

---

## Notes de jurisprudence

---

### SUR LA DÉCLARATION D'INCOMPÉTENCE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES DÉCRETS PAR LA COUR DE CASSATION

Note sous CCA, 25 juillet 2013,  
*Parti de l'Avant-garde démocratique socialiste*

**Michel ROUSSET**  
*Professeur émérite à la Faculté  
de Droit de Grenoble*

**Mohammed Amine BENABDALLAH (\*)**  
*Professeur à la Faculté de droit  
de Rabat-Agdal*

Passé presque inaperçu au moment où il a été rendu voici bientôt cinq ans, l'arrêt que l'on se propose de commenter ne manque nullement d'importance. Non point par la jurisprudence qu'il semble inaugurer, et que nous souhaitons sans lendemain, mais par le raisonnement, difficile voire impossible à partager, que la Cour de cassation a adopté pour opposer l'irrecevabilité à propos d'un contrôle qui lui revient naturellement.

Le 3 novembre 2011, le Parti de l'Avant-garde démocratique socialiste intente un recours pour excès de pouvoir devant la Cour de cassation contre le décret n° 2-11-604 du 19 octobre 2011 fixant la date des élections des membres de la Chambre des représentants ainsi que la période au cours de laquelle sont présentées les candidatures et la date du début et de la clôture de la campagne électorale. Jusque-là, rien de particuliers ; mais ce qui est frappant, c'est la déclaration d'incompétence de la Cour alors que la Constitution et la loi sont on ne peut plus claires à ce sujet.

Plus frappant encore est le fait que la Cour de cassation, au lieu de procéder à une lecture de l'article 132 de la Constitution tel que le dicte son contenu, a fait dire à cet article tout à fait le contraire de ce qu'il énonce. Ceci, par la force d'un raisonnement tout à fait regrettable, l'a empêché de prendre en considération l'article 9 de la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs disposant expressément que la compétence lui revient en matière de contrôle des décrets aussi bien réglementaires qu'individuels du Chef du gouvernement. C'est ce que l'on se propose de démontrer dans les lignes qui suivent.

---

\* <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

- I -

La Cour de cassation est partie de l'idée que le recours qui lui est déféré porte sur l'annulation du décret relatif à la date des élections des membres de la Chambre des représentants, à la période au cours de laquelle sont présentées les candidatures et à la clôture de la campagne électorale. De ce fait, selon la haute Cour, puisque le décret est relatif à la régularité des élections de la Chambre des représentants, il inclurait les actes préparatoires des opérations électorales et, de par la Constitution, il relèverait des attributions du Conseil constitutionnel et non de la compétence de la Cour de cassation.

On remarquera tout de suite que par ce raisonnement, la Cour s'est située en dehors de tous les textes juridiques en vigueur, à commencer par la Constitution elle-même dont l'article 132 dispose que la Cour constitutionnelle (avant la mise en place de celle-ci, il s'agissait du Conseil constitutionnel) exerce les attributions qui lui sont dévolues par les articles de la Constitution et les dispositions des lois organiques. Sans besoin de voir l'intégralité de l'article, on relèvera que la haute juridiction exerce une compétence d'attribution aux matières bien définies et, de ce fait, il ne saurait lui revenir de se prononcer sur un quelconque domaine autre que ce qui lui est expressément reconnu. Or, à cet égard, force est de constater que nulle part on peut remarquer que le juge constitutionnel aurait pour compétence de se prononcer sur la légalité ou la constitutionnalité d'un acte préparatoire des opérations électorales.

Cette position de la Cour de cassation n'est pas sans rappeler celles des juridictions françaises, Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel, lorsqu'elles ont eu à se prononcer sur des recours contre des actes préparatoires des opérations électorales nationales ou référendaires ; sauf qu'elles distinguaient entre deux catégories d'actes.

En effet, la Constitution de la cinquième République avait confié au Conseil constitutionnel le contrôle de la régularité de l'élection présidentielle, des élections parlementaires et des opérations référendaires.

Le Conseil d'Etat avait cependant été saisi à plusieurs reprises de recours contre des décrets portant convocation des électeurs pour l'élection des députés ou des sénateurs (CE 3 juin 1981, *Delmas*, AJDA, 1981, 357, note Goyard ; Rev. Adm. 1981, note Rials, RDP 1982, 186, concl. Labetoulle). Il avait opposé l'irrecevabilité à ces recours en faisant valoir que les requérants disposaient d'une voie de recours parallèle devant le Conseil constitutionnel. Néanmoins, en ce qui concerne les décrets préparatoires des opérations référendaires nationales, il avait adopté une position différente en se fondant sur le fait que si la régularité des opérations elles-mêmes est contrôlé par le juge constitutionnel, il n'est pas moins évident que les actes relatifs aux opérations préalables, une fois le référendum décidé, demeurent des actes administratifs relevant de la compétence du juge administratif (CE 19 octobre 1962, *Broca*, Sirey 1962, 307, Dalloz 1962, 701, RDP 1962, 1181).

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il retrouvé sa compétence pour statuer sur un recours en annulation d'un acte préparatoire à l'élection d'un député dès lors qu'il estimait qu'un tel acte n'était pas en mesure de compromettre le bon déroulement des opérations électorales (CE, 23 avril 1997, *Richard*, RFDA 1997, 692, concl. Bonichon, note Ghevontion, RDP 1997, 1209, note Camby). Et l'on voit, et c'est là que réside la nuance entre les deux positions, que le juge se livre à une analyse matérielle de l'acte en cause et des conséquences que celui-ci est susceptible d'avoir sur le déroulement de l'opération électorale pour décider de sa compétence.

C'est, à notre sens, ce qu'aurait dû faire la Cour de cassation en présence du recours contre le décret incriminé car on ne voit pas bien en effet en quoi la fixation du calendrier électoral pouvait avoir pour conséquence de compromettre la régularité et le bon déroulement des élections de 2011. Au surplus, compte tenu de la date de la décision de la Cour de cassation, 25 juillet 2013 concernant un décret du 19 octobre 2011, soit presque deux ans après, alors que les élections avaient eu lieu le 25 novembre 2011, il est évident que le requérant n'a pas obtenu de réponse à la question qu'il posait au juge et qu'il ne lui était plus possible de se retourner utilement vers le juge constitutionnel de l'élection pour l'obtenir. Dans ces conditions, on peut se demander si cette décision n'a pas eu pour conséquence une sorte de déni de justice !

## - II -

Oui ! Et, le déni de justice est d'autant plus criant et flagrant que dans deux textes de loi d'importance indiscutable, et que l'on ne saurait ignorer, il est clairement énoncé que c'est au juge administratif que revient l'examen de la légalité des actes administratifs ; sans oublier l'article 118 de la Constitution par lequel nous commencerons.

Cet article dispose en effet :

*« L'accès à la justice est garanti à toute personne pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi.*

*Tout acte de nature réglementaire ou individuelle, pris en matière administrative, peut faire l'objet de recours devant la juridiction administrative compétente ».*

Dans le deuxième alinéa de cet article, on rappellera qu'il s'agit d'un principe jurisprudentiel consacré depuis l'arrêt CSA, 18 février 1963, *William Wall* et dont l'exercice était admis, comme on le verra tantôt, depuis l'institution de la Cour suprême et du recours pour excès de pouvoir le 27 septembre 1957. Au demeurant, si le constituant a tenu à l'insérer dans le corps de la Constitution, c'est sûrement pour lui donner une force et une valeur auxquelles le législateur ne pourrait apporter aucune restriction. C'est dire que par les deux phrases de l'article 118 est affirmé le principe de la garantie de l'accès à

la justice accompagné de celui du recours pour excès de pouvoir contre tout acte de nature administrative par référence au seul critère matériel.

Peut-on alors soutenir qu'un décret qui, rappelons-le, ne peut émaner que du Chef du gouvernement, (anciennement Premier ministre) fixant la date des élections des membres de la Chambre des représentants, la période au cours de laquelle sont présentées les candidatures et la date du début et de la clôture de la campagne électorale n'est pas de nature administrative ? C'est du pur pouvoir réglementaire !

Mieux encore, on peut même dire sans risque d'erreur que même le législateur ne pourrait jamais faire relever un tel décret, ou tout autre décret d'ailleurs, d'une juridiction autre qu'administrative car sur ce plan le constituant, comme on l'a vu plus haut, a été formel. Constitutionnellement, la compétence revient à la juridiction administrative compétente et c'est uniquement à ce niveau que la loi peut préciser si elle relève des tribunaux administratifs ou de la Cour de cassation. En bref, usant de syllogistique, on retiendra que tous les actes administratifs sont susceptibles de recours en annulation, or, le décret réglementaire, de par sa nature, est un acte administratif, donc, tant qu'aucun texte ne l'exclut expressément, il est susceptible de recours en annulation qui ne peut avoir lieu que devant une juridiction administrative et non point constitutionnelle !

Le deuxième texte à voir est l'article 353 du code de procédure civile qui énonce « *La Cour suprême, sauf si un texte l'exclut expressément, statue sur (...) les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives (...).* »

L'on sait que depuis la promulgation de la Constitution du 29 juillet 2011, la Cour suprême a été remplacée par la Cour de cassation et que de ce fait toutes les attributions qui lui étaient dévolues sont devenues du ressort de cette dernière ; ce qui implique donc que l'article 353 du code de procédure civile lui est devenu automatiquement applicable.

Cet article, qui date du 27 septembre 1957, avait fait de la Cour suprême la juridiction compétente pour connaître en premier et dernier ressort de tous les recours en annulation contre les décisions administratives. C'était alors à elle de définir quels sont les critères de cette catégorie de décisions ; c'est ce qu'elle a fait à plusieurs reprises tant pour distinguer les décisions administratives des décisions juridictionnelles (CSA, 18 mai 1961 *Israël*, Rec. p. 123, concl. Zarrouk) que pour exclure de sa compétence des actes qu'elle considérait comme relevant d'une autorité non administrative ( CSA, 18 juin 1960, *Ronda* et CSA, 20 mars 1970, *Sté Propriété agricole Abdelaziz*, Ind. et coop. 1970, p. 527, note Rousset). Mais jamais elle n'a eu à décider qu'un acte émanant du Président du conseil (1955 à 1962), du Premier ministre (1962 à 2011) ou du Chef du gouvernement n'était pas une décision administrative (2011 à aujourd'hui).

La Constitution ne dit-elle pas en son article 90 que le Chef du gouvernement exerce le pouvoir réglementaire et qu'il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ?

Le pouvoir réglementaire ne signifie-t-il pas le pouvoir d'exécution des lois ou celui de prendre des actes ne relevant pas du pouvoir législatif, c'est-à-dire, le pouvoir réglementaire autonome ? (M.A. Benabdallah, Du contrôle de la constitutionnalité des décrets réglementaires autonomes, REMALD n° 53, 2003, p. 9 et suiv.)

Et le contrôle de ce pouvoir qui ne peut se traduire que par des décisions administratives, ne relève-t-il pas, par sa nature, de la compétence de la Cour suprême devenue Cour de cassation ?

Quel que soit le domaine qu'il régit, le pouvoir réglementaire ne peut consister qu'en décisions administratives et, pour l'heure, celles-ci ne peuvent faire l'objet d'un recours que devant la juridiction administrative compétente (article 118 de la Constitution) qui est la Cour de cassation (article 353 du code de procédure civile).

Quant au troisième texte, c'est celui de l'article 9 de la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs qui, à la suite de l'article 8 énumérant les matières relevant de la compétence des tribunaux administratifs, dispose que « *Par dérogation aux dispositions de l'article précédent, la Cour suprême demeure compétente pour statuer en premier et dernier ressort sur : les recours en annulation pour excès de pouvoir dirigés contre les actes réglementaires ou individuels du Premier ministre. (...)* ».

En fait, cet article aurait largement suffi pour fonder la compétence de la Cour de cassation ; et il est curieux qu'elle ne l'ait pas visé. C'est comme s'il n'existait pas ! Elle a préféré jeter son dévolu sur un article de la Constitution auquel elle a fait dire ce qu'il ne dit pas. Pourtant, l'article 9 de la loi n° 41-90 constitue la base de toute sa compétence ; et par l'emploi du verbe « *demeure* » le législateur a révélé qu'il ne s'agit pas d'une compétence nouvelle mais d'une compétence qui existait déjà.

Bien plus, dans cet article, il n'est pas seulement question de décisions administratives comme dans l'article 353 du code de procédure civile, mais bel et bien d'actes réglementaires ou individuels du Premier ministre.

Autant le constituant a exclu toute compétence du juge constitutionnel pour connaître d'un quelconque contrôle des décrets réglementaires ou individuels en ne les mentionnant pas dans la catégorie des actes relevant de son ressort, autant le législateur a décidé tout le contraire en les nommant expressément pour les confier au contrôle de la Cour suprême devenue Cour de cassation. Pour le moins que l'on puisse dire, celle-ci a raisonné comme pour se dégager d'une fonction qui lui est propre en se livrant à une acrobatie dans l'interprétation tenant pour acquis que parmi les attributions du juge constitutionnel, il existerait une rubrique intitulée *les actes préparatoires des opérations électorales*. Or, dans

les 1043 décisions du Conseil constitutionnel rendu entre le 1<sup>er</sup> avril 1994 et le 30 mars 2017, il n'en existe aucune qui porte sur le contrôle des actes préparatoires des opérations électorales. Pas plus qu'il ne pourrait en exister aujourd'hui, et même plus tard, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, tant que la Constitution est ce qu'elle est !

\*

\* \*

**CCA, 25 juillet 2013,**  
*Parti de l'Avant-garde démocratique socialiste*

*« Considérant qu'en application de l'article 132 de la Constitution, la Cour constitutionnelle exerce les attributions qui lui sont dévolues par les articles de la Constitution et les dispositions des lois organiques et qu'elle statue, par ailleurs, sur la régularité de l'élection des membres du parlement et des opérations de référendum. Et, qu'en application de l'article 177, le Conseil Constitutionnel en fonction continuera d'exercer ses attributions en attendant l'installation de la Cour Constitutionnelle prévue par la présente Constitution.*

*Et, considérant que le recours en annulation, objet de la requête, vise l'annulation du décret n° 2.11.604 du 19 octobre 2011 fixant la date des élections des membres de la Chambre des représentants ainsi que la période au cours de laquelle sont présentées les candidatures et la date du début et de la clôture de la campagne électorale ; de ce fait, cela concerne un recours relatif à la régularité des élections des membres de la Chambre des représentants – ce qui inclut les actes préparatoires des opérations électorales – ; ledit recours, en vertu des deux articles cités plus haut, relève des attributions de la Cour constitutionnelle ou le Conseil constitutionnel en attendant la mise en place de la Cour, et, par conséquent, ne relève pas de la compétence de la Cour de Cassation. Irrecevabilité ».*