

RÉFLEXIONS AUTOUR DE LA FONCTION DU JUGE ADMINISTRATIF *

Mohammed Amine BENABDALLAH

*Professeur à l'Université Mohammed V
Agdal-Rabat*

L'hommage à un maître de l'université qui a touché à divers domaines du droit rend extrêmement difficile le choix du sujet à lui dédier. Le professeur Hassan Ouazzani Chahdi, en l'honneur duquel le présent ouvrage est élaboré par une partie de ses collègues et de ses disciples, n'est pas de ceux qui se sont focalisés sur une seule matière, ce qui aurait certainement permis à chacun d'entre eux de s'acquitter du devoir particulièrement embaumé de plaisir de lui offrir une recherche bien précise à l'avenant de son thème de prédilection. Mais ce n'est pas le cas ! Peut-on, alors, pour lui être agréable, en choisir un plutôt qu'un autre tandis que lui s'est intéressé à bien plus d'un et en a chéri plusieurs ? Du tout ! Droit international, avec tous les prolongements qu'on lui connaît ; droit administratif, avec toutes les tentacules qui le caractérisent ; contentieux administratif avec ses différentes techniques procédurales ; droits de l'homme, discipline évoluant dans la tourmente de la réalisation des idéaux et le poids des contraintes. Que choisir dans les flots d'une telle cascade de disciplines juridiques ? On conviendra que l'embarras est à la mesure de la multitude des centres d'intérêts du dédicataire. Ce qui n'est pas sans justifier une option quelque peu hybride, et peut-être manquant d'originalité, que le signataire de ces lignes, comptant sur la généreuse indulgence du récipiendaire, souhaite conforme à un point susceptible de le retenir. Puisse le thème en rapport avec la fonction du juge administratif et les revirements jurisprudentiels être une contribution de bon aloi permettant à son auteur d'exprimer au sein d'une chorale doctrinale aimablement orchestrée par la faculté de droit de Casablanca, le témoignage d'une estime et le gage d'une amitié qu'il lui voue voici bien quelques lustres.

* Cet article a été spécialement écrit en août 2009 pour les mélanges en l'honneur du professeur Hassan Ouazzani Chahdi dont la publication est incessante. Sa publication dans la REMALD n'a d'autre but que de lui permettre une plus large diffusion auprès des lecteurs

Comme tout autre juge, le juge administratif est dépositaire de la lourde et délicate mission de dire le droit. Lourde, pour la raison simple que dans plusieurs cas, et c'est ce qui nous intéresse, il est habilité à faire parler une législation ou une réglementation élaborée en dehors de lui et, quelquefois, après l'écoulement de bien des années par des légistes qui ne soupçonnaient guère que ce qu'ils avaient établi allait être interprété dans un sens plutôt qu'un autre. La mission est d'autant plus lourde de conséquences que la parole du juge, par le jeu des procédures, devient définitive et irrévocable ; elle s'impose à toutes les parties. Or, justement, en droit administratif, le juge est très souvent confronté à cette situation où l'auteur de la loi ou du règlement n'a parlé qu'à demi-mot, conscient que la norme qu'il a édictée, tout en étant valable dans le temps, doit nécessairement se prêter à l'interprétation et, partant, à des changements d'interprétation. Les exemples qui le confirment sont fort nombreux. Il n'est qu'à prendre la notion de pouvoir discrétionnaire, celles d'ordre public, d'intérêt général ou d'intérêt public, d'intérêt du service, pour s'en convaincre. Lorsque le juge administratif en donne son interprétation, la substituant à celle qui avait cours, peut-on soutenir à la suite de Montesquieu, ce grand auteur qui avait prédit d'être plus lu que compris, que des trois puissances législative, exécutive et judiciaire, celle de juger est en quelque façon nulle ?

Sans doute, peut-elle être nulle lorsque le juge se livre à une application simple et sèche des termes d'une loi claire dans son expression et ne suscitant aucune hésitation dans sa lecture. Mais est-ce le cas lorsque la loi en question permet plus d'une interprétation ? Lorsque certaines de ses dispositions se contredisent ou, tout simplement et très fréquemment, lorsque, à bon escient, son auteur a recouru à des notions élastiques, susceptibles de se muer selon le temps et le lieu ? Là est toute la question qui se pose au juge qui devient investi d'une mission où son pouvoir s'apparente à celui du législateur ! Ne dit-il pas le droit en le complétant ? Ne lui arrive-t-il pas d'opérer des revirements jurisprudentiels en abandonnant une orientation au bénéfice d'une autre ? C'est à propos de ces aspects que l'on se propose de réfléchir en l'honneur du professeur Hassan Ouazzani Chahdi qui, et nous en sommes persuadé, éprouvera, comme il nous a tous et souvent accoutumés, un vif plaisir à les discuter et en débattre !

Précisément, à cet égard, le juge peut soit adopter une certaine logique où en établissant une jurisprudence il le fait graduellement par rapport au passé tout en ne perdant pas de vue que dans son raisonnement, il ne doit pas s'enfermer pour l'avenir si les données venaient à changer ; soit, et c'est ce qui est regrettable, le faire brutalement de manière inexplicable, en revenant sur ce que naguère il avait décidé et sans se soucier de ce qui pourrait se produire comme s'il tranchait dans l'absolu. Si, alors, dans la cohérence et la logique qu'il adopte, tant les justiciables que les commentateurs n'ont aucun mal à le comprendre et à prévoir ses prochaines déviations, il en est tout autrement dans l'incompréhension qu'il suscite en donnant l'impression que de sa fonction il a une vision toute particulière où, précisément, la cohérence et la logique font forcément défaut.

- I -

Bien que ni la Constitution, ni la loi ne mentionnent que la jurisprudence est une source du droit, et c'est l'une des raisons qui avaient fait dire à O. Dupeyroux qu'elle est une « *source abusive du droit* » (1), il faut bien se rendre à l'évidence qu'elle en constitue, comme on l'enseigne en droit administratif, une source non écrite (2). Dans son pays natal, où elle a constitué un pouvoir normatif (3), n'a-t-elle pas été à l'origine de la grande majorité des règles reprises par le législateur (4) pour régir les relations entre l'administration et ses usagers ? Sans doute qu'au Maroc cela n'a pas toujours été le cas dans la mesure où l'évolution de la matière de droit administratif n'est pas passée par les phases et les péripéties qu'elle a connues en France à partir de la création du Conseil d'Etat en 1806, mais il n'en reste pas moins que dans bien des cas, lorsque la loi le permet par son silence ou par ses concepts plus ou moins évasifs, il revient au juge d'édicter la règle qui tant qu'elle n'a pas été expressément écartée par le législateur, s'impose en tant que règle de droit. C'est dans ce sens que la fonction officielle de juge se transforme pour l'occasion en une fonction officieuse de jurislature tant il est vrai que pour le cas auquel la règle s'applique, celle-ci est désormais la norme nouvelle qui fait foi et dont le non-respect constitue une inexécution de décision de justice.

Compte tenu alors des conséquences qui peuvent découler de l'exercice de cette fonction de jurislature, il s'avère hautement impératif que le juge ne l'exerce qu'avec parcimonie et grande prudence en sorte qu'elle n'interfère pas avec celle des autorités législatives et réglementaires. Et, surtout, veiller à ce que sa décision s'inscrive dans une perspective jurisprudentielle bien précise afin que la jurisprudence à l'édification de laquelle il contribue soit tissée de cohérence et de logique.

Quoi de plus fascinant en droit qu'une jurisprudence tissée de cohérence et de logique ! Le suivi dont elle fait l'objet n'est pas seulement instructif ; il permet d'entrevoir toute évolution future. Son commentateur, même non convaincu de l'issue de la décision, adhère au raisonnement du juge, le comprend avec toutes les nuances qu'il recèle, explore ses différents coins et recoins et saisit avec aisance les points sur lesquels il a certaines réserves.

En jurisprudence française, les illustrations sont très nombreuses où le juge avant d'opérer un revirement par rapport au passé, annonce, dans une première étape, son intention de le faire en recourant à la technique de l'arrêt de rejet consistant à édicter la nouvelle règle à l'occasion de l'affaire qui lui est soumise tout en préservant le principe de non-rétroactivité devant régir toute activité normative. Pour cela, tout en proclamant le nouveau principe, il constate que dans le cas d'espèce il n'est pas applicable.

(1) O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive du droit, Mélanges Maury, 1960, T. II, p. 349.

(2) J. Hardy, Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français, R.D.P. 1990, p. 453.

(3) J. Roche, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, A.J.D.A., 1962, p. 532.

(4) G. Vedel, Le droit administratif, peut-il être indéfiniment jurisprudentiel, E.D.C.E. 1979-1980, n° 31, p. 31.

C'est ainsi, par exemple, que pour la première fois le Conseil d'Etat avait admis le principe selon lequel l'administration ne peut légalement infliger à un fonctionnaire qu'une sanction disciplinaire proportionnée à la gravité de la faute qu'il a commise (5), alors que dans sa jurisprudence antérieure (6), il considérait que cela relevait du pouvoir discrétionnaire de l'administration qu'il s'interdisait de contrôler (7). Seulement, dans le cas litigieux sur lequel il s'était prononcé, il avait relevé que l'administration n'avait commis aucun excès de pouvoir, ce qui n'avait naturellement aucune conséquence sur l'affaire dont l'issue fut tout à fait identique à celle qu'elle aurait pu avoir s'il lui avait appliqué la jurisprudence du passé (8).

C'est également par la même technique qu'il a opéré l'une des plus importantes évolutions jurisprudentielles faisant prévaloir les conventions internationales dans l'ordre juridique français sur les lois qui leur sont postérieures tout en rejetant le recours du requérant (9).

En jurisprudence marocaine, on peut relever le recours à cette technique par le juge aussi bien du tribunal administratif statuant en premier ressort que de la Cour suprême statuant en appel. En effet, concernant le même domaine de la sanction disciplinaire, les deux juges ont fait un même usage de l'arrêt de rejet.

Ainsi, pour sa part, le Tribunal administratif de Rabat avait innové par rapport à la jurisprudence antérieure (10) considérant que « *l'autorité disciplinaire dispose d'un pouvoir absolu pour apprécier le degré de gravité de la sanction à prendre à l'encontre du requérant, sans contrôle possible de la Cour suprême* » (11). Dans son jugement du 23 mars 1995, Boulil, il décida de rompre avec cette orientation en faisant également application de la technique du contrôle de « *l'excès d'appréciation* » inspirée de la jurisprudence égyptienne (12) et qui n'est pas sans rappeler celle de l'erreur manifeste d'appréciation introduite en France en 1953 (13).

Dans le même sens, contrairement à sa jurisprudence antérieure (14) mais tout en déboutant le requérant, la Cour suprême avait admis dans un arrêt que l'on peut considérer de

(5) C.E. 9 juin 1978, *Lebon*, Leb. p. 245, R.D.P. 1979, p. 227, note J.-M. Auby.

(6) C.E. 15 février 1963, *Leray*, Leb. p. 57 ; C.E. 10 janvier 1969, *Melero*, Leb. p. 24.

(7) B. Genevois, concl. sur C.E. 9 juin 1978, *Lebon*, A.J.D.A. 1978, p. 573.

(8) En fait c'est tout l'avantage de cette technique qui permet de dégager une nouvelle règle à propos d'un cas donné, mais de ne l'appliquer que plus tard. Pour la subtilité de son application, spécialement en matière disciplinaire, voir la jurisprudence contenue dans la note précitée de J.-M. Auby.

(9) C.E. 20 octobre 1989, *Nicolo*, G.A.J.A. Dalloz, 2001, p. 715.

(10) C.S.A. 26 mai 1962, *Eddange*, R. p. 87 ; C.S.A. 15 juillet 1963, *Tadili*, RACAM, 1964, p. 204.

(11) C.S.A. 6 juin 1975, *Hadraoui*.

(12) M.A. Benabdallah, Le contrôle de « l'excès d'appréciation » dans le droit disciplinaire de la fonction publique, REMALD n° 12, 1995, p. 78.

(13) C.E. 13 novembre 1953, *Denizet*, Leb. p. 489, voir K. Kornprobst, L'erreur manifeste, Dalloz, 1965, ch. p. 121. On rappellera cependant que l'erreur manifeste d'appréciation ne fut utilisée en matière de sanction disciplinaire qu'en 1975, T.A. Lyon, 10 avril 1975, *Dutrieux*, Leb. p. 704.

(14) M.A. Benabdallah, La consécration du contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire, REMALD n° 22, 1998, p. 107.

principe que « *c'est à bon droit que l'administration soutient que la sanction de révocation était justifiée par les fautes graves commises par l'appelant, et que la proportionnalité existe entre les faits reprochés au requérant et la sanction prise contre lui* » (15). Par ce considérant, le contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute commise est devenu admis. Et, depuis lors, tant les tribunaux administratifs que la Cour suprême ont fait de cette orientation une jurisprudence constante.

Pour en revenir à ce qui nous intéresse en premier chef, on remarquera que ce ne sont non point les revirements opérés qui sont à noter, mais plutôt la manière adoptée, logique et cohérente, pour le faire. Sans opérer de changement brutal, par la technique de l'arrêt de rejet, le juge commence par se situer sous un angle différent du précédent en prévenant que dorénavant il n'abandonnerait plus son pouvoir de contrôle, mais que, dans le cas qui lui est soumis, et au vu des données dont il dispose, ce pouvoir ne lui permet pas l'annulation. En d'autres termes, il décide qu'à l'avenir, si les données sont différentes et que les conditions dont il fait état sont réunies, il annulerait ! Le moins que l'on puisse dire est que, ce faisant, il préserve la règle de la non-rétroactivité de la norme qu'il édicte. En partant du cas d'espèce, il profite pour annoncer un nouveau principe qui, en pratique, ne sera applicable qu'à l'avenir ; par son arrêt de principe, il adresse un avertissement à l'administration. En somme, l'orientation de la jurisprudence est modifiée mais sans conséquences majeures sur la situation juridique du requérant et de l'administration devant être régis par les normes de la jurisprudence en cours dont ils avaient connaissance avant de venir devant le juge.

Curieusement, la cohérence et la logique, toutes deux nécessaires à la compréhension du droit, discipline, somme toute, inclassable parmi les sciences exactes, font quelquefois défaut dans l'argumentation du juge qui se crée une sphère propre de raisonnement pour le moins partiellement en marge de l'univers juridique.

- II -

De crainte que l'on se méprenne sur la teneur des propos qui vont suivre, il semble nécessaire d'en préciser les termes et le terrain sur lequel on entend s'engager avant d'attirer l'attention sur ce qui apparaît comme anomalie difficile à classer au sein de l'actif de la fonction du juge administratif.

Un droit dont la jurisprudence constitue la sève nourricière est incontestablement un droit où les variations d'analyse peuvent être aussi nombreuses que les juges qui s'y livrent. Un même litige soumis à différentes juridictions d'un même ordre ne saurait connaître une issue unique, ou, tout au moins, ne saurait faire l'objet d'une même approche dans son traitement. Sans doute peut-il être l'objet de la même solution d'annulation ou de rejet, mais il n'est pas évident que le raisonnement qui y est suivi soit le même. Il s'agit ici de l'exercice d'une

(15) C.S.A. 9 novembre 1995, *Ajdah*, REMALD n° 20-21, 1997, p. 106, rubrique en langue arabe, note Antari.

liberté de pensée inhérente à tout magistrat agissant en son âme et conscience. D'ailleurs, le risque qui en découle est largement amorti par la procédure ouvrant une possibilité d'appel voire de cassation devant une juridiction supérieure. Les deux ou, selon le cas, les trois degrés de juridiction garantissent une protection contre toute erreur ou tout abus susceptibles de s'abattre du fait de l'exercice de la fonction judiciaire par une juridiction unique statuant en premier et dernier ressort. Mais, malgré toutes ces précautions, il n'empêche que dans certains cas, c'est justement en ce tout dernier ressort que l'obscurité s'installe.

Que l'on ne prenne pas ce constat comme une critique malveillante, mais nous croyons devoir soutenir que même au niveau le plus élevé des juridictions, et précisément à ce niveau-là, une décision doit invariablement se caractériser par la cohérence du raisonnement et la logique de son positionnement au sein de la jurisprudence. Toute décision judiciaire doit s'affirmer comme une continuité ou une rupture convaincante d'une jurisprudence précédente et surtout constituer un relais de la jurisprudence à venir. Si de telles conditions font défaut, le droit jurisprudentiel qui en est le produit résiste à tout effort de systématisation pour s'avérer un droit constitué ici et là d'îlots difformes et hétérogènes ; un droit réfractaire à toute tentative de compréhension ou de théorisation.

Dans la jurisprudence marocaine, il existe plusieurs cas de décisions où le juge a changé brutalement d'orientation sans explication aucune, comme on peut relever aussi des cas où les solutions apportées semblent en totale rupture avec la loi ou s'avèrent complètement surréalistes. Bien que nous aurions souhaité n'axer la réflexion que sur des arrêts de la Cour suprême, il ne serait pas inutile de présenter quelques perles de tribunaux administratifs. Qu'on en juge !

On sait que la compétence des tribunaux administratifs, tout comme celle de toute autre juridiction, n'est fixée que par la loi et que naturellement elle ne peut pas s'exercer en dehors du texte qui la régit. C'est élémentaire ! Les étudiants de licence l'apprennent à leur premier cours de contentieux administratif si ce n'est à celui de l'introduction à l'étude du droit. Il n'est nullement dit dans la loi instituant les tribunaux administratifs que l'administration peut s'adresser au juge administratif pour obtenir son droit contre un particulier. Pourtant, dans un jugement du 24 août 1999, le Tribunal administratif de Casablanca a donné suite à une requête en référé du ministre de l'Agriculture contre un fonctionnaire qui refusait d'évacuer le logement de fonction qu'il avait continué d'occuper après sa mise à la retraite (16). Non seulement le Tribunal s'est estimé compétent sans la moindre explication comme si sa compétence coulait de source, mais il condamna le fonctionnaire à quitter les lieux sous peine d'une astreinte de soixante dirhams pour chaque jour de retard dans l'exécution du jugement. L'histoire ne dit pas si le fonctionnaire avait fait appel, mais toujours est-il que

(16) T.A., Casablanca, 24 août 1999, *Ministre de l'Agriculture c/ Mimoun Aït Al Majdoub*, REMALD n° 37, 2001, rubrique en langue arabe, p. 163.

même annulé, c'est un jugement qui restera gravé dans le marbre comme bizarrerie du contentieux administratif (17) !

Une toute autre bizarrerie vient s'ajouter à la précédente ! Cette fois-ci en matière de motivation des décisions administratives où le même tribunal, à propos de données identiques, a eu deux attitudes contradictoires en l'espace de quatre mois d'intervalle.

Dans un jugement rendu le 29 décembre 2004 (18), le Tribunal administratif de Casablanca a considéré que l'acte de l'administration ne devait pas être motivé en considérant qu'il relevait du pouvoir discrétionnaire de celle-ci et qu'il n'entrait pas dans la catégorie des actes énumérés dans l'article 2 de la loi relative à la motivation des décisions administratives. Il s'agissait d'un employé de l'office de la formation professionnelle et de la promotion du travail aux fonctions duquel l'administration avait mis fin en tant que directeur d'administration centrale pour lui confier une fonction au sein de l'inspection générale du même office. A juste titre (19), le Tribunal a conclu au rejet de la demande d'annulation.

Quatre mois plus tard, le même Tribunal, présidé de surcroît par le même président (20) a autrement raisonné.

Le président du conseil régional de la région Chaouia Ourdigha avait démis de ses fonctions le secrétaire général de la région. Son acte est attaqué. Le Tribunal administratif de Casablanca l'annule du fait, dit-il, qu'il n'a pas été motivé et que, compte tenu de l'absence de nécessité et de circonstances exceptionnelles, son édicton était illégale ! Pourtant, et sans entrer dans les détails de l'affaire et il est difficile de ne pas le faire, on mentionnera qu'aux termes de l'article 51 de la loi n° 47-96 relative à l'organisation des régions, la nomination du secrétaire général de la région relève du président du conseil régional qui tout comme il nomme, peut démettre (21). Ce n'est pas un fonctionnaire qu'il a révoqué de son emploi ou contre lequel il a pris une sanction disciplinaire, mais tout simplement un responsable auquel il avait confié une fonction à laquelle il a mis fin pour la confier à un autre. Exactement la situation de employé de l'office de la formation professionnelle et de la promotion du travail qui de directeur d'administration centrale est devenu par décision non motivée chargé d'une fonction au sein de l'inspection de l'inspection générale !

(17) Nous ne sommes pas du tout contre le fait que l'administration s'en remette au juge pour récupérer le logement de fonction, bien au contraire, (M. Rousset et M.A. Benabdallah, De l'inviolabilité du domicile et de la voie de fait au yeux de la Cour suprême, REMALD n° 35, 2000, p. 147), mais nous pensons que cela devait se faire devant le juge de première instance et non devant le juge administratif qui, à tort, s'est estimé compétent !

(18) T.A., Casablanca, 29 décembre 2004, *Chtaïbi*, REMALD n° 62-63, 2005, rubrique en langue arabe, p. 217 et REMALD n° 65, 2005, rubrique en langue française, p. 155.

(19) M.A. Benabdallah, Le pouvoir discrétionnaire de nomination et l'obligation de motivation des décisions administratives, REMALD n° 65, 2005, p. 149.

(20) T.A., Casablanca, 21 mars 2005, *El Khadir c/ Président de la région Chaouia Ourdigha*, REMALD n° 64, 2005, rubrique en langue arabe, p. 208.

(21) « Le secrétaire général et les chargés de mission et d'études sont nommés par décision du président du conseil régional visée par le gouverneur du chef-lieu de la région ». Quatrième alinéa de l'article 51 de la loi n° 47-96 relative à l'organisation des régions.

Avouons que ce sont-là des exemples d'anomalies jurisprudentielles qui compliquent la compréhension et le saisissement d'un quelconque fil directeur, outre qu'ils rendent difficile l'enseignement du droit administratif ! Encore plus difficile s'avère-t-elle à suivre et à théoriser lorsque, quelquefois, la Cour suprême n'opère plus des revirements mais des va-et-vient jurisprudentiels !

Ainsi, dans un arrêt, sévèrement critiqué (22) du 19 juin 1997, *Ministre de l'Intérieur c/ Bizakarne* (23), la Cour suprême avait subitement rompu avec une jurisprudence, constante jusqu'alors, posant le principe selon lequel le recours pour excès de pouvoir en annulation ne peut être exclu en l'absence d'une volonté clairement manifestée (24). Elle avait curieusement considéré que l'article 12 du dahir du 27 avril 1919 organisant la tutelle administrative des collectivités indigènes et réglementant la gestion et l'aliénation des biens collectifs (25) disposant que « *les décisions du conseil de tutelle ne sont pas motivées et ne sont susceptibles d'aucun recours* » excluait le recours pour excès de pouvoir qui ne fut institué qu'en 1957. En d'autres termes, elle avait estimé, revenant ainsi sur sa propre jurisprudence, que le législateur de 1919 pouvait prophétiser et valablement exclure par anticipation un recours qui n'allait être possible que trente huit années plus tard ! Surprenante, la décision parut totalement obsolète et ce n'est que par un arrêt du 7 juin 2006 (26) que la Cour suprême se rattrapa en adoptant de nouveau sa jurisprudence antérieure.

Autre exemple de revirement inexpliqué, celui relatif à l'astreinte contre l'administration pour inexécution des décisions de justice.

Pour mettre fin au problème de l'inexécution des décisions de justice, ou au moins en réduire l'étendue, certains tribunaux avaient résolu de condamner l'administration sous astreinte. En ce sens, le Tribunal administratif de Rabat (27) avait vu son jugement confirmé par la Cour suprême saisi en appel par l'agent judiciaire du Royaume (28). Elle avait en effet considéré que c'était à bon droit que le Tribunal administratif de Rabat avait fait application de l'article 448 du code de procédure civile prévoyant l'astreinte comme moyen d'obliger le poursuivi à accomplir son obligation et que cela avait été fait en application de l'article 7 de la loi instituant les tribunaux administratifs. Mais, moins de deux ans plus tard, alors que tout le monde pensait

(22) M. Antari, Le recours pour excès de pouvoir, une garantie dans un Etat de droit, REMALD n° 27, 1999, p. 99 ; M. Rousset, Note sur l'arrêt de la Cour suprême du 19 juin 1997, ministre de l'Intérieur c/ Bizakarne Ahmed excluant certains actes administratifs du recours pour excès de pouvoir, REMALD n° 28, 1999, p. 121 ; M.A. Benabdallah, Sur une « régression jurisprudentielle » : l'exclusion de certains actes administratifs du recours pour excès de pouvoir, REMALD n° 28, 1999, p. 125.

(23) C.S.A. 19 juin 1997, *Ministre de l'Intérieur c/ Bizakarne*, REMALD n° 28, 1999, rubrique en langue française, p. 132.

(24) C.S.A., 18 février 1963, *William Wall*, R. p. 126.

(25) Bulletin officiel n° 340 du 28 avril 1919, p. 377.

(26) C.S.A. 7 juin 2006, *Agent judiciaire du Royaume c/ Aït Mouli*, REMALD n° 71, 2006, p. 143, note M. Rousset et M.A. Benabdallah, p. 139.

(27) T.A., Rabat, 6 mars 1997, *Héritiers El Achiri*, REMALD n° 20-21, 1998, p. 246.

(28) C.S.A. 25 septembre 1997, *Agent judiciaire du Royaume c/ Héritiers El Achiri*, REMALD n° 23, rubrique en langue arabe, p. 139.

que la haute juridiction avait accompli un pas de géant, voilà que, sur une espèce de saute d'humeur, elle commet le pire infanticide en revenant sur sa propre jurisprudence.

Saisie en appel d'un jugement prononçant une astreinte contre la personne du président de conseil communal refusant de se soumettre à une décision de justice (29), elle ne se contente pas de statuer sur l'astreinte personnelle, mais va au-delà. Elle se rétracte en statuant comme si elle n'avait jamais admis auparavant la procédure de l'astreinte contre l'administration. « *Attendu que si la commune rurale dont l'acte révoquant le requérant a été annulé, s'est refusée à l'exécution du jugement cité en dépit du fait que l'intéressé ait pris des mesures procédurales tendant à l'obliger à exécuter, il n'est pas possible de l'obliger à exécuter par la voie de l'astreinte tant que la juridiction administrative s'est bornée à annuler son acte en le considérant entaché d'excès de pouvoir ; il reste à l'intéressé le droit de recourir à la justice administrative, et après présentation du procès verbal constatant le refus d'exécution, de demander réparation du préjudice résultant du comportement relatif aux activités des personnes de droit public susceptibles de préjudicier aux intérêts privés* » (30). C'est le retour à la case départ !

Fortement critiquée (31), cette position n'était pas sans constituer une flagrante régression par rapport aux avancées des tribunaux administratifs et de la Cour suprême elle-même. C'est ce qui décida celle-ci à revoir sa position en considérant l'arrêt *Commune rurale de Tounfit c/Attaoui* comme une malheureuse parenthèse dans son évolution jurisprudentielle. Par deux arrêts de l'année 2005 (32), elle revint à sa jurisprudence El Achiri à laquelle tout le monde avait chaleureusement applaudi.

Voilà un ensemble d'illustrations où la fonction du juge administratif n'apparaît plus comme une fonction emprunte de cohérence et de logique mais donne plutôt lieu à une production jurisprudentielle de cas identiques en tant que litiges, mais différemment résolus, au point que toute systématisation devient extrêmement compliqué.

- III -

Il serait complètement déplacé de finir sur un tableau si morose alors que sa présentation n'avait d'autre but que de s'en servir comme élément de réflexion sur une des fonctions

(29) T.A., Meknès, Ordonnance de référé, 3 avril 1998, *Attaoui*, REMALD n° 27, 1999, rubrique en langue française, p. 116.

(30) C.S.A., 11 mars 1999, *Commune rurale de Tounfit c/ Attaoui*, REMALD n° 31, 2000, rubrique en langue française, p. 135.

(31) M. Rousset et M. A. Benabdallah, Du privilège de l'administration de ne pas respecter l'autorité de la chose jugée, Note sous C.S.A., 11 mars 1999, *Commune rurale de Tounfit c/ Mohammed Attaoui* REMALD n° 31, 2000, p. 127 ; M. Antari, La censure de l'astreinte à titre personnel par la Chambre administrative : Serait-ce la fin d'un espoir ? Note sous C.S.A 11 mars 1999, *Commune rurale de Tounfit c/ Mohammed Attaoui*, REMALD n° 31, 2000, p. 137.

(32) C.S.A., 25 mai 2005, *Héritiers Zineb Mansour* et C.S.A., 9 novembre 2005, *Commune rurale d'Isly*, REMALD n° 72-73, 2007, rubrique en langue française, p. 166.

vitales au sein de l'Etat de droit. Dire le droit est une fonction plus délicate que celle de l'élaborer dans la mesure où si dans son élaboration, le légiste peut ne pas imaginer toutes les situations possibles, le juge administratif, quant à lui, comme tout autre juge statuant en application du code de procédure civile, doit obligatoirement leur trouver solution lorsqu'elles lui sont soumises lors d'un litige (33). C'est une fonction qui se distingue des autres, législative ou réglementaire ; elle est l'ultime recours contre un comportement ou un fait de l'administration en marge du droit. Les règles qui sont le produit de la jurisprudence font partie intégrante du droit positif.

Cependant, qui dit un droit dont l'évolution dépend en grande partie de la jurisprudence, doit de toute évidence admettre que les juges qui en sont les acteurs puissent y contribuer avec une certaine liberté de pensée et d'expression. Sans cela, ils ne seraient que des agents chargés de reproduire ce qui a été établi par leurs prédécesseurs sans aucun pouvoir de création ou d'interprétation ; et l'on serait alors dans un système de pure duplication des solutions du passé. Or, justement, ce pouvoir relève d'une fonction qui nécessite la rigidité autant que la souplesse, la prudence autant que la hardiesse et le conservatisme autant que la rénovation. En bref, des antinomies, ou d'autres comprenant des éléments aussi contradictoires, où le juge dans un mouvement pendulaire incessant doit marquer son choix qui ne peut être convaincant que s'il se fonde sur une argumentation rigoureuse s'inscrivant dans le prolongement et l'esprit de la jurisprudence en cours ou s'en écartant pour lui substituer une autre plus juste et plus appropriée à ses yeux. Sinon, sans cette argumentation faite de raison et prolongement d'une certaine orientation jurisprudentielle, on tomberait dans la fâcheuse situation où le juge ne se contente plus d'appliquer ou d'interpréter le texte, mais impose sans retenue ni rationalité des solutions nouvelles, pure vision de son esprit.

C'est pourquoi, dans les deux situations d'adoption ou d'abandon de l'orientation en cours, la jurisprudence doit se caractériser par la cohérence et la logique dans un cadre en conformité avec les principes de l'Etat de droit tant il est vrai qu'une affaire qui donne lieu à un litige ne s'analyse pas seulement comme un cas d'espèce car, en fait, la solution qu'elle engendre, tout en étant une issue à un litige, ne constitue pas moins une norme désormais susceptible de s'appliquer à toute situation analogue ; d'où le pouvoir normatif de la jurisprudence (34). D'ailleurs, c'est à l'occasion de cas tout à fait anodins que des principes généraux du droit ont vu le jour pour s'ériger en normes jurisprudentielles. Ainsi en fut-il, notamment du principe des droits de la défense (35), du principe de l'autorité de la chose jugée (36) du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs (37), du principe

(33) Article 2 du Code de procédure civile « *Le tribunal ne peut se dispenser de juger ou de rendre une décision ; toute affaire portée devant une juridiction doit donner lieu à un jugement* ».

(34) M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mélanges G. Scelle, 1950, T. II, p. 613 ; B. Pacteau, La jurisprudence, une chance du droit administratif ? R.A., n° spécial 6, 1999, p. 70.

(35) C.S.A., 9 juillet 1959, *Ahmed Ben Youssef*, R. p. 62.

(36) C.S.A., 9 juillet 1959, *Guerra*, R. p. 58.

(37) C.S.A., 28 mai 1959, *Mohammed Darchérif*, R. p. 50.

selon lequel tout acte administratif est susceptible de recours pour excès de pouvoir (38). Comme c'est à propos de cas d'espèce que des revirements ont été effectués. Ainsi en fut-il, par exemple, du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de mutation des fonctionnaires (39) ou en matière de sanction disciplinaire (40). Il y a donc une nécessité impérieuse pour le juge de ne formuler le dispositif de sa décision que sur la base d'une motivation bien articulée afin que la norme qu'il introduit dans le droit positif soit comprise aussi bien par les spécialistes de la discipline que par le commun des justiciables.

Naturellement, cette nécessité se fait plus grande lorsqu'une juridiction estime devoir apporter une modification à une jurisprudence constante compte tenu des spécificités du cas qui lui est soumis ; surtout lorsqu'il s'agit de remettre en cause un principe édicté par une juridiction supérieure. A cet égard, il y a quelque gêne à relever qu'un tribunal rende un jugement (41) comme si la Cour suprême n'avait jamais dit mot sur la question, alors que dans la jurisprudence de la haute juridiction il y a un arrêt de principe en la matière (42).

Il n'est certainement pas condamnable qu'un tribunal se démarque d'une juridiction supérieure, mais tout juriste est en droit d'attendre qu'il le fasse dans les règles de l'art ; en d'autres termes, en mettant en relief qu'il est bien au courant du vécu jurisprudentiel, et qu'il entend le remettre en cause, mais tout en développant les raisons sur lesquelles il se fonde et celles qui se rattachent au cas qui lui est soumis. Sans quoi, il suivrait une voie qui, au sens propre comme au sens figuré, ignorerait une jurisprudence qu'il est censé connaître comme l'un de ses instruments de travail. C'est une condition incontournable de tout progrès dans quelque domaine que ce soit et de toute évolution emprunte de cohérence et de logique !

Août 2009

(38) C.S.A., 18 février 1963, *William Wall*, R. p. 126.

(39) C.S.A., 18 mars 1994, *Kasri*, REMALD n° 9, 1994, p. 67. Dans l'arrêt du 30 juillet 1998, *Agent judiciaire du Royaume c/ Zahra Mouhtaraf*, REMALD n° 37, 2001, rubrique en langue française, p. 167, la Cour suprême avait non seulement admis le contrôle en matière de mutation, mais également le sursis à exécution, ce qui constitue un progrès spectaculaire au regard de la jurisprudence antérieure. A ce sujet, voir M.A. Benabdallah, Le sursis à exécution en matière de mutation des fonctionnaires, REMALD n° 37, 2001, p. 163.

(40) C.S.A., 9 novembre 1995, *Ajdah*, REMALD n° 20-21, 1997, p. 106, rubrique en langue arabe, note Antari.

(41) T.A., Marrakech, 19 juin 2002, *Benouakrim*, REMALD n° 47, 2002, rubrique en langue française, p. 117 ; voir la note M.A. Benabdallah, D'une réparation de voie de fait ignorant un arrêt de la Cour suprême, REMALD n° 47, 2002, p. 111.

(42) C.S.A., 19 septembre 1996, *Inous*, REMALD n° 22, 1998, rubrique en langue française, p. 125 ; voir la note M.A. Benabdallah, L'inapplication des articles 79 et 80 du D.O.C. en matière de voie de fait, REMALD n° 22, 1998, p. 117.