., *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 19è éd., 2005
- Buisson J., *Preuve, Recueil*, Rép. Pén. Dalloz, 1999
- Burlamaqui J.J., *Principes de droit naturel*, P U, Caen, 1998
- Cahuzac A., *Essai sur les Institutions et le Droit malgaches*, Librairie Marocaine, 1906
- Callet R.P., *Histoire des Rois, Tantaran'ny Andriana*, T I à IV, éd. Librairie de Madagascar, 1974
- Carney G., *Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials*, Transparency International, Working Paper, 1998; http://www1.transparency.org/working_papers/carney/index.html
- Carrara, *Des forces du délit : de la force physique (du dommage)*, Cours de droit criminel fait à l'Université de Pise, Traduction Baret, éd. Marescq, Paris, 1876
- Christoph Stückelberger, *Lutte contre la corruption, Une tâche urgente pour les œuvres d'entraides, les missions et les Eglises*, Pain Pour le Prochain, Repères, www.ppp.ch,
- Danti-Juan M. (en collaboration avec Pradel J.), *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 4ème éd., 2007
- Delmas Marty M., *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983
- Deltail P., *Le Fokon'olona (Commune Malgache) et la Conventions de Fokon'olona*, Domat-Montchrestien, Paris, 1931
- Desportes F. et Le Gunehec F., *Droit Pénal Général*, 11è édition, Economica, 2004
- *Dictionnaire Universel*, 2è éd., Hachette, 1995
- Donnedieu de Vabres H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1947, 3è éd.
- Dressler J., *Understanding criminal law*, LexisNexis, 2001, 3rd ed.
- Dussault J.P., *Comprendre et combattre la corruption*, , Synthèse et traduction de l'ouvrage: *Combating Corruption in Asia : Legal and Institutional Reform*, Dr. Nihal Jayawickrama, Executive director, Transparency International, Integrity in Governance in Asia, 29 June – 1 July 1998, Bangkok, Thaïlande
- Ferri E., *La sociologie criminelle*, traduit de l'Italien par Léon Terrien, 2e éd., Paris, Félix Alcan, 1914
- Foucard G., *Le commerce et la colonisation de Madagascar*, Augustin Chalamel, 1894
- Garraud R., Introduction au droit criminel, *Traité du droit pénal français*, 3e éd., T.I, Paris, 1913
- Gattegus P., *Droit pénal spécial*, Cours Dalloz, 2003, 5è éd.
- Gattegus P., *Droit Pénal Spécial*, Cours Dalloz, 1997, 2è éd.
- Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, 10 éd., Dalloz, 1995
- Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, 14 éd., Dalloz, 2003
- Gustave J., *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, d'après des documents authentiques inédits, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1910, T.I, Guilmoto, Paris, 1908-1909
- Guth J.M., *Les juridictions criminelles à Madagascar*, IHET, Cujas, Paris, 1961
- Haus J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 2e éd, Gand : H. Hoste, 1874
- Hélie F., *Traité de l'instruction criminelle*, 2e éd., Paris, T.VI, 1866
- Hobbes T., *Le citoyen ou les fondements de la politique*, 1642. Une édition électronique réalisée à partir du livre de Thomas Hobbes (1642), *Le citoyen ou les fondements de la politique*. Traduction de Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes, en 1649, relue par Thomas Hobbes. <http://www.uqac.quebec.ca/>
- Jeandidier W., *Droit pénal général*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1991
- Joly E., *Est-ce dans ce monde-là que nous nous voulons vivre ?* Les arènes, 2002
- Karl Marx, *Travail salarié et capital* (1849). Traduction française, 1891
- Klitgaard R., *Controlling Corruption*, Berkeley: University of California Press, 1988
- Lachaume J-F., *La fonction publique*, Connaissance du droit, Dalloz, 1998, 2è éd.
- Laubadère A., Venezia J-C. et Gaudemet Y., *Traité de Droit administratif*, tome 2, 10è édition, L.G.D.J, 1995
- Lupo P., *Eglise et décolonisation à Madagascar*, Les Editions Ambozontany, Fianarantsoa, 1975

- Mazeaud H., *La règle morale et la règle de droit*, extrait de son Cours de droit civil, Les Cours de droit, 1954-1955; <http://ledroitcriminel.free.fr/>
- Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Cujas, 1997
- Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel, Procédure Pénale*, 4^e éd., Cujas, 1979
- Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, T.I, 1982
- Merle R., *Droit pénal général complémentaire*, Thémis, 1957
- Moore, M.S., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997
- North D., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990
- OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public, Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, OCDE Publications, 2005
- OECD, *Fighting Corruption: What role for civil society? The experience of the OECD*, OECD Publications, 2003
- Ortolan J., *Éléments de droit pénal*, 4^e éd. Paris, Plon, Maresq, 1875, T. II
- Ozoux L., *Droit pénal indigène*, 3^e édition, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1939
- Piolet J-B., *De la colonisation à Madagascar*, Augustin Challamel, 1896
- Poirier J. (ouvrage collectif), *Etudes de droit africain et de droit malgache*, Cujas, 1965
- Pope J., *Source Book, Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Transparency International, 2000
- Pradel J. et Varinard A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 4^e éd., Dalloz, 2003
- Pradel J., *Droit pénal général*, 5^e éd., Cujas, 1986
- Pradel J., *Procédure Pénale*, 4^{ème} éd., Cujas, 1987
- Prélot M. et Boulouis J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 10^e éd., 1987
- R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome IV, Sirey, 3^e éd., 1913-1935
- Rahajarijafy P., *Ny ohabolana malagasy*, Librairie Ambozontany, Fianarantsoa, 1970
- Rahajarizafy R.P., *Hanitra nentina-drazana*, ed. faha 2, Imprimerie Volamahitsy, Antananarivo, 1957
- Rahajarizafy R.P., *Filozofia malagasy*, Natonta fanintelony, Librairie Ambozontany, Fianarantsoa, 1970
- Rakoto I., Ramiandrasoa F. et Razoharinoro-Randriamboavonjy, *Histoire des Institutions : Le Kabary ou assemblée*, Nouveau Corpus, Université d'Antananarivo, 1995
- Rakoto I., *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar (1841-1896)*, Institut de Civilisation Musée d'Art et d'Archéologie, Université d'Antananarivo, 2006
- Rakotovo L. H et autres, *Monographie nationale de la biodiversité biologique de Madagascar*, Unité Nationale de la Biodiversité (UNB), 1997
- Ramasindraibe P., *Ny fihavanana, fomba fifandraisan'ny samy malagasy*, Imprimerie catholique, 1971
- Rassat M-L., *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, 1997
- Rist G., *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Sciences po, coll. Références inédites, 1996
- Rossi, *De la nature, des buts, des effets et de la mesure de la peine*, Extrait de son « *Traité de droit pénal* », édition Bruxelles, 1835
- Rouquier P. J-C., *Précis de législation et d'économie coloniale*, L. Larose éditeur, 1895
- Roux J.-A., *Cours de droit criminel*, 2^e éd., T.I, Paris, L. Tenin, 1927
- Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines*, Transcription d'un cahier manuscrit déposé à la Bibliothèque nationale Paris, Éditions 10/18, collection Fait et cause, 2003
- Sartre J-P., *Situations*, III, Paris, Gallimard, Matérialisme et révolution, 1969
- Schmidt D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, JOLY, 1999
- Spas L., *Etude sur l'organisation de Madagascar- Justice indigène - Indigénat- Conseil d'arbitrage*, Giard et Brière, Paris, 1912
- Steeg J., Les caractères de la loi morale in « *L'honnête homme* » (Cours de morale théorique et pratique à l'usage des instituteurs, 5^e éd., Nathan, Paris, 1893
- Stuart Mill J., *On Liberty*, Norton Critical Edition, 1975
- Stückelberger C., *Continue Fighting Corruption. Experiences and Tasks of Churches, Development Agencies and Missionary Societies*, Berne, Bread for All, 2003
- Tarde G., *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif*, Bibliothèque de droit public, tome 184, L.G.D.J, 1997
- Tarde G., *Études pénales et sociales*, édition électronique réalisée par Réjeanne Toussaint, à partir de l'article de Études pénales et sociales, Lyon : A. Storck, Éditeur. Paris : G. Masson, Éditeur, 1892 ; http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html
- Tarde G., *La criminalité comparée*, édition électronique réalisée à partir du livre, La criminalité comparée. (mars 1890). Paris : Librairie Félix Alcan, 1924, 8^e éd. ; http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html
- Tarde G., *La philosophie pénale*, édition électronique réalisée du livre publié en 1890, *La philosophie pénale*, (1890). Paris: Éditions Cujas, 1972 ; <http://www.uqac.quebec.ca/>
- Tarde G., *Les transformations du droit. Étude sociologique*, édition électronique réalisée à partir du livre *Les transformations du droit. Étude sociologique*. Originellement publié en mai 1891. Rep. 2^e éd., 1891. Paris : Berg International Éditeurs, 1994 ; <http://www.uqac.quebec.ca/>

- Thébault E., *Code des 305 articles*, Institut des Hautes Etudes de Tananarive, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1960
- Transparency International, *Combattre la corruption*, Adaptation africaine du TI Source Book sous la direction de Djillali Hadjadj, Editions Karthala, 2002
- Weber M., *Le savant et le politique*, Une édition électronique réalisée à partir du livre *Le savant et le politique*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963 ; <http://www.uqac.quebec.ca/>

II. – OUVRAGES SPÉCIAUX (THESES, RAPPORTS)

- ADB, Rapport pour le Développement, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/45/34300023.pdf>
- ADB-OECD Anti-Corruption Initiative for Asia-Pacific, *Anti-Corruption Policies in Asia and the Pacific: The Legal and Institutional Frameworks*, Asian Development Bank, 2004
- ADB-OECD Anti-corruption initiative for Asia-Pacific, *Progress in the fight against corruption in Asia and the Pacific*, Papers Presented at the Joint Conference on Combating Corruption in the Asia-Pacific Region, Seoul, Korea 11-13 December 2000
- Almeida (de), Ozorio M. et al., *Environment and Development: The Founex Report*, New York: Carnegie Endowment for International Peace, International Conciliation, No. 586, January 1972
- Andrianirina L., *Décentralisation et institutions publiques territoriales à Madagascar : processus et perspectives*, Mémoire de master en administration publique, ENA, Paris, 2000
- Banque mondiale, *Doing Business 2007 : Comment réformer*, Éditions Saint-Martin, Montréal, Canada, 2006
- BIANCO, Rapport annuel 2006, BIANCO, 2007
- Cabinet ALTERNATIVES, *Analyse diagnostic de la corruption dans des zones ciblées à Madagascar*, Rapport final, CSLCC, 2004
- Cabinet MIARA-MITA, *Etat des lieux de la corruption dans l'exercice du journalisme à Madagascar*, Rapport final, CSLCC, 2004
- Cabinet Miaramita, *État des lieux de la corruption: le financement des partis politiques*, Rapport final, CSLCC, 2004
- Charrette (de) P., *Rapport sur les verdicts des cours criminelles*, Mission d'appui à la gestion du programme de consolidation de l'État de droit à Madagascar, Mars 2007
- Commission d'éthique de la Magistrature, *Rapport de mission dit « Rapport Cabannes »*, nov. 2003
- Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, IX^e Conférence Internationale Américaine, Bogota, Colombia 1948
- Commission Mondial sur l'Environnement et le Développement, *Un monde pour tous*, Rapport présenté au Président du Comité Intergouvernemental, Conseil d'administration du PNUE, Nairobi, 1987
- Commission Mondial sur l'Environnement et le Développement, *Un monde pour tous*, Rapport présenté au Président du Comité Intergouvernemental Conseil d'administration du PNUE, Nairobi, 10 mars 1987, A/43/427, 4 August 1987
- Conférence régionale du réseau panafricain de parlementaires luttant contre la corruption, *Nouveaux défis dans la lutte contre la corruption, recommandations et résolutions*, Nairobi 3 et 4 novembre 2003
- Conseil d'administration du PNUD et du FNUAP, *Projet de descriptif de programme de pays avec Madagascar (2005-2009)*, DP/DCP/MDG/1, 2004
- Conseil National Electoral, *Annotations de la loi organique n° 2000-014 du 24 août 2000 portant code électoral*, mars 2005
- CSLCC, *Premier sondage national de la corruption à Madagascar*, Casals and Associates, 2005, www.sni.mg
- *contre la corruption*, ONUDC, 1999 ; http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption_programme.pdf
- CSLCC, *Document stratégique de 2005-2007*, CSLCC, 2005, www.sni.mg
- CSLCC, *Manuel des Opérations du BIANCO*, partie générale, CSLCC, 2004
- CSLCC, *Pour un nouveau départ*, Brochure de consultation publique, CSLCC, 2004
- CSLCC, *Stratégie Nationale de Lutte Contre la Corruption 2004-2005*, Axes stratégiques et programmes d'actions, Tome 2, CSLCC, 2004
- Doig A., Watt D. & Williams R., *Measuring 'success' in five African Anti-Corruption Commissions - the cases of Ghana, Malawi, Tanzania, Uganda & Zambia*, U4 reports, May 2005
- Finn, P., and K. M. Healey, *Preventing Gang- and Drug-Related Witness Intimidation*, National Institute of Justice Issues and Practices Report, Washington, D.C., U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1996
- Galtung F., *Integrity Reforms and the Implementation of Anti-Corruption in Madagascar*, Report of mission in Antananarivo, 14 December 2007
- Han X., *Lutte contre la corruption en politique criminelle : étude comparée France-Chine*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne Paris, 2005
- HCDH, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 2200 A (XXI), Assemblée générale, ONU, 16 décembre 1966
- IMF, *Country Report*, n°09/91, March 2004, p.10
- IMF, *Partnership for Sustainable Global Growth*, Interim Committee Declaration, Washington, D.C. September 29, 1996, <http://www.imf.org/external/np/exr/dec.pdf>

- IMF and the International Development Association Madagascar, Joint Staff Assessment of Poverty Reduction Strategy Paper, Preparation Status Report, December 6, 2002
- INSTAT/Cornell University/Banque Mondiale, Dynamique de la pauvreté à Madagascar: 1993-1999, conférence "Développement économique, services sociaux et pauvreté à Madagascar", 11 juin 2003, Antananarivo
- Jureco Etudes & Conseils, Etat des lieux de la corruption au sein des administrations déconcentrées et décentralisées, Rapport final, CSLCC, 2004
- JURECO Etudes et Conseils, Etat des lieux de la corruption dans le secteur Environnement/Eaux et Forêts, Rapport final, CSLCC, 2005
- L'OCDE et la Banque Africaine de Développement, Un aperçu sur l'économie africaine (OECD and African Development Bank, African Economic Outlook), mai, 2005
- Les documents de travail du sénat français, La responsabilité pénale des chefs d'état et de gouvernement, Série législation comparée, n°LC 92, septembre, 2001
- Ligue des Etats Arabes, La Charte arabe des droits de l'homme, 15 septembre 1994, traduit de l'arabe par Mohammed Amin Al-Midani, Revue Universelle des Droits de l'Homme, vol. 7, n° 4-6, 23 juin 1995
- Lima Declaration, Eighth International, Conference Against Corruption, Lima, Peru, September 1997, Economic Perspectives, USIA Electronic Journal, Vol. 3, No. 5, November 1998.
- Madagascar, Letter of Intent, Memorandum of Economic and Financial Policies, and Technical Memorandum of Understanding, Antananarivo, December 4, 2002
- Madagascar-Millennium Challenge Account, Le Programme proposé : Développement rural intégré pour une croissance rapide et durable, 16 Septembre 2004, http://www.mca.gov/countries/eligible/mg/exitnotice_mg.shtml
- MCC, Implementing the Millennium Challenge Account, Background Paper, http://www.mca.gov/about_us/key_documents/MCA_BackgroundPaper_FactSheet.pdf, February 5, 2003, p.5
- Ministère de la Justice, 1000 textes, CD, volet fiscal, Article 01. 02. 34, section V
- Ministère de la Justice, Appendice au code de procédure pénale, IOE, Antananarivo, 1990
- Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, Salaires et corruption: le cas de Madagascar, Rapport mondial sur la corruption 2003, Transparency International, 2004
- NPDA, Le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique (NPDA) en bref (Traduction non officielle), p.2, <http://www.nepad.org>
- Observatoire National de l'Intégrité, Vol de bovidés dans la région de la Haute Matsiatra, Rapport d'observation, avril-mai 2006
- OCDE, Stratégies nationales de développement durable: Bonnes pratiques dans les pays de l'OCDE, OCDE 2006
- ONSEF, Rapport sur la gouvernance environnementale et forestière, ONSEF, octobre 2007
- ONU, Application du Code international de conduite des agents de la fonction publique, Règles et normes des Nations Unies dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale, Rapport du Secrétaire général, Conseil économique et social, E/CN.15/2002/6/Add.1, 12 février 2002
- ONU, Rapport du Secrétaire général, Élimination de la pauvreté et développement durable, Commission du Développement Durable, Troisième session, 11-28 avril 1995
- ONU, Rapport du Secrétaire général, Etude des résultats de l'examen, a la réunion de haut niveau tenue lors de la première session, des questions inscrites a l'ordre du jour de la commission et des questions nouvelles présentant un caractère d'importance et d'urgence, Commission du développement durable, Première session, 14-25 juin 1993
- Pact Madagascar et CRS Madagasca, Managing Information and Strengthening Organizations for Networked Governance Approaches (Misonoga), http://www.pact.mg/article.php?id_article=197
- PNUD, Les Objectifs du Millénaire, A/RES/55/2, Assemblée Générale, ONU, 18 septembre 2000
- Rafamantanantsoa Zafimahery G., Justice Malgache d'autrefois, Discours de rentrée de la Cour Suprême à Antananarivo, mercredi 10 octobre 1962, IMCF, 1963
- Rafidinarivo C., Etat des lieux de la grande corruption internationale à Madagascar, Rapport final, CSLCC, 2004
- Rafolisy P., Sanctions pénales : détermination et exécution, Mémoires de fin d'études, Ecole Nationale de la Magistrature, 1999
- Rapport d'ensemble du Général Gallieni sur la situation générale de Madagascar, Tome I, Paris, Imprimerie des J.O, 1899
- Rapport de tournée du Procureur Général Dubreuil en date du 15 mars 1898, Rapport d'ensemble du Général Gallieni sur la situation générale de Madagascar, T.I, Paris, Imprimerie des J.O, 1889
- Razanabahiny V., Le Dina, convention entre membres de communauté villageoise, Mémoire de CAPEN, Université d'Antananarivo, 1995
- S.A.D.C. Communauté de développement de l'Afrique australe, Protocole contre la corruption, 14 août 2001
- SADC, Speech of H.E. Marc Ravalomanana, President of the Republic of Madagascar, SADC Conference, Gaborone, Botswana, August 2005
- SAGE, État des lieux de la corruption: secteur pêches, rapport final, CSLCC, 2005
- SCPC, Rapport annuel 1993/1994, Les éditions des journaux officiels, 1995

- SCPC, Rapport annuel 1997, Les éditions des journaux officiels, 1998
- SCPC, Rapport annuel 2001, Les éditions des journaux officiels, 2002
- SCPC, Rapport annuel 2002, Les éditions des journaux officiels, 2003
- SCPC, Rapport annuel 2004, Les éditions des journaux officiels, 2005
- Sénat, Rapport du groupe de travail AFEP CHPF de juillet 1995 sur le Conseil d'administration des sociétés cotées, Rép. min. Ministère de la Justice, n°30 539, JO, Sénat, 24 août 1979
- SMART Institute, Etat des lieux de la corruption : secteur énergie, Rapport final, CSLCC, 2005
- Speville & Associates (de) Cabinet, Rapport d'évaluation sur le premier exercice de BIANCO, CSLCC, 2006
- Stability Pact for South Eastern Europe, Task Force on trafficking in human beings, Special Protection Measures for Trafficking Victims Acting as Witnesses, Outcome document of the Working Group Meeting On "Victim/Witness Protection", Portoroz, Slovenia, 26-27 March 2003
- Systèmes et Réalisation, État des lieux de la corruption: secteur Mines, rapport final, CSLCC, 2005
- Task Force On Trafficking In Human Beings, Special Protection Measures for Trafficking Victims Acting as Witnesses, Outcome document of the Working Group Meeting On "Victim/Witness Protection", Portoroz, Slovenia, 26-27 , Stability Pact for South Eastern Europe, March 2003
- The Prevention of Corruption Act, 2059 (2002 A.D) Nepal
- World Bank, Décentralisation à Madagascar, Une étude de la Banque Mondiale sur un pays, 2004
- Transparency International & UN-HABITAT, Tools to support transparency in local governance, Urban governance toolkit series, March 2004
- Transparency International, Combattre la corruption : enjeux et perspectives, 2002
- Transparency International, Rapport Mondial sur la Corruption 2004, Éditions Karthala, 2004
- Transparency International, Rapport mondial sur la corruption 2006 : Corruption et santé, Éditions Economica, 2006
- Transparency International-Initiative Madagascar, la Fondation Friedrich Ebert et la Délégation de la Commission Européenne, Hearing sur la Corruption à Madagascar, Rapport de synthèse, Septembre 2003
- Uganda project, http://www.unodc.org/en/corruption_projects_uganda.html#top
- UNDCP, Model Witness Protection Bill, Vienna, 2000
- UNODC, Anticorruption Toolkit, Vienna, 2004
- UNODC, Compendium of International Legal Instruments on Corruption, 2nd ed., Vienna, 2005
- UNODC, United Nations Guide On Anticorruption, Vienna, 2003
- USAID, A Handbook On Fighting Corruption, Technical Publication Series Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research Washington, D.C. 20523-3100 , February 1999
- USAID, Money in politics handbook : a guide to increasing transparency in emerging democracies, Technical Publication Series, novembre 2003
- World Bank, Décentralisation à Madagascar, Une étude de la Banque Mondiale sur un pays, 2004
- World Bank, Madagascar - Poverty Reduction Support Project, Program Document 29376, 23 June 2004
- World Bank, Madagascar - Poverty Reduction Support Credit, Project Information Document 29275, 06 May 2004
- World Bank, Preventing corruption in Bank projects: Procurement Guidelines, <http://wbln0018.worldbank.org/prm>
- World Bank, Project appraisal document on a proposed credit to the Republic of Madagascar for a Governance and institutional development project, Report No.: 26034-MAG, pp.6, 22 et 23
- World Bank, Second Poverty Reduction Support Operation, Report No. 32516-MG, June 9, 2005

III. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE

- Abed G. T. and Gupta S., The Economics of Corruption: An Overview, Governance, Corruption, & Economic Performance, International Monetary Fund, September 23, 2002; <http://www.imf.org/external/pubs/nft/2002/govern/index.htm>
- Acemoglu D., Johnson S., Robinson J., Institutions As The Fundamental Cause Of Long-Run Growth, NBER Working Paper Series, Working Paper 10481, <http://www.nber.org/papers/w10481>, May 2004
- Ahlin C., Corruption and anti-corruption mechanisms under decentralization, Vanderbilt University, Dec. 2004, pp.2 et s.
- Ahrens J. and Mengerlinghaus P., Institutional change and economic transition: Market-enhancing governance, Chinese style, The European journal of comparative economics, vol.3, n°1, 2006, p.75
- Akçay S., Corruption and Human Development, Cato Journal, Vol. 26, n°1, winter 2006, pp.29-48
- Alain B. et Michel S., Feux et déforestation à Madagascar, Revue bibliographique, CIRAD-ORTOM-CITE, DEZ (1963, 1965, 1968), 1998, pp.38 et s.
- Alan Doig and Stephen Riley, Corruption and Anti-Corruption Strategies: Issues and Case Studies from Developing Countries, in Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries, UNDP, 1998, p.54
- Alesina A. and Weder B., Does corrupt governments receives less foreign aid ?, The American Economic Review, Vol. 92, n°4, sept. 2002, pp. 1126- 1137.

- Alexander L. A., The Philosophy Of Criminal Law, University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper, 33 Winter 2000-2001, p.1
- Ali A. M., Institutional Differences as Sources of Growth Differences, Atlantic Econ. J., 31(4), 2003, p. 348
- Alldridge P., Reforming the criminal law of corruption, Criminal Law Forum, vol. 11, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp.287–322,
- Alou M. T., La justice au plus offrant : les infortunes du système judiciaire en Afrique de l'Ouest (autour du cas du Niger), Politique africaine, n°83, octobre 2001, p.62
- Anaclet I., Lutte contre la corruption, Madagascar Tribune, 29 juillet 1999, n°3211, p.2
- Anand S. and Sen A., Human Development and Economic Sustainability, World Development, Vol. 28, No. 12, 2000, p.2029
- Anderson C. J. and Tverdova Y. V., corruption, political allegiances, and attitudes toward Government in contemporary Democracies, American Journal of Political Sciences, Vol. 47, n°1, 2003, p.91
- Andvig J. Chr. and Fjeldstad O-H. with Amundsen I., Sissener T. and Søreide T., Corruption: A Review of Contemporary Report, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 7, 2001, p.53
- Aoki M., Endogenizing Institutions and Institutional Change, Stanford University, revised version of a paper presented at an invited session of the 2005 World Congress of the International Economic Association held in Morocco, p.1
- Aoki M., Schumpeterian Innovation of Institution, Stanford University, delivered as an invited lecture at the Tenth Conference of the International Schumpeter Society held in Milan on June 10, 2004. Revised on January 11, 2005, p.1
- Asis (de) M. G., Anticorruption reform in rule of law programs, La Revista, 1997, pp. 13 et s. http://www.eqrolc.ca/docs/Asis_ac_rol.pdf
- Association DROIT ET COMMERCE, Les conflits d'intérêts une question majeure pour le droit des affaires du XXIe siècle, Propos introductifs par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, 30e Colloque Deauville 2 avril 2006, Colloque organisé par l'association Droit et commerce, Deauville 1er et 2 avril 2006, pp.1-2
- Aujas L., Note sur l'histoire des Betsimisaraka (extraits), Bulletin de l'Académie Malgache, 1906, p.96
- Auriol E., Corruption in procurement and public purchase, International Journal of Industrial Organization, 24, 2006, p. 867
- Babington J., Sustainable development: a review of the international development, business and , Accounting literature, Aberdeen papers in accountancy, finance & management, Working paper, 00-17, 2000
- Bankole T. & Potter G., Governmental corruption in Africa: Sierra Leone as a case study, Crime, Law and Social change, vol.28, 2, sept. 1997, p.146
- Barbier E. B., Damaniac R., Léonard D., Corruption, trade and resource conversion, Journal of Environmental Economics and Management, 50, 2005, p. 276
- Bates R. H., Greif A., Humphreys M. and Sing S., Institutions and Development, Center for International Development CID Working Paper, No. 107, Harvard University, September 2004
- Batterham R. J., Ten years of sustainability: where do we go from here, Chemical Engineering Science, 58, 2003, pp. 2167 – 2179
- Bayar G., The role of intermediaries in corruption, Public Choice, 2005, p.277
- Bayle M., Les systèmes de sanctions en matière de criminalité environnementale, in Environmental Crime in Europe - Rules of Sanctions, Europa Law Publishing, Aug 2004, p.53
- Bayle M., La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés en droit de l'environnement", Revue de Droit Commercial Belge, 1992, p.672
- Bayle M., L'incidence de la réforme en droit de l'environnement", Numéro spécial des Petites Affiches (Consacré à l'institution de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français), N° 120 , 6 Octobre 1993, p. 40.
- Beau P., Concussion, Recueil, Vè Fonctionnaire public, Rép. Pén. Dalloz, mars 1977, p.1
- Bec J., Le devoir de divulgation - Le Whistleblowing une éthique de la loyauté, Télescope, volume 7, numéro 2, juin 2000
- Beck T. and Levine R., Legal Institutions and Financial Development, Prepared for the Handbook of New Institutional Economics, World Bank Policy Research, Working Paper 3136, September 2003
- Behrman J. N., Adequacy of International Codes of Behavior, Journal of Business Ethics, Kluwer Academic Publishers, 2001, p.55
- Béland D., Néo-Institutionnalisme Historique Et Politiques Sociales: Une Perspective Sociologique, Politique et Sociétés, vol. 21, no 3, 2002, p.22
- Bertók J., La gestion des conflits d'intérêts dans les pays de l'OCDE, Rapport mondial sur la corruption 2003, Transparency International, 2004, p. 413
- Bjorvatn K. and Sbreide T., Corruption and privatization, European Journal of Political Economy, Vol. 21, 2005, p. 903
- Blardone G., Stratégie de développement et ajustements structurels, Politique Africaine, n° 48, décembre 1992, p.126
- Blondet M., dénonciation et plainte, Recueil pénal, Dalloz, 1968, p.1

- Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., La corruption quotidienne, en Afrique de l'Ouest, *Politique africaine*, n°83 - octobre 2001, p.5
- Blundo G. et Sardan (de) J-P. O., Sémologie populaire de la corruption, *Le Dossiers : la corruption au quotidien*, *Politique Africaine*, p. 98
- Boizette E., corruption, Rép. Pén. Dalloz, 1997, p.5
- Brillon Y., L'opinion publique et les politiques criminelles, *Criminologie*, Les Presses de l'Université de Montréal, p.227
- Brinkerhoff D. W., Assessing political will for anti-corruption, *Public Administration and Development*, Volume 20, Issue 3, pp. 239 - 252
- Broadman H. G. and Recanatini F., Corruption and institution building, *Seeds of Corruption – Do Market Institutions Matter?*, MOCT-MOST 11, 2001, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 359
- Brunner K., The Poverty of Nations, *Cato Journal*, Vol.5, n°1, Spring/Summer 1985, p.37
- Bryane M., explaining organizational change in international development: the role of complexity in anti-corruption work, *Journal of International Development*, J. Int. Dev. 16, 2004, pp.1067–1088
- Buisson J., Preuve, Recueil, Rép. Pén. Dalloz, 1999, p.2
- Buscaglia E. and Dakolias M., An analysis of causes of corruption in the judiciary, *Law & policy in international business*, vol.30, 1999, p.100
- Cairns J., Jr., Defining Goals and Conditions for a Sustainable World, *Environmental Health Perspectives*, Volume 105, Number 11, November 1997, pp. 1164-1170
- Carbonara E., Corruption and Decentralization, Wadham College, University of Oxford Dipartimento di Scienze Economiche, Università di Bolognay, Working paper, September 1999
- Carney G., Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials, TI Working Papers, Berlin, 1998, 105p, http://www.transparency.org/working_papers/carney/index.html
- Center for Democracy and Governance, A Handbook on Fighting Corruption, Bureau for Global Programs, Field Support, and Research, U.S. Agency for International Development, Technical Publication Series, PN-ACE-070, February 1999, p.7
- Center for International Private Enterprise, Combating Corruption: Private Sector Perspectives and Solutions, *Economic Reform Issue Paper*, No. 0409, September 22, 2004, p.2
- Chris Heymans and Barbara Lipietz, Corruption and Development, Some Perspectives, Monograph No 40, September 1999; <http://www.iss.org.za/Pubs/Monographs/No40/Contents.html>
- Cogneau D. et Guénard C., colonisation et institutions, *Dialogue*, La lettre d'information de DIAL, n°1 8, décembre 2002, p.5
- Coldham S., Legal response to state corruption in commonwealth Africa, *Journal of African Law*, vol.39, n°2, 1995, p.115
- Collier M. W., Explaining corruption: An institutional choice approach, *Crime, Law & Social Change*, 38, Kluwer Academic Publishers, 2002, p.1
- Communauté urbaine de Montréal, Division des affaires juridiques, Le privilège de l'informateur de police, *Le conseiller juridique*, n°18, janvier 1998 , pp.1 et 7
- Coolidge J., Rose-Ackerman S., High-Level Rent Seeking and Corruption in African Regimes: Theory and Cases, World Bank Group, p.30
- Coquillet D. R., McMorrow J. A., Toward an Ecclesiastical Professional Ethic: Lessons from the Legal Profession, Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 65, March 16, 2005, p.12
- Cornelissen A.M.G., van den Berg J., Koops W.J., Grossman M. and Udo H.M.J., Assessment of sustainable development: a novel approach using fuzzy set theory, Erasmus research institute of management report series research in management,
- Coté-Freeman S., What NGOs Can Do against Corruption, Transparency International, Working paper, March 1999
- Coyne C. J. and Leeson P. T., The Plight of Underdeveloped Countries, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3, Fall 2004, p.235
- Dakolias M. and Thachuk K., Attacking corruption in judiciary: a critical aspect in judicial reform, *HeinOnline – vol.18, n°2, Wisconsin International Law Journal*, 353, 2000, p. 353
- Damania R., Fredriksson P. G. and List J. A., Trade Liberalization, Corruption and Environmental Policy Formation: Theory and Evidence, *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol. 46, Issue 3, November 2003, p.
- Darley P. M., Paul H. Robinson, Kevin M. Carlsmith, The ex ante function of the criminal law, *Law & Society Review*, Vol.35, n°1, 2001, pp.165-166
- Dasarac R., Nos tribunaux résidentiels, *La Tribune de Madagascar et dépendances*, n°551, 04 octobre 1912, p.1
- David Orentlicher, Conflicts Of Interest And The Constitution, *Forthcoming in Washington & Lee Law Review*, Vol. 59, No. 3, 2002, p.6
- Della Porta D. & Vannucci A., The resources of corruption: Some reflections from the Italian Case, *Crime, Law & Social Change*, Kluwer Academic Publishers , 1997, n°27, p.231
- Della Porta D., A judges' revolution? Political corruption and the judiciary in Italy, *European Journal of Political Research* 39, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 1

- Delmas Saint-Hilaire (Jean-Pierre). Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, A. Pedone, 1980, p. 149-165
- Deschamps H., Le fondement religieux du Droit quotidien malgache, in *Etudes de Droit africain et de Droit malgache*, Ouvrage collectif, Cujas, 1965, p.23
- Desporte F., *La responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles .La loi du 10 juillet 2000 devant la Chambre criminelle*, <http://www.courdecassation.fr>
- Dietz S., Neumayer E., and Soysa (de) Indra, *Corruption, the Resource Curse and Genuine Saving, Environment and Development Economics*, 12, Cambridge University Press, 2007, pp. 33–53
- Dietz S., Neumayer E., *Weak and strong sustainability in the SEEA: Concepts and measurement*, *Ecological Economics*, 2006, doi:10.1016/j.ecolecon.2006.09.007
- Diouf M., *Privatisations des économies et des États africains : Commentaires d'un historien*, *Politique africaine*, n°73, mars 1999, pp.16 à 23
- Discours du Président de la Cour d'Appel à la cérémonie d'installation de la magistrature, *Ny Gazety Malagasy*, JOMD, 12 juin 1896, n°13, Imprimerie Nationale, pp.116-117
- Dominique Schmidt, *La responsabilité des membres du conseil d'administration*, *Droit et Patrimoine*, 1995, p. 45
- Donsanto C., *The Federal Crime of Election Fraud*, Third Annual Trilateral Conference on Electoral Systems, IFES, May 8-10, 1996, p. 1
- Doucet G., *La responsabilité pénale des dirigeants en exercice*, *Actualité et Droit International*, janvier 2001, www.ridi.org/adi
- Doucet J-P, *Les familles d'infractions*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975, p. 769
- Drew K. and Clark K. A., *Corporate Criminal Liability*, *Twentieth Survey of White Collar Crime*, *American Criminal Law Review*, 2005, p.278
- Dubber M. D., *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, *Buffalo legal studies research paper series*, Paper No. 02, 2005, p.1
- Dubreuil P.G., *l'organisation judiciaire à Madagascar*, *Penant*, 1895-II, pp.123 et s.
- Duff A., *Theories of Criminal Law*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta E. N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/criminal-law/>
- Durkheim É., *Introduction à la morale*, Texte rédigé en 1917. Extrait de la *Revue philosophique*, 89, 1920, pp. 81 à 97.
- Durkheim É., *Deux lois de l'évolution pénale*, in *Année sociologique*, vol. IV, 1899-1900, pp. 65 à 95
- Durkheim É., *Jugements de valeur et jugements de réalité*, Communication faite au Congrès international de Philosophie de Bologne, à la séance générale du 6 avril, publiée dans un numéro exceptionnel de la *Revue de Métaphysique et de Morale* du 3 juillet 1911.
- Dwivedi O.P., *Bureaucratic corruption in developing countries*, *Asian Survey*, n°4, vol.7, 1967, p.249
- Easterly W. and Levins R., *Africa's Growth Tragedy: Policies and Ethnic Divisions*, *Quarterly Journal of Economics*, CXII(4), November 1997, p.1203
- Ehrlich P., *Too Many Rich People: Weighing Relative Burdens on the Planet*, *International Conference on Population and Development*, Cairo, 5 - 13 September 1994, feature originally appeared in *Our Planet*, Vol. 6, No.3, 1994
- Engerman S. L., Sokoloff K. L., *Institutional and Non-Institutional Explanations of Economic Differences*, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 9989, <http://www.nber.org/papers/w9989>
- Fall A. B., *le juge, le justiciable et les pouvoirs publics en Afrique : pour une appréciation de la place du juge dans le système politique africain*, *Revue électronique Afrilex*, n°3, 2003, p.5, <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/>
- Fantaye D. K., *Fighting Corruption and Embezzlement in Third World Countries*, *The Journal of Criminal Law*, 68 (2), 2004, p.170
- Faublée J., *Notes quelques points du droit coutumier du Sud de Madagascar*, *Etudes de droit africain et malgache*, Cujas, 1965, p.44
- Fjeldstad O-H., *Decentralisation and corruption: A review of the literature*, *Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights*, CMI working papers, 2004
- Fournier M., "Les sciences sociales et les institutions. En hommage à Jean-Charles Falardeau." Un article publié dans l'ouvrage sous la direction de Lemieux V., *Les institutions québécoises: leur rôle, leur avenir*. Colloque du 50e anniversaire de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, Les Presses de l'Université Laval, 1990, p.8
- Frank B. and Schulze G. G., *How Tempting is Corruption? More Bad News About Economists*, *Diskussionsbeiträge Aus Dem Institut Für Volkswirtschaftslehre* (520), Universität Hohenheim Stuttgart, n°164, April 1998
- Frank T., *Déréglementation et trafics d'influence, Enron aux mille et une escroqueries*, *Le Monde diplomatique*, février 2002, p. 24
- Frémigacci J., *Les chemins de fer de Madagascar (1901-1936). Une modernisation manquée*, *Verdier, Afrique & histoire*, 2, n°6, 2006, p.161
- Galtung F., *Measuring the Immeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices*, In Fredrik Galtung and Charles Sampford, Editors, *Measuring Corruption*, Ashgate (UK), 2005 (forthcoming), p.17

- Gazibo M., Le Néo-Institutionnalisme dans l'analyse comparée des processus de démocratisation, Note de Recherche, Politique et Sociétés, vol. 21, n° 3, 2002, p.139
- Gilman S. C., Joseph J. and Raven C. L., Conflicts of Interest: Balancing Appearances, Intentions and Values, Ethics Resource Center, 04, 2002, article ID: 853; <http://www.ethics.org/resources/index.html>
- Giugni M., Ancien et nouvel institutionnalisme dans l'étude de la politique contestataire, Politique et Sociétés, vol. 21, n°3, 2002, p.69
- Glinkina S. P., Privatizatsiya and Kriminalizatsiya: How Organized Crime is Hijacking Privatization. Demokratizatsiya, 2(3), 1994, p.385
- Gogue T. A., Gouvernance en Afrique : Etat des lieux, Etudes et Recherches Economiques, n° 67, BAD, 2001
- Gray C. W. et Kaufmann D., Corruption et développement, Finances & Développement, Mars 1998, p.7
- Greif A. and Laitinj D., A Theory of Endogenous Institutional Change, CDDRL Working Papers, No 15, August 2004, p.18
- Greif A., Self-enforcing Institutions: Comparative and Historical Institutional Analysis, Prepare for presentation in European School on New Institutional Economics (ESNIE), May 2004, <http://esn.ie.u-paris10.fr/fr/archives/2004.php?req=48>
- Guerin H., Marchés Publics, Liberté d'accès et d'égalité des candidats, Editions du JurisClasseurs, Pénal, 1996, fasc. 2, p.4
- Gustave J., Les Malgaches, leurs valeurs morales et intellectuelles, Revue d'ethnographie et des traditions populaires, 8è an., n°31-32, 3è et 4è trim., 1927
- Gustave J., Les réformes de 1889 : Autonomie des Fokon'olona et Règlement des Gouverneurs d'Imerina, Bulletin Trimestriel de l'Académie Malgache, n°1, vol. 1, Imprimerie Officielle, Tananarive, 1902, p.3
- Gwartney J. D., Holcombe R. G., and Lawson R. A., Economic Freedom, Institutional Quality, And Cross-Country Differences In Income And Growth, Cato Journal, Vol. 24, n° 3, Fall 2004, p.205
- Harribey J-M., Les théories de la décroissance : enjeux et limites, Cahiers français, « Développement et environnement », n°337, mars- avril 2007, p. 20-26
- Haynes A., The struggle against Corruption – what are the optimal structures?, 2nd World Conference, Modern criminal investigation, Organized crime and human rights, ICC, Durban, 3-7 December 2001
- Heimann F. (Vice Chair ICC Commission on Anti-Corruption), Présentation à la Conférence de signature de l'UNCAC, Mérida, Mexico, 11 décembre 2003 ; <http://www.un.org/webcast/merida/statements3/icc031211en.htm>
- Hellman J. et Kaufmann D., La captation de l'État dans les économies en transition : un défi à relever, Finances & Développement, Septembre 2001, p. 31
- Hellman J. S., Jones G., Kaufmann D. and Schankerman M., Measuring Governance, Corruption, and State Capture. How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies?, The World Bank Policy Research Working Paper 2312, April 2000
- Herzfeldt T. and Weiss C., Corruption and legal (in)effectiveness: an empirical investigation, European Journal of Political Economy, Vol. 19, 2003, p.621
- Heyneman S. P., Education and corruption, International Journal of Educational Development, 24, 2004, p. 637
- Hodess R., Introduction, Rapport mondial sur la corruption 2004, Transparency International, 2005, p.13
- Holling C. S., Theories for sustainable futures. Conservation Ecology, 4(2), 2000, p.7
- Hors I., Fighting corruption in developing countries and emerging economies, The role of the private sector, African Security Review, Vol. 8, n°5, 1999, pp. 23-32.
- Humphreys M. and Bates R., Political Institutions and Economic Policies: Lessons from Africa, Harvard University, CID Working Paper No. 94, September 2002
- Hymel M. L., Globalization, Environmental Justice, and Sustainable Development: The Case of Oil, Arizona Legal Studies, Discussion Paper No. 06-38, October 2006, <http://ssrn.com/abstract=934467>
- Iloniaina A., Code électoral : Ravalomanana adhère au bulletin unique, l'Express de Madagascar, 09-08-2006
- IMF, IMF Adopts Guidelines Regarding Governance Issues, News Brief, n° 97/15 August 4, 1997
- IMF, IMF Completes Second Review Under Madagascar's PRGF Arrangement and Approves US\$15 Million Disbursement, News Brief, n°02/133, December 23, 2002
- INSTAT, Croissance économique à Madagascar, tendance et situation, Policy brief, novembre 2003, p.3
- Isenbergh J., Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process, Chicago Public Law And Legal Theory, Working Paper, n°02, 2000, p. 21
- Jain A. K., Models of Corruption, in Jain A. K. ed, Economics of Corruption, Kluwer Academic Publisher, 1998, pp.13-34
- Jeaffresson D. G., The Importance of Three-Pronged Attack in corruption and assessment of its effectiveness, Police Stud.: Int'l Rev. Police Dev., 1989, p.150
- Jensen E., The political Economy of Diverse Institutional Patterns And Reformer's Response, in Jensen E. and Heller T. C., The Rule of Law and Judicial Reform, Stanford University Press, 2003, pp. 337 et s.

- John Cairns, Jr., Equity, Fairness, and the Development of a Sustainability Ethos, *Ethics in Science and Environmental Politics*, 2002, p.237
- Johnston M., Social Development as an Anti-Corruption Strategy, VI International Anti-Corruption Conference Cancun, Quintana Roo Mexico, November, 1993, pp.2 et s.
- Kaufmann D., Revisiting Anti-Corruption Strategies: Tilt Towards Incentive-Driven Approaches? *Corruption & Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*, UNDP, 1998, p.72
- Kaufmann, D., Corruption: the facts, *Foreign Policy*, n°107, 1997, pp 114-31
- Klein S. R., Redrawing the criminal-civil boundary, *Buffalo criminal law review*, vol.2, n°2, 1999, p.67-9
- Klitgaard R., International Cooperation Against Corruption, *Finances & Development*, Mars 1998, p.3
- Kolodko G. W., Equity Issues in Policymaking in Transition Economies, Prepared for Conference on Economic Policy and Equity, International Monetary Fund, Washington, D.C., June 8-9, 1998
- Korten D., Sustainable Development, Conventional versus Emergent Alternative Wisdom, prepared for the Office of Technology Assessment, United States Congress, Washington, DC , The People Centered Development Forum, September 11, 1996, <http://dieoff.org/page1.htm>
- Kramer W., The Money Trap, Stopping the Spread of Corruption, Editorial notes, Open Society News Summer, Soros Foundation Network, Fall 2003, p.1
- Kruijf (de) H. A. M. and Van Vuuren D. P., Following Sustainable Development in Relation to the North-South Dialogue: Ecosystem Health and Sustainability Indicators, *Ecotoxicology And Environmental Safety*, n°40, 1998, p. 4
- Krysiak F. C., Entropy, limits to growth, and the prospects for weak sustainability, *Ecological Economics*, 58, 2006, pp.182– 191
- Kututwa N. and Kunaka C., Practical value of legislation to combat organised crime: a southern African perspective, Human Rights Trust of Southern Africa (SAHRIT), ICC, Durban, 3-7 December 2001, p.2
- Kwok Man Wai T., On the Parliamentary Committee, ICAC, Mauritius, Comments on the Strategic Plan & Staff Proposal, http://www.kwok-manwai.com/Speeches/Comments_on_Mauritius.html
- Lambsdorff J. G., Corruption in Empirical Research - A Review, Transparency International Working Paper, n°4-4, November 1999
- Lambsdorff J. G., How Corruption in Government Affects Public Welfare - A Review of Theories, Center For Globalization And Europeanization Of The Economy, Georg-August-Universität Göttingen, Diskussionspapier / Discussion Paper 9, January 2001, p.5
- Langseth P. and Buscaglia E., Judicial Integrity and its Capacity to Enhance the Public Interest, paper was presented at the IIPE Biennial Conference, 4-7 October 2002, Brisbane, Australia, Vienna, Centre for International Crime Prevention CICP-8, October 2002
- Langseth P. and Stolpe O., Strengthening Judicial Integrity Against Corruption, Vienna, March 2001, CICP-10, United Nations Global Programme against Corruption, Centre for International Crime Prevention, Office for Drug Control and Crime Prevention, United Nations Office at Vienna, 20 December 2000, for CIJL Yearbook, 2000
- Langseth P., Prevention: An Effective Tool to Reduce Corruption, CICP-2 Vienna, December 1999, Global Programme against Corruption, Centre for International Crime Prevention, Office of Drug Control and Crime Prevention, United Nations Office at Vienna. Paper presented at the ISPAC conference on Responding to the Challenge of Corruption, Milan, 19 November 1999
- Laurance W. F., The perils of payoff: corruption as a threat to global Biodiversity, *TRENDS in Ecology and Evolution*, Vol.19, n°8, August 2004, p.399
- Laurin N., Le démantèlement des institutions intermédiaires de la régulation sociale : Vers une nouvelle forme de domination, *Sociologie et sociétés*, vol. XXXI, n°2, automne 1999, p. 65
- LeChasseur M-A., Conflits d'intérêts et inhabilités, note sur l'affaire Teasdale-Lachapelle c. Pellerin, C.S. 415-05-000322-965, www.barreau.qc.ca/journal/vol31/no8/conflits.html
- Lecours A., L'approche néo-institutionnaliste en science politique: unité ou diversité ?, *Politique et Sociétés*, vol. 21, no 3, 2002
- Leiserowitz A. A., Kates R. W., and Parris T. M., Sustainability Values, Attitudes, and Behaviors: A Review of Multi-national and Global Trends, CID Working Paper, n° 113, December 2004
- Lippe M., Corruption and Environment at the Local Level, Transparency International Working Paper, Berlin, 21 February 1999
- Lopez R. and Mitra S., Corruption, Pollution, and the Kuznets Environment Curve, *Journal of Environmental Economics and Management* 40, 2000, p.137, <http://www.idealibrary.com>
- Louis M., Mœurs et coutumes des Bara, *Mémoires de l'Académie Malgache*, Tananarive, Imprimerie Officielle, 1957, fasc. XL, pp.41 et 48
- Mabogunje A. L., Framing the Fundamental Issues of Sustainable Development in Sub-Saharan Africa, CID Working Paper, No. 104, March 2004, pp.14-15, <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/104.htm>
- Malibert P., Dénonciation calomnieuse, Editions du Juris-Classeur, 8, Pénal, 1999, p.3
- Manna A., New sanctioning prospects for the protection of the victim in penal law, in *Understanding Crime, Experiences of Crime and Crime Control, Acts of the International Conference, Rome, 18-20 November 1992*, Edited by Anna Alvazzi del Frate, Ugljesa Zvekcic, Jan J. M. van Dijk, Publication No.49. Rome, August 1993, p.350
- Markovskaya A., Pridemore W. A. and Chizu N., Laws without teeth: An overview of the problems associated with corruption in Ukraine, *Crime, Law & Social Change*, 39, Kluwer Academic Publishers, 2003, p.193

- Marquette H., Corruption, democracy and the World Bank, *Crime, Law & Social Change*, 36, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 395
- Masse C., L'abus des fonctions dans la relation préposé-commettant en droit civil québécois, 19 C. de D. 595, 604, 1978, <http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2002/2002qcca10326.html>
- Mauro P., The effects of corruption on investment, growth and government expenditures, IMF working paper, WP/96/98, 1996
- Mauro P., The Persistence of Corruption and Slow Economic Growth, IMF Working Papers, WP/02/213, 2002
- McCloskey M., The Emperor has no Clothes: The Conundrum of Sustainable Development, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Vol. 9, p153, <http://www.law.duke.edu/journals/9DELPMcCloskey>
- McMillan J., "The Main Institution in the Country Is Corruption": Creating Transparency in Angola, Center on Democracy, Development, and The Rule of Law (CDDRL) Working Papers, n° 36, February 7, 2005
- Mehlum H., Moene K. and Torvik R., Cursed By Resources Or Institutions? Norwegian university of science and technology, Department of Economics, Working Paper Series, No. 10, 2005, www.svt.ntnu.no/iso/wp/wp.htm
- Meitl J., Minton P. I., Dyer B., Twentieth survey of white collar crime: Public Corruption, *American Criminal Law Review*, 42, 2005, p.781
- Mescheriakoff S., le délit de favoritisme, *Petites affiches*, 15 février 1995, n°20, p.9
- Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, A Review of Contemporary Research, Report R 2001
- Ministère de la Justice, Appendice au code pénal, deuxième volume, IOE, Antananarivo, pp.674 et s.
- Mo P. H., Corruption and Economic Growth, *J. Comp. Econ.*, Academic Press, 29(1), March 2001, p. 66
- Mohamad M., Statement to the UN conference on environment and development, *Environmental Policy and Law* 22 (4), 1992, p.232
- Morse S., Is corruption bad for environmental sustainability? a cross-national analysis, *Ecology and Society*, 11(1), 2006, p.22, <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art22/>
- Motulsky H., le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Roubier*, 1961, pp. 175 et s.
- Muna A., La Convention de l'Union africaine contre la corruption, *Rapport mondial sur la corruption 2004*, Transparency International, Karthala, 2005, p.135
- Navran F. J., Ethical Dilemmas in the Everyday Workplace, article ID: 8, *Ethics Resource Center*, 1994, <http://www.ethics.org/resources/articles-organizational-ethics.asp?aid=888>
- Nelson S., Intégrité électorale : financement des campagnes, 10 déc. 1999, adaptation française par Andrée Lortie, <http://www.aceproject.org/main/français/ei/ei.htm>
- Nkurunziza J. D. and Bates R. H., Political Institutions and Economic Growth in Africa, *Harvard University, CID Working Paper*, No. 98, March 2003
- North D. C., Institutions, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, pp. 97-112
- Nouwligbèto F. et Vieira M., Les politiques, médailles d'or de la corruption, *Syfia International Envoi*, n°04-35 – Août 2004, p. 20, www.syfia.info
- Ogunjobi B., les défis de la bonne gouvernance, *Walfadjri l'aurore*, Jeudi 07 avril, 2005, <http://www.walf.sn>
- Okereke C., Global environmental sustainability: Intragenerational equity and conceptions of justice in multilateral environmental regimes, *Geoforum*, 37, 2006, pp.725–738
- Padilla E., Intergenerational equity and sustainability, *Ecological Economics* 41,2002, p.69
- Pancrazi G., Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public, l'article 432-14 du nouveau code pénal, *Gaz. Pal.* 12-14 mars 1995, p.2 et s.
- Paula (de) G. O., Cavalcanti R. N., Ethics: essence for sustainability, *Journal of Cleaner Production* 8, 2000, www.elsevier.com/locate/jclepro, p.109
- Pearce A. R., defining sustainability: a content analysis comparison of definitions from the literature, *Sustainable Facilities & Infrastructure Program*, Georgia Tech Research Institute, Georgia Tech Research Institute, Atlanta, GA, 2001, <http://maven.gtri.gatech.edu/sfi/resources/pdf/TR/ContentAnalysis.pdf>
- Pellegrini L. and Gerlagh R., An Empirical Contribution to the Debate on Corruption, Democracy and Environmental Policy, *Nota Di Lavoro* 8, January 2005, <http://ssrn.com/abstract=654401>
- Persson T., Do political institutions shape economic policy?, *NBER Working paper* 8214, <http://www.nber.org/papers/w8214>, April 2001
- Pfeiffer S., L'achat de votes et ses répercussions sur la démocratie : des preuves d'Amérique latine, in *Transparency International, Rapport mondial sur la corruption*, Pluto Press, 2004, pp.91 et s.
- Pinto-Duschinsky M., Effective Reform in Campaign Finance, *Elections Today*, Vol. 8, n°2, IFES, p 4
- Pires A., La criminalité : enjeux épistémologiques, théoriques et éthiques, in Dumont F., Langlois S. et Martin Y. (sous la direction de), *Traité des problèmes sociaux*, Montréal : Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, pp. 247-277.

- Pires A., La criminalité : enjeux épistémologiques, théoriques et éthiques, article publié dans l'ouvrage sous la direction de Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, *Traité des problèmes sociaux*, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p. 247
- Poirier C., de quelques procédures judiciaires locales, Ordales et magie, *Bulletin de l'Académie Malagasy*, 1960, T.38, p.118
- Posadas A., Combating corruption by international laws, *Duke J. Comp. & Int'l. L.*, 1999-2000, p. 346
- Pourcet G., emploi et ajustement structurel, <http://nah296.free.fr/index.htm>
- Preece A. A., Legal Immunities, Paper delivered to the Annual Law & Society Conference at Melbourne, Australia, on 11 December 2001
- Prieur M., Démocratie et droit de l'environnement et du développement, Collection « Le droit international de l'environnement » : les acteurs du droit international de l'environnement, fascicule 2; R.J.E 1-1993
- Quénauld, Rapport sous Cass.crim., 1er mai 1867, S.1867 I 145
- Rabenoro C., Exposé introductif, Séance spéciale sur le Code des 305 articles sous l'égide de la 2^e Section (séance du 12/82), *Bulletin de l'Académie Malagasy*, 1982, p.29
- Rafamantanantsoa-Zafimahery G., Justice malgache d'autrefois, Discours de rentrée de la Cour Suprême prononcée à Tananarive le 10 octobre 1962, IMCF, 1963, p.9
- Rafanoharana, Kabary de la Reine Ranavalona III, *Ny Gazety Malagasy*, n°18, 19/12/1895, p.141
- Raharijaona H., le droit malgache et les conventions de Fokonolona, *Etudes de droit africain et malgache*, Cujas, 1965, p.55
- Ramangasoavina A., Du droit coutumier aux codes modernes malgaches, *Penant*, n° 692, juin-août 1962, p.333
- Ramangasoavina A., « Rapport de synthèse », in *Recueil des Lois civiles*, t.1, Ministère de la Justice, Tananarive, 1964, p.2
- Rasamizatovo O., Chasseurs de prime: " Il y a un vide juridique", *Midi Madagasikara*, 01 juin 2001
- Ravoajanahary C., Fitsarana (ala-sarona, fampinomana), *Fanasina*, 1961, n°s 187 à 193
- Razafindrakoto M. et Roubaud F., Salaires et corruption: le cas de Madagascar, *Rapport Mondial sur la Corruption 2003*, Transparency International, Karthala, 2003, p.381
- Robinson J. A., Torvik R. and Verdier T., Political foundations of the resource curse, *Journal of Development Economics*, 79, 2006, p. 447, www.elsevier.com/locate/econbase
- Robinson P. H., The Criminal-Civil Distinction and Dangerous Blameless Offenders, *The journal of criminal law and criminology*, Northwestern University, School of Law, vol. 83, n°4, 1993, p.693
- Rodrik D., Institutions For High-Quality Growth: What They Are And How To Acquire Them, NBER Working Paper Series, Working Paper 7540, February 2000, <http://www.nber.org/papers/w7540>
- Rodrik D., Subramanian A. and Trebbi F., Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development, NBER Working Paper Series, Working Paper 9305, October 2002, <http://www.nber.org/papers/w9305>
- R o d r i k D. e t S u b r a m a n i a n A., La primauté des institutions (Ce que cela veut dire et ce que cela ne veut pas dire), *Finances & Développement*, Juin 2003, p.31
- Roosevelt T., The strenuous life; essays and addresses, *Bartleby.com*, 1998; <http://www.bartleby.com/58/>
- Rose-Ackerman S., Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process, *Archives of European Sociology*, 2001
- Roy H., Éthique et conflit d'intérêts : Tour d'horizon au Canada et au niveau international, *Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC)*, Mai 2005, p.111
- Saba R. P., & Manzetti L.. Privatization in Argentina: The Implications for Corruption. *Crime, Law and Social Change*, 25(4), 1996/97, 353-369
- Salas D., "Impartialité et déontologie du magistrat". In "ENM Info". Octobre 2005, p. 14
- Samuel X., Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, *Cour de Cassation, Rapport annuel*, 1999, <http://www.courdecassation.fr/>
- Santolaya P. and Iñiguez D., Sanctions pour des infractions électorales, *ACE*, 1997 <http://www.aceproject.org/main/francais/lf/lf10.htm>
- Sardan (de) J-P O., L'espoir toujours repoussé d'une démocratie authentique, *Dramatique déliquescence des Etats en Afrique*, *Le Monde diplomatique*, février 2003, p.12-14
- Savey-Casard P., Le repentir en droit pénal français, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1972, n°3, p. 515
- Savoye J., De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics, *Recueil, Dalloz*, 1999, *Chroniques*, p.169 et s.
- Schrotch P. W., National and international constitutional aspect of African treaties and law against corruption, *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, vol.13, 2003, p. 83
- Seidman G. I., The Origins of Accountability: Everything I know about the Sovereigns' Immunity, I learned from King Henry III, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 49, n°2, Winter 2004/2005, p.63
- Seka P. R., corruption, croissance et capital humain : Quels rapports? , Université de Cocody, UFR-SEG
- Shah A. and Schacter M., Combating corruption: look before you leap, *Finance & Development*, December 2004, p.42

- Shah A., Corruption and Decentralized Public Governance, World Bank Policy Research, Working Paper 3824, January 2006
- Shavell S., Law versus morality as regulators of conduct, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper, n° 340, 2001, p.11, <http://papers.ssrn.com/abstract=293905>
- Shirley M. M., What Does Institutional Economics Tell Us About Development? A Paper Presented at ISNIE, 2003, Budapest, Hungary, excerpt from a chapter in Claude Menard and Mary M. Shirley, eds. Handbook of New Institutional Economics, Kluwer Academic Press, 2004
- Shleifer A. and Vishny R. W., Corruption, The Quarterly Journal of Economics, vol. 108, N°3, 1993, pp. 599-617
- Sicard (Me), La réforme récente de la justice à Madagascar, Bulletin de l'Académie Malgache, t.29, 1949-1950, p.108
- Soler F., Madagascar : le prix des juges, La lettre de l'Océan Indien, n°868, 31 juillet 1999
- Soreide T., Is it right to rank: Limitations, implications and potential improvements of corruption indices, paper prepared for the IV Global Forum on Fighting Corruption, Brasilia, Brazil, 7-10 June 2005, pp. 8 et s., <http://www.cmi.no>,
- Sousa (de) L., Hard responses to corruption: Penal standards and the repression of corruption in Britain, France and Portugal, Crime, Law & Social Change 38: 267–294, Kluwer Academic Publishers, 2002, p.274
- Speville (de) Bertrand, Reversing the Onus of Proof: Is it Compatible with Respect for Human Rights Norms, 8th IAAC, http://www1.transparency.org/iacc/8th_iacc.confprog.html
- Steidlmeier P., Gift Giving, Bribery and Corruption: Ethical Management of Business Relationships in China, Journal of Business Ethics 20, Kluwer Academic Publishers, 1999, p.121
- Stevens M., Enforcement and disciplinary issues, <http://www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/enforcement.htm>
- Swamy A., Knack S., Young L. and Azfar O., Gender and corruption, Journal of Development Economics, Vol. 64, 2001, p.25
- Tavares S. C., Do rapid political and trade liberalizations increase corruption? European Journal of Political Economy, 2006
- The prevention of corruption act 2002, Act No. 5 of 2002 27 February 2002, Legal Supplement, to the Government Gazette of Mauritius No. 34 of 25 March, 2002 ou <http://www.icac.mu/download/PCA%202002.pdf>
- Tonoyan V., The Bright and Dark Sides of Trust: Corruption and Entrepreneurship - A Cross-Cultural Comparison of Emerging vs. Mature Market Economies, Institute for Small Business Research, University of Mannheim. Article presented at the "International Conference on Trust and Entrepreneurial Behavior in East and West European Economies: Concepts, Developments and Comparative Aspects", University of Bremen, September 26 – 27, 2003
- Transparency International, Côte d'Ivoire : le fonds de commerce de feu Houphouët-Boigny, Cité d'après Pierre Péan, L'Argent noir. Corruption et sous-développement, Fayard, 1988, encadré, Combattre la corruption : enjeux et perspectives, 2002, p.95
- Treisman D., The Causes of Corruption: A Cross-National Study, Conference Paper, The Nobel Symposium in Economics - The Economics of Transition, Stockholm, September 1999, pp. 25 et s.
- Trousse P-E., Droit pénal, (T. I, Vol. II), Les nouvelles (corpus juris belgici), (éditions Larcier, Bruxelles 1962), http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/les_sciences_juridiques/les_poursuites_penales/la_preuve/trousse_preuve.htm
- Tung K-Y., The World Bank's institutional framework for combating fraud and corruption, Remarks delivered at Seminar on Monetary and Financial Law International Monetary Fund, May 8, 2002, <http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/tung.pdf>
- Turmel A., Le retour du concept d'institution, Article publié dans l'ouvrage sous la direction d'André Turmel, Culture, institution et savoir. Culture française d'Amérique., Les Presses de l'Université Laval, 1997, p. 1
- Tyrant J-R, Feld L. P., Why People Obey The Law: Experimental Evidence From The Provision Of Public Goods, CESifo Working Paper, No. 651 (2), January 2002, pp.20-21, <http://papers.ssrn.com/abstract=290231>
- Vassogne J. et Bernard C., dénonciation calomnieuse, Recueil Penal, Dalloz, 1968, p.3
- Vitu A., De l'illicéité en droit criminel français, Rapport présenté à l'occasion des 2èmes Journées franco-helléniques de droit comparé à Nancy en 1984 et publié au Bulletin de la société de législation comparée, 1984, pp. 127 et s.
- Vitu A., Contrainte morale ou état de nécessité, Observations à propos des arrêts Dame Cassi - Dame Moreno, Revue de science criminelle, 1986, p.87
- Vitu A., Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers, Editions du Juris-Classeur Pénal, 1999, p.3
- Vitu A., Corruption de salariés Encyclopédie Dalloz pénal, Ed. Juris-Classeur, art. 432-11, fasc.20, 2000
- Vitu A., corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, Encyclopédie Dalloz pénal, Ed. Juris-Classeur, fasc .10, 1999

- Vitu A., Concussion, Encyclopédie Dalloz pénal, Ed. Juris-Classeur, art.432-10, fasc.20, 2000
- Vitu A., Soustraction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique, Editions Techniques- Juris-Classeurs Pénal, 1994
- Volana R., Pêche : Un secteur de priorité au développement, Madagascar Tribune, lundi 12 novembre 2007, <http://www.madagascar-tribune.com>
- Von Alemann U., The unknown depths of political theory: The case for a multidimensional concept of corruption, *Crime, Law & Social Change* 42: 25–34, Kluwer Academic Publishers, 2004
- Waleck M., L'argent de la politique et la corruption, Rapport mondial sur la corruption 2004, Transparency International, 2005, pp.23 et 24
- Walf Fadji, les défis de la bonne gouvernance, http://www.walf.sn/contributions/suite.php?rub=8&id_art=18294
- Webb P., the United Nations Convention Against Corruption, Global achievement or missed opportunity, *Journal of International Economic Law* Vol. 8 No. 1 191–229, Oxford University Press, 2005, p. 212
- Wei S-J., Corruption in Economic Development: Beneficial Grease, Minor Annoyance, or Major Obstacle? Harvard University and National Bureau of Economic Research, <http://www.nber.org/~wei>, p.14
- Weisberg R., Norms and criminal law, and the Norms of criminal law scholarship, Stanford law school, Research paper, n°60, 2003, p.467
- Welsch H., Corruption, growth, and the environment: a cross-country analysis, *Environment and Development Economics*, 9, July 2003, p.663
- Wilson J. K. and Damania R., Corruption, political competition and environmental policy, *Journal of Environmental Economics and Management*, 49, 2005, p.516
- Wolkers M., Enquêtes nationales sur la corruption en Afrique francophone, Rapport mondial sur la corruption 2003, Transparency International, 2004, p.356
- World Bank, The World Bank's Role in Helping Countries Combat Corruption: Guidelines to Staff, Poverty Reduction and Economic Management Network, September 1997, www.econ.worldbank.org/docs/1199.pdf
- Young M., Les conflits d'intérêts: principaux aspects, Division du droit et du gouvernement, Novembre 1993, Révisé en octobre 1998 ; [http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp362-f.htm#\(6\)txt](http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp362-f.htm#(6)txt)
- Zacharias F. C., The Purposes of Lawyer Discipline, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 64, 2003; *William and Mary Law Review*, Vol. 45, 2003, pp.31 et s.
- Zafimahova S., Privatisation à Madagascar : Jeux et enjeux, *L'Express de Madagascar*, 24 Août 2004
- Zimring E. and Johnson Franklin D. T., On the Comparative Study of Corruption, *British Journal of Criminology Advance Access*, May 26, 2005, p.3
- Zipparo L., Factors which deter public officials from reporting corruption *Crime, Law & Social Change*, vol. 30, Kluwer Academic Publishers, 1999, p.275

IV- JURIPRUDENCES

MALGACHE

- Ch. Adm., Mahasody Aly Mohamady..., n°6/71, 6 mai 1972 , Principaux arrêts, Tome 2, p.311
- Ch. Adm., Radavidra Désiré..., n°107/71, 17 juin 1972 , Principaux arrêts, Tome 2, p.319
- Ch. Adm., Rakotofiringa c/ Etat malagasy, n°414/65, 18 février 1967, Principaux arrêts, p.127
- Ch. Adm., Rasolonjatovo André..., n°44/64, 6 mars 1965 , Principaux arrêts, Tome 1, p.44
- Ch. Adm., Tony Veston..., n° 184/65, 5 mars 1966, Principaux arrêts, Tome 1, p.95
- Ch. Adm., Tony Veston..., n° 184/65, 5 mars 1966, Principaux arrêts, Tome 1, conclusion du Commissaire de la loi, p.99
- Cour d'Appel de Tananarive, 10 décembre 1904, Penant, 1905-I- 2162, p.245
- CPAC/CO/5668 du 14 décembre 2004
- CPAC/CO/31 du 15 novembre 2005
- CPAC/CO/06 du 04 avril 2006
- Décision n°04-HCC/D3 du 23 février 2001
- Décision n°04-HCC/D3 du 23 février 2001
- Décision n°17-HCC/D3 du 04 septembre 1996
- Série FF-42, Meurtre d'Ilaitsirofo, 2 asombola 1863, Antananarivo, p.168-v, n°4
- Série FF-49, Affaire c/ Indesaka ao Manorikia, 15 adalo 1864, Antananarivo, p.3-r, n°5
- Série FF-52, Affaire Ibezara (andevo), 14 adizaoza 1867, pp.19-v et s.
- Série FF-78, Affaire c/ Itsiadino (ankizivavy), 12 adizaoza 1884, Antananarivo (Marivolanita), n°35 ; Affaire c/ Itsimifaho et Imasilo, 23 alakarabo, 1885, n°44

FRANCAISE

- Crim. 29 septembre 1999, Bull. crim., n°202, p. 64 1
- Crim. 5 novembre 1998, Bull. crim., n°289, p. 833
- Cass. 6 juin 1866, D.P. 66. 1. 295
- Cass. soc., 21 septembre 2006, n°05-41.155
- CE, 20 décembre 1946, Gaz.Pal., 1947 I 179

- CE, 5 déc. 1930, D. 1931, 3, 58, concl. Rivet
- CE, 9 juin 1978, Lebon, Rec. CE, p.245, RD publ. 1979-227, note J.M. Auby
- Civ. 2, 29 avril 1998, Bull. n 141
- Com. 7 octobre 1997, JCP E, 1997, I, 710, obs. A. Viandier et JJ Caussain
- Conseil d'État, 29 prairial, an VIII
- Cour de cassation - Assemblée plénière, Arrêt n°481 du 10 octobre 2001
- Crim. 04/06/1971, D, 1971, somm.156
- Crim. 13 mai 1826, S. 1826 I 416
- Crim. 13 novembre 1996, Gaz.Pal. 1997 I Chr.crim. 64
- Crim. 13 janvier 1944, CP 1944.1.115
- Crim. 13 mai 1943, BA, 1944, somm.2
- Crim. 15 février 1906, S. 1909 I 225, note Roux
- Crim. 17 juillet 1922. D.P. 1922.1.174 ; 18 déc. 1924. D.H. 1925.25
- Crim. 17 sept 1846, D.P.49.1.593
- Crim. 18 décembre 1924, DH, 1925.25
- Crim. 19 juin 1997, Gaz.Pal. 1997 II Chr.crim. 217
- Crim. 19 novembre 1943, n°129
- Crim. 2 mars 1966, Gaz.Pal. 1966 I 391
- Crim. 2 décembre 1980, Bull.crim. n°326
- Crim. 24 juil. 1952
- Crim. 24 mars 1949, Bull. crim., n°114
- Crim. 25 mai 2004, Bull.crim., n°136
- Crim. 25 avril 1989, B.338
- Crim. 25 avril 1979, B.148
- Crim. 26 septembre 2001, Gaz.Pal. 2002 II 1861)
- Crim. 27 avril 1994, Gaz.Pal. 1994 II Chr.crim. 412
- Crim. 29 mai 1985, Bull.crim. n°203
- Crim. 3 déc 1927, S. 1929.I.119
- Crim. 30 juillet 1925, Bull. crim., n°245
- Crim. 31 mars 1905, Bull. crim., n°159
- Crim. 7 septembre 2005, Bull.crim., n°219
- Crim. 8 août 1835, préc ; 21 mai 1841, S.41.1.889
- Crim. Audience publique du 26 septembre
- Crim., 6 juin 1989, Dr. Pén. 1990, comm. N°44
- Poitiers 19 mai 1983, D., 1984 IR 132

AUTRES

- United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)
- Kendall v. United States, 37 U.S. (12 Peters) 524, 610 (1838)
- Clinton v. Jones, 520 U.S. 681 (1997)
- Cass. 2e Ch. Belge 9 juin 1975 (Pas. 1975 I 969)
- CEDH, Minelli c/Suisse, arrêt du 25 mars 1983
- CEDH, arrêt X et Y c/ Pays-Bas, du 26.3.1985, série A, n°91, 24-27
- CEDH, arrêt X et Y c/ Pays-Bas, du 26.3.1985, série A, n°91, 24-27.
- CEDH, Affaire Salabiaku c/ France, arrêt du 7/10/88, p.242/3
- CEDH, Affaire Salabiaku c/ France, arrêt du 7/10/88, p.242/3

V- SITES INTERNET PRINCIPAUX

- <http://atilf.atilf.fr/>
- <http://hq.unhabitat.org/>
- <http://jurist.law.pitt.edu/>
- <http://ledroitcriminel.free.fr/>
- <http://www.ac-grenoble.fr/>
- <http://www.aidh.org/>
- <http://www.assemblee-nationale.fr/>
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>
- <http://www.courdecassation.fr/>
- <http://www.eib.org/>
- <http://www.globalcorruptionreport.org/>
- <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- <http://www.mca.gov/>
- <http://www.mefb.gov.mg/>
- <http://www.oecd.org/>
- <http://www.osf.mg/>
- <http://www.pact.mg/>
- <http://www.pnae.mg/>
- <http://www.pnud.org/>

- <http://www.sadc.int/>
- <http://www.sni.mg/>
- <http://www.termium.gc.ca/>
- <http://www.transparency.org/>
- <http://www.transparency.org/>
- <http://www.u4.no/>
- <http://www.uqac.quebec.ca/>
- <http://www.unodc.org/>

Annexe 1

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

LOI N° 2004 - 030 du 9 septembre 2004 sur la lutte contre la corruption

EXPOSE DES MOTIFS

La présente loi sur la lutte contre la corruption s'inscrit dans le cadre du programme d'action prioritaire entrepris par le Gouvernement, en vue d'un renforcement de la bonne gouvernance, de l'instauration de l'Etat de droit et de la protection des Droits de l'homme.

En effet, la corruption constitue à Madagascar un phénomène social suffisamment grave et préoccupant qui dérègle profondément le mécanisme normal de fonctionnement de l'administration ainsi que des entreprises publiques, et porte gravement atteinte à l'image de marque des fonctionnaires de l'Etat.

Face à ce constat, il convient de « combattre énergiquement la pratique de la corruption ». Combattre ce « fléau national » consiste à adopter des dispositions législatives favorisant sa poursuite et sa répression et, notamment, à étendre le champ d'application des textes déjà existants.

La notion de corruption recouvre la concussion, l'ingérence, le favoritisme, la corruption proprement dite et le trafic d'influence, infractions qui se sont dangereusement et scandaleusement généralisées, non seulement au sein des pouvoirs et entreprises publiques mais également au sein du secteur privé, au point d'être qualifiées de « fléau national ».

Et les dispositions pénales existantes n'ont pas suffi à lutter efficacement contre ce fléau.

Le secret, la non diffusion d'informations intéressant le fonctionnement de l'Etat, l'insuffisance de contrôles et les nombreux dysfonctionnements administratifs sont autant de facteurs favorisant la corruption qu'aucune disposition répressive ne suffit à les empêcher.

De ce fait, l'instauration d'un plan d'action global, adapté à la société et aux contextes administratif et juridique, s'impose pour obtenir un résultat réel et effectif.

Par ailleurs, tous les aspects de la vie publique doivent être régis par les principes généraux de la prévention de la corruption à savoir l'intégrité, l'objectivité, la transparence et l'honnêteté.

Mais ces principes généraux de prévention de la corruption ne peuvent se limiter à de simples règles déontologiques mais doivent avoir valeur législative.

Il convient dès lors de modifier certaines dispositions du Code pénal afin d'actualiser le quantum des peines mais aussi d'introduire de nouvelles infractions pouvant être assimilées à la corruption afin de favoriser la poursuite et la répression de celle-ci.

En outre, l'expérience internationale démontre que les textes pénaux sont insuffisants s'ils ne sont pas liés à une action plus large dans le cadre de la moralisation de la vie publique, comportant une action préventive, comme celle mise

en place au Bénin ; ou comportant de véritables programmes de lutte contre la corruption, comme ceux adoptés à Singapour, Hongkong, Tanzanie, Ouganda, etc.

La mise en place d'organe spécialisé dans la lutte contre la corruption s'avère ainsi utile et nécessaire. Cet organe spécialisé sera chargé de mener l'exécution d'une stratégie nationale d'anti-corruption comportant trois éléments :

- l'application de la loi ;
- la prévention en éliminant les occasions de corruption des systèmes dans les secteurs publics et privés ;
- l'éducation en sensibilisant la communauté sur les effets néfastes de la corruption et en mobilisant le soutien du public.

Devant la difficulté sinon l'impossibilité de réunir des preuves en matière de corruption, il faut accorder à cet organe spécialisé des pouvoirs d'enquêtes, un droit de communication élargie et un maximum d'indépendance.

Le bon fonctionnement de l'organe sera en outre observé par le CSLCC, qui sera un organe de contrôle et de conseil pour son Directeur Général, et par des Comités consultatifs provinciaux.

La présente loi qui comporte 39 articles est divisée en trois titres.

Le Titre premier intitulé « De la prévention et de la répression de la corruption » est composé de trois chapitres :

- le chapitre premier composé de 2 articles est relatif à la déclaration de patrimoine ;
- le chapitre II composé de 13 articles concerne les modifications apportées au Code pénal ;
- le chapitre III composé de 2 articles est relatif aux effets des infractions de corruption.

Le Titre II relatif au cadre institutionnel est composé de 5 chapitres :

- le chapitre premier composé de 2 articles est relatif au CSLCC et au BIANCO ;
- le chapitre II composé de 2 articles traite de la garantie d'indépendance et l'obligation de rendre compte BIANCO ;
- le chapitre III composé de 9 articles concerne la mission et les pouvoirs du BIANCO ;
- le chapitre IV composé de 1 article relatif à l'obligation de respect de la confidentialité et du secret ;
- le chapitre V composé de 4 articles concerne la protection des dénonciateurs et des témoins ;

Le Titre III de la présente loi, comportant 4 articles, est relatif aux dispositions finales.

Tel est l'objet de la présente loi.

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

LOI N° 2004 - 030 sur la lutte contre la corruption

L'Assemblée Nationale et le Sénat ont adopté en leur séance respective en date du 28 juillet 2004 et du 29 juillet 2004,

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Vu la Constitution ;

Vu la Décision n°27- HCC/D3 du 08 septembre 2004 de la HCC ;

Promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE PREMIER DE LA PREVENTION ET DE LA REPRESSION DE LA CORRUPTION

CHAPITRE PREMIER DE LA DECLARATION DE PATRIMOINE

Article premier - L'obligation de déclaration périodique de patrimoine pour certaines catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires a pour objectif de promouvoir la transparence dans l'exercice des fonctions publiques, de garantir l'intégrité des serviteurs de l'Etat et d'affermir la confiance du public envers les institutions.

Les catégories de hautes personnalités et de hauts fonctionnaires concernées, ainsi que les modalités à suivre relatives à l'obligation de déclaration sont établies par voie réglementaire.

Art. 2 - Le BIANCO est chargé de recevoir les déclarations des personnes soumises à cette obligation.

Les modalités de la réception, d'archivage et d'exploitation des déclarations de patrimoine sont établies par voie réglementaire.

CHAPITRE II DES MODIFICATIONS DU CODE PÉNAL

Art. 3 - Les dispositions de l'article 174 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 174 - *De la concussion commise par les personnes exerçant une fonction publique*

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, salaires ou traitements, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, sera puni de deux ans à dix

ans d'emprisonnement et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à un milliard de Fmg ou 200 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement.
»

Art. 4 - Il est inséré, après l'article 174, trois articles numérotés 174.1, 174.2 et 174.3 ainsi rédigés :

« Art.174.1 - *Des exonérations et franchises illégales*

Sera puni des mêmes peines le fait, par les personnes visées à l'article précédent, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit, sans autorisation de la loi, des exonérations et franchises de droits, impôts ou taxes publics, ou d'effectuer gratuitement la délivrance des produits des établissements de l'Etat. »

« Art. 174.2 - *De la concussion des greffiers*

Les dispositions des deux articles précédents seront applicables aux greffiers et officiers ministériels lorsque le fait a été commis à l'occasion des recettes dont ils sont chargés par la loi ».

« Art. 174.3 - *De la tentative*

La tentative des délits prévus aux articles précédents sera punie des mêmes peines. »

Art. 5 - Les dispositions de l'article 175 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 175 - *De la prise d'avantage injustifié*

Sans préjudice des dispositions législatives particulières, sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans et d'une amende de 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 200.000.000 de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, tout fonctionnaire, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif qui aura, pendant l'exercice de ses fonctions ou dans le délai de deux ans de la cessation de celles-ci, pris, reçu ou conservé, directement ou par personne interposée, un avantage ou un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a ou avait, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. »

Art. 6 - Il est inséré, après l'article 175, deux articles numérotés 175.1 et 175.2 ainsi rédigés :

« Art. 175.1 - *De la prise d'emploi prohibé*

Sans préjudice des dispositions législatives particulières, sera puni d'une peine d'emprisonnement de un an à deux ans et d'une amende de 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 100.000.000 de Fmg ou 20 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique chargé, à raison même de sa fonction d'exercer la surveillance ou le contrôle direct d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée et qui, soit en position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation et pendant un délai de trois ans à compter de la cessation de la fonction,

exercera dans cette entreprise un mandat social quelconque ou une activité rémunérée de quelque manière que ce soit.

Sera puni des mêmes peines l'exercice par les mêmes personnes de tout mandat social ou de toute activité rémunérée dans une entreprise privée qui possède au moins 30 p.100 du capital commun avec l'une des entreprises mentionnées à l'alinéa précédent ou qui conclut avec celle-ci un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé.

Les dirigeants des entreprises susvisées, considérés comme complices, seront frappés des mêmes peines. »

« Art. 175.2 - *Du favoritisme*

Sera punie de trois mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 1.000.000 de Fmg ou 2 hetsy Ariary à 20.000.000 de Fmg ou 4 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif ou exerçant les fonctions de préposé administratif, agent de l'Etat, des Collectivités Territoriales, des établissements publics, ou toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées qui aura procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir l'égalité d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les transferts contractuels de gestion des services publics. »

Art. 7 - Les dispositions des articles 176 et 177 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 176 - *Du commerce incompatible avec la qualité*

Tout commandant d'unités de forces publiques ou armées, des districts ou des places et villes, tout préfet ou sous-préfet, qui aura, dans l'étendue des lieux où il a le droit d'exercer son autorité, fait ouvertement, ou par des actes simulés, ou par interposition de personnes, le commerce de produits de première nécessité, vins ou boissons, autres que ceux provenant de ses propriétés, sera puni d'une amende de 1 000 000 de Fmg ou 2 hetsy Ariary au moins, de 50 000 000 de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary au plus, et de la confiscation des denrées appartenant à ce commerce. »

« Art. 177 - *De la corruption passive des personnes exerçant une fonction publique*

Sera puni de deux à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à un milliard de Fmg 200 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit directement ou par personne interposée, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat. »

Art. 8 - Il est inséré, après l'article 177, deux articles numérotés 177.1 et 177.2 ainsi rédigés :

« Art. 177.1 - *De la corruption active*

Sera puni de deux ans à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à un milliard de Fmg ou 200 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait de proposer sans droit, directement ou par personne interposée des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif :

1° soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ;

2° soit qu'elle facilite par sa fonction, sa mission ou son mandat l'accomplissement ou non de cet acte ;

3° soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable.

Sera puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif qui sollicite, sans droit, directement ou par personne interposée, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir des actes visés au 1° et 2°, ou pour abuser de son influence dans les conditions visées au 3°.

Sera punie des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

« Art. 177.2 - *De la corruption active des agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques*

Sera puni de deux ans à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à un milliard de Fmg ou 200 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou par personne interposée un avantage indu, pour lui-même ou une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international.

Sera punie des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

Art. 9 - Les dispositions des articles 178 et 179 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 178 - *De la corruption des dirigeants, actionnaires et employés des entreprises privées, et des membres des professions libérales*

Sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 10 millions de Fmg ou 2 tapitrisa Ariary à 500 millions de Fmg ou 100 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, tout dirigeant ou actionnaire d'une entreprise privée, qui sans droit aura, soit directement soit par personne interposée, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte dans l'exercice de sa fonction.

Sera puni d'un emprisonnement de un an à trois ans et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 250 millions de Fmg ou 50 tapitrisa Ariary ou

de l'une de ces deux peines seulement, tout commis, employé, préposé, ou salarié ou personne rémunérée sous une forme quelconque, soit directement soit par personne interposée, qui aura à l'insu et sans le consentement de son employeur, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi.

Sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 10 millions de Fmg ou 2 tapitrisa Ariary à 500 millions de Fmg ou 100 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, tout membre d'une profession libérale, qui sans droit aura soit directement soit par personne interposée, sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte dans l'exercice de sa fonction.

Suivant les cas prévus aux alinéas précédents, sera puni des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

« Art. 179 - *Du trafic d'influence*

Sera puni d'un emprisonnement de un an à cinq ans et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 500 millions de Fmg ou 100 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par quiconque, de solliciter ou d'agréer, directement ou par personne interposée, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, décorations, emplois, marchés ou toute autre décision favorable.

Sera puni des mêmes peines le fait de céder aux sollicitations prévues à l'alinéa précédent, ou de proposer, sans droit, directement ou par personne interposée, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour qu'une personne abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable.

Sera punie des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

Art. 10 - Il est inséré, après l'article 179, un article numéroté 179.1 ainsi rédigé :

« Art. 179.1 - *De l'abus de fonctions*

Sera puni de trois mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 5.000.000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary, ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, en accomplissant ou en s'abstenant d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois et règlements afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité.

Sera punie des mêmes peines toute personne ayant servi d'intermédiaire dans la commission des infractions visées au présent article. »

Art. 11 - Les dispositions des l'article 180 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 180 - *Des peines accessoires*

Dans les cas prévus aux articles 177 et 179, si le coupable est un militaire ou assimilé, il sera fait application en ce qui concerne la peine d'amende, des

dispositions de l'article 200 du Code de Justice du service national. Si le coupable est un officier, il sera en outre puni de la destitution.

Dans les cas prévus aux articles 174 à 174.3 et 177 à 179 inclus, le condamné sera déclaré incapable d'exercer une fonction publique pour une durée de deux ans au minimum. »

Art. 12 - Il est inséré, après l'article 180 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III, deux articles numérotés 180.1 et 180.2 ainsi rédigés :

« Art. 180.1 - *Des peines complémentaires*

Dans tous les cas prévus aux articles 174 à 179 nouveaux inclus, les tribunaux pourront prononcer à titre de peine complémentaire une ou deux des mesures suivantes :

1° l'interdiction définitive du territoire ou pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à deux ans pour tout étranger ;

2° l'interdiction définitive ou pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à deux ans d'exercer la profession à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ;

3° l'interdiction des droits mentionnés à l'article 42 du présent Code pour une durée de deux à dix ans.

Sans préjudice, le cas échéant des dispositions prévoyant des peines plus sévères, quiconque contreviendra à l'une des interdictions énumérées au présent article sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 100.000 de Fmg ou 2 alina Ariary à 2.000.000 de Fmg ou 4 hetsy Ariary. »

« Art. 180.2 - *Des exemptions et atténuations de peines*

Sauf le cas de récidive en matière de corruption, sera exemptée de peine toute personne, auteur de corruption active par un ou plusieurs des procédés visés aux articles 177 à 179, qui, avant toute poursuite, aura révélé l'infraction à l'autorité administrative ou judiciaire et permis d'identifier les autres personnes en cause.

Hormis le cas prévu à l'alinéa précédent, la peine maximale encourue par toute personne, auteur ou complice de l'une des infractions prévues aux articles 177 à 179 et 181, qui après l'engagement de poursuites, aura permis ou facilité l'arrestation des autres personnes en cause, sera réduite de moitié. En outre, elle sera exemptée des peines accessoires et des peines complémentaires facultatives prévues aux articles 180 et 180.1.

Sauf dans le cas prévu à l'alinéa premier du présent article, il ne sera jamais fait restitution au corrupteur des choses par lui livrées, ni de leur valeur. Elles seront confisquées au profit du Trésor.»

Art.13 - Les dispositions des articles 181, 182 et 183 de la Section II du Chapitre III du Titre premier du Livre III sont modifiées et complétées comme suit :

« Art. 181 - *Des circonstances aggravantes*

Si un juge prononçant en matière criminelle ou un juré s'est laissé corrompre, soit en faveur soit au préjudice de l'accusé, il sera puni de la réclusion, outre l'amende ordonnée par l'article 177.

Si un magistrat, un assesseur ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un administrateur, un arbitre ou un expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties, s'est laissé corrompre, il sera puni d'un emprisonnement de cinq ans à dix ans, outre l'amende ordonnée par l'article 177 nouveau. »

« Art. 182 - *Du conflit d'intérêt*

Un conflit d'intérêt survient lorsque les intérêts privés d'un agent public ou de toute autorité publique coïncident avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice des devoirs officiels.

Tout conflit d'intérêt doit être immédiatement déclaré auprès de l'autorité hiérarchique. Le non respect de cette obligation sera passible d'un emprisonnement de 6 mois à deux ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement. »

« Art.183 - *Des cadeaux*

Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à deux ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait par un agent public ou toute autorité publique d'accepter d'une personne un cadeau ou tout avantage indu susceptible d'avoir influencé ou d'influencer le traitement d'une procédure ou d'une transaction liée à ses fonctions.

Le donateur sera puni des mêmes peines. »

Art. 14 - Il est inséré, après l'article 183, deux articles numérotés 183.1 et 183.2 ainsi rédigés :

« Art. 183.1 - *De l'enrichissement illicite*

Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary à 200 millions de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary, toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, toute personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique qui ne peut raisonnablement justifier une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes.

Sera punie des mêmes peines toute personne qui aura sciemment détenu des biens et ressources illicites provenant des personnes ci-dessus visées.

L'enrichissement illicite constitue une infraction continue caractérisée par la détention du patrimoine ou l'emploi des ressources illicites.

Les preuves de l'origine licite de l'enrichissement ou des ressources pourront être rapportées par tous moyens.

Toutefois, sera exemptée de toute poursuite sur le fondement du présent article la personne qui, avant ouverture d'une information ou citation directe, aura révélé les faits aux autorités administratives ou judiciaires et permis l'identification et la condamnation de l'auteur principal.

La décision de condamnation pourra en outre prononcer la confiscation au profit de l'Etat, des collectivités publiques, des organismes publics et para-publics de tout ou partie des biens du condamné jusqu'à concurrence du préjudice subi ».

« Art. 183.2 - *Du défaut de déclaration de patrimoine*

Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary à 200 millions de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary, toute personne assujettie à une déclaration de patrimoine qui, deux mois après un rappel par voie extra-judiciaire servi à personne, sciemment, n'aura pas fait de déclaration de son patrimoine ou aura fait une déclaration incomplète, inexacte ou

fausse, ou formulé de fausses observations, ou qui aura délibérément transgressé les obligations qui lui sont imposées par la loi et ses textes d'application.

Sera punie d'un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa Ariary à 200 millions de Fmg ou 40 tapitrisa Ariary, toute personne qui aura divulgué ou publié, de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations ou des observations reçues par l'organisme chargé de recevoir les déclarations de patrimoine. »

Art. 15 - Il est inséré, après l'article 373 de la Section VII du Chapitre premier du Titre II du Livre III, un article numéroté 373.1 ainsi rédigé :

« Art. 373.1 - *De la dénonciation abusive*

La dénonciation sur la base de faits inexistantes ou ne constituant pas des cas de corruption ou d'infractions assimilées constitue le délit de dénonciation abusive.

Quiconque aura sciemment, par quelque moyen que ce soit, fait une dénonciation abusive sera puni d'un emprisonnement de six mois à 5 ans et d'une amende de 500.000 de Fmg ou 1 hetsy Ariary à 5 000 000 de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary. La peine d'emprisonnement pourra être portée au double.

Le tribunal pourra en outre ordonner l'insertion du jugement, intégralement ou par extrait, dans un ou plusieurs journaux, et aux frais du condamné. »

CHAPITRE III DES EFFETS DES INFRACTIONS DE CORRUPTION

Art. 16 - Pourront être saisis, gelés ou confisqués par décision de justice les revenus et biens illicites provenant de la corruption.

Art. 17 - Tout contrat, licence, permis ou autorisation induit par la corruption est de plein droit nul et de nul effet.

Toute entreprise titulaire d'un contrat, licence, permis ou autorisation obtenue par la corruption sera privée du droit de participer dans les marchés publics.

TITRE II DU CADRE INSTITUTIONNEL

CHAPITRE PREMIER DU CONSEIL SUPERIEUR DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET DU BUREAU INDEPENDANT ANTI-CORRUPTION

Art. 18 - Pour la mise en œuvre de la politique nationale de lutte contre la corruption, il est mis en place un cadre institutionnel composé de :

- un CSLCC (CSLCC) ;
- un BIANCO (BIANCO).

L'organisation et le fonctionnement de ces organes sont fixés par voie réglementaire.

Art. 19 - Le CSLCC est un organe de conseil du BIANCO et a pour mission d'assurer la surveillance et le suivi de la mise en œuvre de la politique et de la stratégie nationale de lutte contre la corruption.

Il doit notamment être consulté sur l'effectivité générale de la stratégie de lutte contre la corruption, les procédures de fonctionnement, les besoins en ressources humaines et les conditions générales de recrutement du personnel du BIANCO.

CHAPITRE II DE LA GARANTIE D'INDEPENDANCE ET DE L'OBLIGATION DE RENDRE COMPTE DU BUREAU INDEPENDANT ANTI-CORRUPTION

Art. 20 - Le BIANCO est dirigé par un Directeur Général. Il est assisté d'un Directeur Général Adjoint.

L'indépendance du Bureau est garantie par la sécurité de la fonction de ses dirigeants, la disponibilité de ressources suffisantes et l'autonomie dans les opérations.

Dans l'exercice de sa fonction, le Directeur Général est protégé de toute forme de pression ou intimidation provenant d'entités politique, économique ou autres.

Le Directeur Général est nommé, pour un mandat de 5 ans non renouvelable, par décret du Président de la République parmi trois candidats proposés par le CSLCC, par majorité simple de ses membres réunis spécialement à cet effet.

Le Directeur Général Adjoint est nommé, pour un mandat de 3 ans renouvelable une fois, par décret du Président de la République parmi deux candidats proposés par le Directeur Général.

Il ne peut être mis fin aux fonctions des dirigeants du BIANCO avant l'expiration de leur mandat qu'en cas de décision de révocation prise à l'issue de plaintes ou dénonciations déposées et avérées sur l'incapacité ou le comportement indigne ou inapproprié en vertu d'une recommandation du CSLCC délibérant à l'unanimité de ses membres et présentant un caractère de gravité suffisante.

Avant d'entrer en fonction, le Directeur Général et le Directeur Général Adjoint prêtent serment devant la Cour Suprême.

La décision de révocation est prononcée par décret du Président de la République.

Les crédits nécessaires à l'accomplissement des missions du BIANCO sont inscrits dans la loi des finances.

Art. 21 - Le Directeur Général du Bureau rend compte des résultats de ses activités par le biais d'un rapport annuel adressé au Président de la République et au Parlement.

La Cour des Comptes est chargée de réaliser un contrôle annuel des comptes du BIANCO.

CHAPITRE III MISSION ET POUVOIRS

Art. 22 - Le BIANCO a pour mission de :

1° exploiter les informations et enquêter sur les doléances ou plaintes relatives aux faits soupçonnés de corruption et infractions assimilées dont il est saisi ;

2° rechercher dans la législation, les règlements, les procédures et les pratiques administratives les facteurs de corruption afin de recommander des réformes visant à les éliminer ;

3° dispenser des conseils pour la prévention de la corruption à toute personne ou organisme public ou privé et recommander des mesures, notamment d'ordre législatif et réglementaire, de prévention de la corruption ;

4° éduquer la population sur les dangers de la corruption et la nécessité de la combattre, mobiliser les soutiens publics ;

5° recueillir et conserver les déclarations de patrimoine des personnes de la vie publique ;

6° saisir le Ministère Public à l'issue de ses investigations, des faits susceptibles de constituer des infractions de corruption ;

7° soumettre aux Comités consultatifs sur les investigations, les faits ne constituant pas des infractions de corruption et les plaintes non susceptibles d'enquêtes ;

8° sur leur demande, prêter son concours aux autorités judiciaires ;

9° coopérer avec les organismes nationaux, étrangers et internationaux de lutte contre la corruption et infractions assimilées.

Art. 23 - Dans le cadre des dispositions du Code de procédure pénale et sans préjudice des pouvoirs dévolus aux officiers de police judiciaire, le Directeur Général est investi des pouvoirs octroyés aux officiers de police judiciaire.

Par dérogation aux articles 123 à 128 du même Code et dans l'exercice de sa mission d'enquête, il n'est cependant pas soumis au contrôle hiérarchique des procureurs généraux et des officiers supérieurs de police judiciaire. Il peut garder la confidentialité des résultats de ses investigations jusqu'à la clôture du dossier et sa transmission au parquet.

A ce titre, il est habilité à constater les infractions de corruption et infractions assimilées, à en rassembler les preuves, à en rechercher les auteurs et le cas échéant à procéder à une arrestation.

A cet effet, il peut donner des ordres écrits aux officiers et agents du BIANCO.

En cas de besoin, le Directeur Général peut requérir directement le concours de la force publique.

En tout état de cause, les présentes dispositions n'excluent pas toute forme de coopération avec les différentes entités dotées de pouvoir de police judiciaire.

Art. 24- Dans l'exercice de sa fonction, le Directeur Général a le pouvoir d'autoriser un Officier à mener des investigations et des recherches.

Un mandat écrit du Directeur Général est nécessaire pour :

1° accéder et vérifier des données, documents, dossiers sur tout support relatifs à tout service public de l'Etat, toute Collectivité Territoriale ou tout établissement public, nonobstant toute disposition contraire ;

2° s'introduire dans tous locaux et bâtiments publics et requérir tout agent et autorité publics quel que soit leur rang dans la hiérarchie pour fournir tout renseignement sur l'organisation, le fonctionnement et les attributions au sein du service et produire toute documentation y afférente ;

3° examiner et exploiter les informations contenues dans les déclarations de patrimoine ;

4° auditer les comptes sociaux des personnes morales de droit privé et requérir la production de tout document utile à l'enquête. Le caractère secret ou confidentiel des pièces ne pourra alors être opposé ;

5° inspecter les comptes en banque ou autres institutions financières du suspect, de son époux (se), de ses parents ou enfants, et requérir la production de

tout document utile à l'enquête. Le caractère secret ou confidentiel des pièces ne peut alors être opposé ;

6° requérir l'établissement par le suspect d'une déclaration écrite sur les biens lui appartenant ou en sa possession, ou en celle de ses agents ou associés au cours des trois dernières années avec des précisions sur la copropriété, l'origine, le prix ou autres, ladite déclaration pourra servir de preuve à son encontre ;

7° requérir l'établissement par le suspect d'une déclaration écrite sur le mouvement de son patrimoine au cours des trois dernières années ;

8° requérir de toute personne des éléments d'informations sur la propriété ou la possession d'un bien et/ou de toute autre information relative à l'investigation, et/ou de produire des documents en sa possession ou sous son contrôle ;

9° et plus généralement, exercer certaines de ses attributions ou pouvoirs propres dans des conditions bien déterminées.

Art. 25 - Outre le cas de flagrance, l'Officier peut procéder à une perquisition conformément aux dispositions du Code de procédure pénale. Dans ce cadre, tous papiers, documents, objets ou substances pouvant servir de pièces à conviction, ainsi que tous objets, valeurs ou marchandises liés aux actes de corruption et infractions assimilées peuvent être saisis et scellés.

Il peut relever des empreintes digitales, prendre toutes photos, et généralement effectuer tout procédé qu'il estime utile à la constatation d'une infraction.

Art. 26 - Sur autorisation expresse et écrite du Directeur Général, un Officier peut procéder à l'arrestation immédiate d'un suspect pour les besoins de l'investigation.

L'Officier, à ce titre, dispose des pouvoirs et moyens nécessaires à l'arrestation et a le droit de requérir directement le concours de la force publique pour l'exécution de sa mission.

Le suspect arrêté doit être conduit dans les locaux du BIANCO ou de la police pour y être interrogé. Dans tous les cas, les textes de loi relatifs à la garde à vue et aux droits de la défense doivent être respectés.

Art. 27 - Tout refus ou empêchement porté aux pouvoirs d'investigation du Directeur Général dans l'exercice de ses fonctions est considéré comme une entrave au bon fonctionnement de la justice et qualifié à ce titre comme une infraction, punie d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 250 000 de Fmg ou 5 alina Ariary à 1 000 000 de Fmg ou 2 hetsy Ariary ou l'une de ces deux peines seulement.

Il en est de même pour toute falsification de documents.

Toute infraction à l'alinéa 2, 1° et 2° de l'article 24 sera considérée, lorsqu'elle émane d'un agent public, comme une faute détachable de la fonction et pourra, en conséquence, engager la responsabilité personnelle de l'agent.

Art. 28 - Le Directeur Général peut demander la délivrance d'une ordonnance de saisie conservatoire aux fins d'empêcher un suspect de disposer de ses biens jusqu'à l'issue de la procédure.

Tout détournement de biens saisis sera puni des peines portées en l'article 406 du Code pénal.

Art. 29 - Le Directeur Général peut requérir une interdiction de sortie du territoire à tout suspect auprès des autorités compétentes.

A ce titre, tout ou partie des documents de voyage peut faire l'objet d'une confiscation.

Art. 30 - Le Directeur Général peut demander aux autorités judiciaires le pouvoir de procéder à l'interception des communications et télécommunications des suspects.

CHAPITRE IV DE L'OBLIGATION DE RESPECT DE LA CONFIDENTIALITE ET DU SECRET

Art. 31 - Tout le personnel du BIANCO et de ses branches territoriales sont tenus de préserver la confidentialité et le secret relatifs au fonctionnement interne et aux investigations menées par le Bureau.

Hors les cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, tout membre du BIANCO et de ses branches territoriales qui aura révélé tout ou partie de ces informations confidentielles ou de ces secrets sera puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de 5 millions de Fmg ou 1 tapitrisa Ariary à 100 millions de Fmg ou 20 tapitrisa Ariary.

Les anciens membres du BIANCO sont tenus à cette obligation de confidentialité et de secret. Toute violation de cette obligation constitue une infraction passible des peines prévues à l'alinéa 2 ci-dessus.

Sera puni d'une peine d'emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1 million de Fmg ou 2 hetsy Ariary à 20 millions de Fmg ou 4 tapitrisa Ariary toute personne qui aura :

- révélé l'identité ou tous renseignements pouvant conduire à l'identification d'une personne faisant encore l'objet d'une enquête au sein du Bureau, sauf les cas des personnes recherchées en vertu d'un mandat d'arrêt ou frappées d'interdiction de sortie du territoire ;
- révélé tous renseignements pouvant porter atteinte à l'intégrité d'une investigation conduite par le Bureau.

CHAPITRE V DE LA PROTECTION DES DENONCIATEURS ET DES TEMOINS

Art. 32 - Le Directeur Général veille à ce que :

1° l'identité des personnes en cause dans le cadre d'une dénonciation soit protégée, notamment celle du ou des dénonciateurs, des témoins et de l'auteur présumé de l'acte de corruption ;

2° les mécanismes visant à assurer la protection de l'information recueillie et liée à une dénonciation soient mis en place.

Art. 33 - Au cours d'un procès civil ou pénal, le témoin d'une affaire de corruption ne peut être contraint de révéler le nom et l'adresse d'un dénonciateur ou d'un informateur du BIANCO, ni de répondre à des questions permettant d'identifier le nom ou l'adresse d'un dénonciateur ou d'un informateur du BIANCO lorsque le

dénonciateur ou l'informateur lui-même n'est pas cité en tant que témoin dans cette procédure.

Si après une investigation complète de l'affaire, il ressort que les déclarations du dénonciateur sont fausses ou ne reflètent pas la vérité, ou que la justice ne peut se prononcer sans que l'identité du dénonciateur ou de l'informateur ne soit révélée, le tribunal peut lever l'interdiction du précédent alinéa.

Art. 34 - Il est interdit d'exercer des représailles contre un dénonciateur ou un témoin.

Art. 35 - Le dénonciateur ou le témoin, qui s'estime victime de représailles, peut déposer une plainte écrite auprès du Bureau Indépendant Anti- Corruption.

Sur réception d'une telle plainte, le BIANCO peut aider les parties à régler le litige ou à l'instruire. S'il constate que le plaignant a été victime de représailles, il saisit la juridiction compétente et lui transmet le résultat de ses investigations. La juridiction compétente peut, selon les cas, enjoindre l'administration ou l'employeur concerné, de prendre en faveur de la victime toutes les mesures nécessaires pour :

1° la réintégrer à son poste de travail ;

2° lui verser une indemnité équivalente au plus à la rémunération qui lui aurait été payée en cas de suspension de solde ;

3° annuler toute mesure disciplinaire ou autre prise à son encontre. Si elle est un agent public, lui payer une indemnité équivalente au plus à la sanction pécuniaire ou autre qui lui a été infligée ;

4° lui accorder le remboursement des dépenses et pertes financières découlant directement des représailles ;

5° faire cesser toute autre forme de représailles.

TITRE III DISPOSITIONS FINALES

Art. 36 - Par dérogation à l'article 20 alinéa 4 ci-dessus, le premier Directeur Général du Bureau est directement nommé par le Président de la République.

Art. 37- Le BIANCO a compétence pour connaître des faits soupçonnés de corruption et infractions assimilées commis à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 38 - Des textes réglementaires préciseront en tant que de besoin les modalités d'application de la présente loi.

Art. 39 - La présente loi sera publiée au *Journal officiel* de la République.
Elle sera exécutée comme loi de l'Etat.

Promulguée à Antananarivo, le 9 septembre
2004

Marc RAVALOMANANA

Annexe 2

DECRET N°2002-1128 du 30 septembre 2002
Portant création d'un CSLCC
(JO n°2796 du 07.10.02, p.1866)

Article premier. Il est institué un organisme dénommé “ CSLCC ”, placé sous l'autorité du Président de la République.

Article 2. Le Conseil a pour mission :

1. De développer une stratégie nationale de lutte contre la corruption et de participer à la préparation d'une législation appropriée ;
2. D'établir des principes généraux pour l'application pratique et la mise en œuvre de la stratégie de lutte contre la corruption ;
3. De promouvoir l'adoption de règles d'éthique et de normes de comportement ;
4. D'élaborer des textes relatifs à la création d'une Agence Anti-corruption qui exercera ses compétences sous le statut juridique d'autorité indépendante ;
5. De faire un bilan régulier des résultats et de l'impact du programme anti-corruption ainsi que de la suite à donner aux rapports relatifs à la mise en œuvre de la stratégie, comportant, le cas échéant, la formulation de recommandations pour des actions correctives ou pour des réformes législatives ;
6. De donner des avis au Président de la République, à la demande de celui-ci, sur toutes les questions concernant la lutte contre la corruption.

Article 3. Le Conseil est composé de sept membres :

1. Un président, nommé par décret du Président de la République ;
2. Un juriste, désigné par l'Ordre des Avocats ;
3. Deux journalistes, désignés par l'Ordre des Journalistes ;
4. Un expert-comptable et financier, désigné par l'Ordre des experts-comptables et financiers ;
5. Un opérateur économique, désigné par la Fédération Nationale des Chambres de Commerce, de l'industrie de l'Artisanat et de l'Agriculture ;
6. Une personnalité issue de la société civile, désignée par le Président de la République.

Ils sont choisis en raison de leur respectabilité notoire et de leur bonne moralité.

Article 4. La désignation des membres du Conseil est constatée par décret du Président de la République.

La nomination des membres autres que le président doit être accompagnée de celle d'un suppléant.

Article 5. Le Conseil se réunit, au moins une fois par mois, sur convocation de son président.

Elle se réunit, le cas échéant, à la demande de la moitié de ses membres ou à la demande du Président de la République.

En cas d'empêchement du président, les réunions du Conseil sont dirigées par le Doyen d'âge.

La première réunion se tient dans le mois qui suit la nomination des membres.

Article 6. Dans l'accomplissement de sa mission, le Conseil peut tenir des séances ou des consultations publiques ou solliciter, de toutes personnes, des observations, des remarques, des doléances ou des avis ou recueillir tous les renseignements ou tous les documents utiles qui lui sont volontairement donnés ou transmis.

Il peut aussi faire appel à tout expert national, qui siègera pour les besoins de sa mission, de façon ponctuelle et à titre consultatif.

Il peut également solliciter la collaboration de tout organisme public ou privé.

Article 7. Le Conseil établit son règlement intérieur.

Article 8. Le Conseil dispose d'un secrétariat permanent dirigé par un secrétaire exécutif, ayant rang de secrétaire général de ministère, nommé par décret du Président de la République.

Article 9. Les membres du Conseil perçoivent une indemnité de vacation dont le taux est fixé par arrêté du Président de la République.

Pour les besoins de son fonctionnement, le Conseil reçoit des fonds provenant d'une dotation spéciale de crédits du Budget général de l'Etat.

Il peut, en outre, bénéficier d'aides et de subventions provenant d'autres sources de financement nationales ou internationales.

Le Conseil est autorisé à ouvrir un compte bancaire pour son fonctionnement.

Article 10. Le Vice-Premier Ministre chargé des Finances et du Budget, le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le Ministre de la Fonction Publique, du Travail et des Lois Sociales, et le Ministre du Commerce et de la Consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal Officiel de la République.

Annexe 3

Comité pour la Sauvegarde de l'Intégrité Arrêté n°xxxxxxx portant prévention, gestion et repression de conflit d'intérêts

CHAPITRE I - GENERALITES

Article premier – Objet

Le présent arrêté a pour objet de fixer des mesures de gestion des conflits d'intérêts dans le processus de prise de décision du Ministère.

Article 2 - Définitions

Aux termes du présent arrêté :

- L'agent public s'entend de toute personne travaillant au sein du ministère et des organismes rattachés
- Un conflit d'intérêt survient lorsque les intérêts privés d'un agent public sont susceptibles d'influencer l'exercice de ses charges publiques.
 - o Un conflit d'intérêt peut être effectif, en tenant compte des situations passées ou en cours ;
 - o il est apparent lorsque les intérêts privés d'un agent public paraissent nuire à l'exercice de ses fonctions, alors qu'en réalité le conflit n'existe pas ;
 - o il est potentiel lorsqu'un agent public a des intérêts privés de nature à entrer en conflit avec les intérêts publics si certains éléments de la situation à considérer venaient à changer.
- La Personne Responsable d'Ethique est un agent public chargé de conseiller en matière de conflit d'intérêt.

Article 3 - Principes fondamentaux

Dans l'exercice de charges publiques et notamment dans leurs décisions et avis, les agents publics relevant du ministère observent les principes suivants :

Primauté de l'intérêt général sur les intérêts privés. Les agents publics utilisent les pouvoirs et les ressources qui leur sont confiés dans l'intérêt général.

Transparence et redevabilité : les agents publics doivent être en mesure de rendre compte et de justifier leurs décisions et actions officielles, devant toute autorité compétente, ou vis-à-vis du public, selon les cas.

Promotion de l'exemple personnel et de la responsabilité individuelle : Les agents publics, notamment les hauts fonctionnaires, doivent se comporter en permanence avec désintéressement, impartialité et intégrité, de manière à servir d'exemple aux autres agents et au public. Ils doivent assumer la responsabilité d'identifier et de résoudre leurs conflits d'intérêts dans l'intérêt général.

Culture de l'intolérance des conflits d'intérêts : Chaque entité relevant du ministère définit et fait appliquer, des procédures ainsi que des pratiques maîtrisant et gérant les

situations de conflit d'intérêts. Une culture de communication ouverte et de dialogue est suscitée et entretenue pour assurer et promouvoir l'intégrité.

CHAPITRE II – DES SITUATIONS A RISQUES

Article 4 - Activités extérieures

En application de l'article 12 du statut général des fonctionnaires, les activités extérieures doivent:

- être déclarées au supérieur hiérarchique, avant la prise de service de l'agent ou avant le début de celles-ci, suivant le cas
- être formelles et rester accessoires pour ne pas compromettre les intérêts opérationnels

L'agent concerné doit fournir les informations utiles, notamment sur les rémunérations, les avantages financiers attendus, le type et la durée de l'activité, la clientèle et/ou l'employeur de l'activité extérieure, pour permettre au supérieur hiérarchique de prendre les mesures adéquates,

Les déclarations sont à renouveler chaque fois que des changements surviennent

Article 5 - Informations privilégiées

Il est interdit à un agent public d'user indûment des informations officielles non accessibles au public pour obtenir ou tenter d'obtenir un avantage pour lui-même ou pour toute autre personne.

Article 6 - Contrats

Dans la passation d'un marché public, les opérations de planification, d'adjudication et de règlement sont séparées et un même agent ne peut intervenir dans des étapes différentes.

Tout autre contrat administratif, notamment les conventions de délégation de service public et de contrat d'embauche, obéit aux mêmes principes.

En toute circonstance, même en cas d'urgence, la ou les personnes ayant déclaré l'existence de conflit d'intérêts, sont exclues du processus de prise de décision et de contrôle.

Article 7 - Cadeaux et autres formes d'avantages

(1) Cadeau en provenance d'une partie intéressée

Il est formellement interdit à l'agent public de :

- Recevoir d'une partie intéressée un cadeau sous toute forme, notamment d'espèce, de voyage, de prêt, de location, de bien ou de service.
- Accepter l'hospitalité d'une partie intéressée
- Entretenir des relations suivies ou privilégiées avec une partie intéressée.

(2) Cadeau entre agents publics

Il est interdit à un agent public de donner un cadeau à un supérieur hiérarchique ou d'y contribuer, directement ou indirectement, ou de solliciter la contribution de la part d'un autre agent public pour le faire.

Il est interdit à un agent public d'accepter, directement ou indirectement, un cadeau d'un agent public dont le salaire est inférieur au sien, sauf si les deux agents publics n'ont pas de relation hiérarchique et si le cadeau est justifié par des rapports personnels liant les deux agents publics.

Les dispositions des alinéas précédents ne s'appliquent pas lors des événements où des cadeaux ou participations sont traditionnellement donnés ou échangés ; notamment lorsqu'il s'agit de :

- articles, autres que des espèces, d'une valeur marchande totale inférieure ou égale à 10 000 Ariary par occasion ;
- espèces ne dépassant pas 10 000 Ariary pour les us et coutumes notamment, les *tso-drano*, *sao-drazana* ou *fao-dranomaso* ;
- articles tels que nourriture ou rafraîchissements partagés entre plusieurs membres du bureau ;
- hébergement dans une résidence de standing égal à ce que l'agent public offre à ses amis personnels ;

A cet effet, les cadeaux ou participations peuvent être offerts et acceptés :

- lors d'événements d'une signification personnelle importante telles que mariages, maladies, naissances, adoptions, baptême, décès, famadihana ou circoncision ;
- lors d'occasions marquant la fin de la relation hiérarchique, telles que départs en retraite, démissions ou mutations.

Exceptionnellement et pour ces événements ci-dessus spécifiés, un agent public peut solliciter de ses collègues des contributions volontaires d'un montant nominal pour un cadeau approprié à un supérieur hiérarchique.

Dans tous les cas, un supérieur hiérarchique doit s'abstenir de faire usage de coercition pour se faire offrir un cadeau de la part d'un subalterne.

(3) Cadeau en provenance d'un tiers

Un titulaire de charge publique peut accepter des cadeaux, marques d'hospitalité et autres avantages dans les circonstances suivantes : Les cadeaux provenant des membres de sa famille et d'amis intimes sont acceptables et n'ont pas à être déclarés, dans la mesure où ils n'auront pas d'influence sur le titulaire dans l'exercice de ses fonctions officielles. De même, les cadeaux d'une valeur ne dépassant pas 50 000 Ariary venant des tiers autres que la famille et amis intimes sont acceptables et n'ont pas à être déclarés.

Un titulaire de charge publique peut accepter un cadeau ou autre avantage d'une valeur supérieure à 50 000 Ariary à l'occasion d'activités reliées à ses fonctions officielles ou d'un événement public auquel il participe à titre officiel, à condition que le cadeau ou l'avantage en question soit simplement un geste de courtoisie ou de protocole. Ces cadeaux, marques d'hospitalité et autres avantages doivent être déclarés à la Personne Responsable de l'Ethique (PRE), cette déclaration doit être rendue publique. Tout cadeau déclaré peut être conservé par le titulaire de charge publique, sauf si le Ministre en décide autrement après avis de la PRE.

Dans tous les cas, l'agent doit refuser tout cadeau, marque d'hospitalité ou avantage susceptible de les placer dans une situation d'obligé.

Si les circonstances de remise du cadeau ne permettent pas le refus, tel un cadeau déposé sur son bureau en son absence, l'agent public rend compte à la PRE dès que possible.

S'il subsiste des doutes, l'agent public demande conseil.

Article 8 - Attentes familiales et relationnelles

Pour la prise en compte des conflits d'intérêts, le titulaire d'une charge publique doit déclarer leurs existences dès qu'il en a connaissance, notamment lorsque des intérêts de membres de sa famille ou de ses proches sont en cause.

Article 9 - Activité postérieure à la sortie de l'administration

Un agent de l'Etat ayant quitté l'administration publique ne peut accepter pendant une durée de trois ans un mandat social ou tout autre emploi rémunéré au sein d'une entreprise soumise au contrôle ou à la tutelle du service, ou de l'organisme où il assumait ses précédentes fonctions.

CHAPITRE III - DE LA GESTION DES CONFLITS D'INTERETS

Section 1 - Déclaration d'intérêts économiques

Article 10

En application des dispositions du décret relatif à la déclaration du patrimoine, l'agent public occupant un poste de niveau égal ou supérieur à celui de directeur, est tenu de faire une déclaration globale de ses intérêts économiques, directs ou indirects, ainsi que de ceux du conjoint et des enfants mineurs.

Article 11

Les intérêts économiques comprennent :

- les parts sociales, actions et obligations,
- les activités professionnelles et économiques du conjoint.

Article 12

La déclaration d'intérêts économiques doit être faite avant la prise de fonction et mise à jour chaque fois que des changements surviennent.

Article 13

Ladite déclaration doit être faite suivant le modèle annexe bis de la déclaration du patrimoine, dont le formulaire est mis à la disposition de l'agent par la PRE.

Section 2 - Mesures de gestion des situations de conflits

Article 14

L'agent public doit informer son supérieur hiérarchique ou le dirigeant de l'organisme dont il relève de toute situation de conflit d'intérêt.

La déclaration doit être faite par écrit suivant le modèle en annexe.

Les déclarations sont conservées par la PRE.

Article 15

Afin de préserver un équilibre entre les intérêts privés et les intérêts publics, le cas échéant :

1. l'agent public doit :

- se retirer volontairement de la procédure concernée,
- ne pas participer à la prise de décisions, notamment en s'abstenant de voter ou en se retirant du débat,
- accepter de consigner l'intérêt générateur de conflit d'intérêts dans une fiducie sans droit de regard,
- accepter de renoncer à l'intérêt qui est à l'origine du conflit en vendant des actions et en cédant des actifs,
- démissionner des fonctions qu'il exerce à titre privé,
- démissionner des fonctions publiques qu'il exerce,

2. l'administration a l'obligation de :

- conserver l'agent à son poste mais sans le laisser participer à la prise de décisions sur les questions « sensibles », notamment en s'abstenant de voter ou en se retirant du débat,
- récuser l'agent public pour la procédure concernée,
- limiter l'accès de l'agent public à certaines informations,
- redéfinir les missions et les compétences de l'agent public,
- muter l'agent à des fonctions n'impliquant pas une situation de conflit d'intérêts
- affecter l'agent à un nouveau poste,

Article 16

Dans tous les cas, l'Administration doit s'assurer de la transparence des décisions prises : les renseignements et les déclarations d'intérêts privés, de même que les mesures prises pour résoudre les conflits, doivent être consignés dans un document officiel et disponible pour consultation sur place par toute personne qui le souhaite.

CHAPITRE IV - MECANISMES DE SUIVI

Article 17

Il appartient à chaque supérieur hiérarchique de veiller aux respects de ces mesures. En cas de doute, il peut demander conseils à la personne responsable d'éthique.

Article 18

La PRE est désignée pour conseiller les agents publics concernant les mesures relatives aux conflits d'intérêts. Il doit être à l'écoute des dilemmes éthiques des agents publics, notamment dans l'optique du présent arrêté et proposer des pistes de solution. Il doit prendre l'initiative de mettre à la disposition des fonctionnaires des activités ou du matériel de sensibilisation, de formation et d'éducation.

Son rôle est consultatif, son avis ne lie pas l'administration dont relève l'agent.

La PRE conserve les déclarations d'intérêts économiques. Elle conserve également toute déclaration de conflit d'intérêt ainsi que les mesures correspondante.

La PRE tient un registre des cadeaux. A cet effet, il assure la gestion des cadeaux confisqués suivant le manuel de procédure y afférent.

La PRE est nommée par le Ministre.

[Il appartient à chaque ministère de proposer le mode de sélection de la PRE. La nomination par le ministre est juste l'acte administratif confirmant cette sélection.

Option 1 : nomination à la discrétion du ministre

Option 2 : Sélection par un comité

Option 4 : autre à préciser]

La PRE établit un rapport annuel anonymisé.

La PRE doit être intègre et de bonne moralité. Il doit avoir le sens de la discrétion et de la confidentialité.

Le réseau de PRE appuie les ministères et organismes en matière d'éthique et favorise les échanges et la réflexion sur les différentes problématiques de nature éthique dans l'administration publique.

Article 19

Les doléances relatives aux conflits d'intérêts sont orientées à la Personne Responsable d'Éthique. Celle-ci suggère les mesures à prendre pour gérer les conflits.

La PRE doit saisir les autorités compétentes pour connaître du cas.

CHAPITRE V - SANCTIONS

Article 20 - Conséquence personnelle

En cas de défaut de déclaration ou de refus de résoudre un conflit d'intérêt connu, l'agent public s'expose à des sanctions disciplinaires, sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur.

Article 21 - Autres conséquences

En cas de non respect des dispositions ci-dessus et sans préjudice des sanctions pénales applicables :

- les décisions ou les contrats concernés sont annulés
- les bénéficiaires sont exclus pendant un délai de 5 ans maximum des procédures futures.

Annexe 4

Carte perceptuelle de la corruption à Madagascar

NIVEAUX DE PERCEPTION DE LA CORRUPTION PAR REGION

