

---

## Note de jurisprudence

---

### SUR L'ACTE DE GOUVERNEMENT DANS LA JURISPRUDENCE MAROCAINE

Note sous T.A., Rabat, 2 mars 2022, *El Kissi*

**Mohammed Amine BENABDALLAH**

*Professeur de droit public*

Dans ce jugement qui enrichit la doctrine du droit administratif, la question soulevée ne manque pas d'intérêt juridique. La défaillance à une obligation constitutionnelle peut-elle justifier réparation? *A priori*, on pourrait pencher vers l'affirmative, en soutenant que tant que la Constitution impose une obligation au gouvernement c'est qu'il se doit de la considérer non seulement comme une indication ou une simple orientation mais comme une prescription dont il doit s'acquitter sous peine de faillir à son devoir. Si, au plan politique, la réponse ne permet aucun doute, du point de vue juridique, tel que cela ressort du jugement qui nous retient, la responsabilité du gouvernement ne peut pas être engagée. Néanmoins, et c'est l'objet de la présente note, l'absence de cette responsabilité se fonde, nous semble-t-il, non point sur la théorie de l'acte de gouvernement qui, disons-le, n'a aucune racine juridique en droit marocain – et que même dans son pays d'origine elle n'a plus l'assise qui, à l'origine, l'avait justifiée – mais sur le fait que certains actes du ressort du gouvernement, en application des mécanismes qui commandent le contentieux administratif, ne relèvent pas du contrôle juridictionnel.

Comment se présente la question?

Ayant fait l'objet d'une décision de la Cour d'appel sur le fondement d'un article de loi qu'il estime inconstitutionnel, le requérant soutient qu'il aurait pu soulever l'exception d'inconstitutionnalité pour défendre ses droits si cette procédure avait été mise en place. Il considère que puisque l'article 86 de la Constitution a disposé que « *les projets de lois organiques prévues par la présente Constitution doivent avoir été soumis pour approbation au Parlement dans un délai n'excédant pas la durée de la première législature suivant la promulgation de ladite Constitution* », le constituant a entendu exhorter le législateur à édicter ces lois dans un délai raisonnable. Il ajoute que le projet

de loi relative à l'exception d'inconstitutionnalité avait été déposé à la Chambre des représentants lors de la première législature suivant la promulgation de la Constitution de 2011, et qu'après son approbation par les deux chambres du parlement il avait été soumis à la Cour constitutionnelle qui l'avait rejeté par décision du 18 mars 2018. Il ajoute aussi que jusqu'à ce jour plus aucun projet ne fut à nouveau soumis au parlement bien que le texte revu à la lumière de la décision de la Cour constitutionnelle ait été délibéré en conseil des ministres du 4 juin 2019. Il considère alors qu'il a subi un préjudice du fait que si le gouvernement avait présenté le nouveau projet de loi organique, celui-ci aurait suivi son cours pour lui permettre de bénéficier de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité. C'est sur cette base qu'il demande au tribunal de déclarer l'illégalité de l'abstention du gouvernement qui constitue un acte administratif négatif faisant grief et sa condamnation à la réparation du préjudice moral qu'il a subi.

Au-delà de cette espèce qui ne manque pas d'intérêt, on se propose de réfléchir à la question suivante : lorsque, pour quelque raison que ce soit, le gouvernement s'abstient de prendre l'initiative de mettre en application une disposition constitutionnelle, est-ce que cela constitue un acte administratif négatif susceptible d'entraîner réparation ? Mais, auparavant, il conviendrait de s'interroger si chaque fois que la juridiction considère qu'un acte ne peut faire l'objet d'un recours juridictionnel, doit-on en parler comme acte de gouvernement ?

\*

\*   \*

A propos d'un jugement du Tribunal administratif de Rabat du 8 mars 2001, *Belouad*, (L'inutilité de la théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence marocaine, REMALD, 2001, n° 41, p. 133 et suiv.), nous avons traité de la question en essayant d'expliquer que la théorie de l'acte de gouvernement, née, pour des raisons purement de politique jurisprudentielle, à l'initiative du Conseil d'Etat français, a subi une évolution telle qu'elle recèle de nos jours une signification toute différente de celle qu'elle avait à l'origine.

Voyons la définition et le contenu initial de l'acte de gouvernement !

A l'origine, c'est un acte qui émane d'une autorité administrative, pris dans le domaine administratif, mais qui pour des raisons conjoncturelles, d'opportunité politique, a été considéré comme échappant à tout contrôle juridictionnel. C'est donc à partir de ce qui ressort de l'arrêt de naissance et de baptême de la théorie, située dans son contexte historique, que l'on peut bien comprendre comment cette théorie a été imaginée et comment, au fil du temps, elle a recélé un contenu loin en fidélité à ce que lui attribuaient ses pères fondateurs.

Sous la Restauration, donc après le règne de Napoléon Bonaparte, le Conseil d'Etat fut saisi du recours d'un banquier du nom de Laffitte (C.E., 1<sup>er</sup> mai 1822, *Laffitte*, Rec.

1821-1825, 202) réclamant le paiement d'arrérages d'une rente que lui avait cédé un membre de la famille de l'empereur et que le gouvernement lui refusait. Naturellement, en ce moment-là, la prononciation même de ce nom pour s'en prévaloir au sein d'une juridiction était inconcevable. Comment alors imaginer un juge prononcer au lendemain d'une époque révolue une décision consacrant un droit, sans doute au nom de la continuité de l'Etat, mais dont l'effet se serait heurté à l'ire et au refus pur et simple du gouvernement en place ? Il fallait alors à tout prix se débarrasser de cette affaire par une astuce juridique qui permette d'habiller l'incompétence de la juridiction sans qu'elle ne bascule dans le déni de justice. Car, au fond, si, par exemple, la réclamation de Laffitte avait eu lieu sous l'empire d'un même régime ou même sous celui qui lui aurait succédé sans qu'il n'ait eu une fin reléguant tout un pan de son œuvre aux archives de l'histoire, elle aurait eu gain de cause ! Une rente, même à l'origine irrégulière mais n'ayant pas été juridiquement contestée dans les délais, ne perd son effet que si les conditions précisées lors de son édicition font défaut. C'est dans ce sens que, pensons-nous, le Conseil d'Etat aurait statué. Mais, justement, l'Empire instauré par Napoléon était révolu au bénéfice de la Restauration. Que pouvait faire le Conseil d'Etat ? Donner raison au requérant tout en sachant que sa décision ne serait pas bien accueillie ? Le débouter par une justification juridique en avançant qu'il ne pouvait plus prétendre à une rente octroyée à une époque d'un passé révolu ? Les deux voies étaient aussi douteuses que périlleuses, et c'est ainsi que fut imaginée la théorie de l'acte de gouvernement. Une théorie fondée sur le mobile politique consistant à soutenir, sans le dire clairement, qu'en refusant le paiement des arrérages d'une rente cédée à une époque désormais bannie, le gouvernement a pris un acte qui, en application du droit, était juridiquement condamnable, mais qui, pour des raisons politiques, dont il revient au seul gouvernement d'en juger, se situait au-dessus de toute contestation juridictionnelle. Ainsi naquit l'acte de gouvernement !

Sous le second Empire, le même Conseil d'Etat (C.E., 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Levy*, Rec. 472, Sirey 1867-2-124, concl. Aucoc, note Choppin), sur un recours aux fins d'annulation du refus de restitution des exemplaires saisis d'un ouvrage sous le règne de Napoléon III, avait considéré la saisie de l'ouvrage en question comme un acte politique insusceptible de recours juridictionnel. Avait-il une autre voie à suivre que celle-ci, si ce n'était celle de rendre un arrêt qui ne serait jamais exécuté ? Ainsi fut confirmée et renforcée la notion d'acte de gouvernement !

\*

\*   \*

Ces deux arrêts avaient été rendus sous l'ère de la justice retenue qui, comme on le sait, s'était étendue de 1806 jusqu'à la promulgation de la loi du 24 mai 1872 instituant la justice déléguée accordant au Conseil d'Etat la pleine souveraineté pour se prononcer en premier et dernier ressort dans le recours en annulation et en appel dans le recours de

pleine juridiction. Le fait est que, pourvu de telles attributions, le Conseil d'Etat devînt une juridiction au sens plein du terme au point de revenir sur plusieurs positions d'antan dont celle relative à la théorie de l'acte de gouvernement. Ce fut l'époque où le Conseil d'Etat avait agrandi la sphère de sa compétence et rendu des arrêts de grande portée juridique.

Trois ans après sa réforme, par l'arrêt du 19 février 1875, *Prince Napoléon* (Rec. 155, et Dalloz 1875-3-18, concl. David), il rendit une décision de principe qui modifia de fond en comble le contenu de la théorie de l'acte de gouvernement.

Au lendemain de la chute du second Empire fut publié un annuaire militaire faisant fi du nom du prince Napoléon-Joseph Bonaparte qui, en 1853, avait été nommé général de division par Napoléon III dont le règne avait pris fin en 1870. En réponse à sa demande de rectifier cette omission, le ministre de la guerre lui répondit que sa nomination irrégulière au regard des textes était frappée de caducité avec la chute du régime. Il déféra ce refus devant le Conseil d'Etat qui, contrairement à ce qu'il faisait face à un tel litige en invoquant la théorie de l'acte de gouvernement, se considéra compétent pour en connaître et examina l'affaire quant au fond. Ce fut un abandon du critère politique, base de la création de l'acte de gouvernement, ce qui vida la théorie de sa vocation d'origine. Cependant, elle demeura en vie !

En effet, même avec l'abandon du critère politique, ceci n'a pas suffi à la supprimer en tant que catégorie juridique ; elle persista malgré tout mais avec un contenu nouveau. Un contenu regroupant des actes que l'on qualifia d'actes de gouvernement et qui n'auraient jamais été qualifiés de tels si dans le passé la théorie n'avait pas été inventée pour soustraire au contrôle du juge des actes dont celui-ci, pour raison politique, ne voulait pas connaître. S'agit-il alors d'actes répondant au critère politique que le Conseil d'Etat avait trouvé comme appui pour en justifier l'existence ?

\*

\*   \*

Devenue une espèce de coquille vide de par l'abandon du critère politique, la théorie demeura ainsi sans âme. Néanmoins, comme pour ne point la délaisser sans contenu, alors que l'on aurait pu tout simplement ne plus y penser en relevant que dépourvue de ce qui l'avait justifiée lors de son éclosion, elle n'avait plus raison d'être, on y inséra tous les actes émanant de l'exécutif dans ses relations avec le pouvoir législatif ou dans ses rapports au plan international. En fait, on commença à y désigner tout acte administratif insusceptible de recours devant les tribunaux ; l'un des plus grands maîtres du droit administratif, le Président Odent, déclarait « *Il n'y a pas de définition des actes de gouvernement, on ne peut que les énumérer et chaque énumération se ressent du tempérament de celui qui la fait* » (Contentieux administratif, Paris, Cours 1961-1962, p. 149).

Au demeurant, peut-on dire que ces actes-là répondent à la définition de l'acte de gouvernement au sens d'acte pris par l'administration réunissant tous les critères de l'acte administratif unilatéral mais dont le juge refuse de connaître de crainte d'émettre une décision qui mécontenterait le pouvoir politique, voire l'acculerait à l'ignorer sans lui donner suite? Nous aurions peine à l'affirmer, car il suffit de penser aux deux arrêts de principe, à savoir l'arrêt *Laffitte* rendu en 1822, sous la restauration après la chute de Napoléon Bonaparte concernant une rente accordée sous son règne, et l'arrêt *Duc d'Aumale et Michel Levy*, rendu en 1867 sous Napoléon III concernant la saisie des exemplaires d'un ouvrage sur laquelle le Conseil d'Etat a refusé de se prononcer, vraisemblablement pour ne pas avoir à l'annuler. De ce fait, nous inclinons à penser que les actes de l'exécutif relatifs à ses rapports avec le parlement ou dans ses rapports avec un Etat étranger ou un organisme international, tout en étant des actes politiques, ne relèvent pas de la catégorie des actes de gouvernement issus de la jurisprudence *Laffitte et Duc d'Aumale et Michel Levy*. Ce sont certes des actes sans conteste d'ordre politique par excellence mais pas des actes de gouvernement au sens premier qui fut le leur. Des actes administratifs aux effets juridiques dont le juge ne veut pas connaître.

\*

\*   \*

Dans la jurisprudence marocaine, l'acte de gouvernement a eu une évolution toute différente. Sans passer par le mobile politique similaire à celui des arrêts *Laffitte et Duc d'Aumale et Michel Levy*, la notion est apparue à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 21 janvier 1928, *Coup de canons des Oudayas*, dans lequel, voulant écarter la responsabilité pour faute, pour le bris des vitres provoqués par le tir quotidien d'un coup de canon annonçant l'heure de midi dans le quartier des Oudayas à Rabat, la Cour a accordé réparation sur la base du risque anormal pour voisinage en précisant que l'acte incriminé constituait «*un acte de puissance publique qui ne saurait être soumis à la censure des tribunaux*». En somme, la formule employée par le Conseil d'Etat pour désigner l'acte de gouvernement. Critiqué en son temps par R. Monier (*Le contentieux administratif au Maroc*, 1935, p. 94 et 95) qui considérait qu'il ne s'agissait pas d'un acte de gouvernement du fait que, même en l'avançant, la Cour avait admis le principe de la réparation, cet arrêt avait comme ouvert la brèche pour laisser s'infiltrer la théorie dans le subconscient de notre jurisprudence pour être adoptée plus tard dans la qualification d'actes qui, tout en émanant de l'exécutif, ne répondent pas à la définition de l'acte administratif unilatéral. Ceci dit, jamais, à notre connaissance, la Cour suprême n'eut à déclarer son incompétence en admettant qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement. Bien au contraire, dans deux arrêts (C.S.A., 30 avril 1959, *Fédération nationale des syndicats des transporteurs routiers du Maroc*, R. p. 47 et C.S.A., 21 novembre 1969, *Société agricole Mikja*, Les arrêts de la Cour suprême, 1966-1970, Secrétariat d'Etat aux affaires administratives,

1983, p. 208, en langue arabe), elle eut à rejeter qu'il s'agissait d'actes de gouvernement. Cependant, sans doute n'a-t-elle jamais adopté la notion sur la base du mobile politique, mais, en en parlant, même pour l'écarter, elle n'a pas moins admis son existence, laissant entendre que la notion en tant que telle pouvait être invoquée dans une jurisprudence prochaine. C'est à partir de là, pensons-nous, que, plus tard, des tribunaux administratifs ont qualifié d'actes de gouvernement des actes de l'exécutif dans ses relations avec un Etat étranger (M.A. Benabdallah, L'inutilité de la théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence marocaine, note sous T.A., Rabat, 8 mars 2001, *Belouad*, REMALD, 2001, n° 41, p. 133 et suiv.), et, comme dans le cas qui nous retient, avec le parlement.

\*

\*   \*

Revenons-en à présent au jugement T.A., Rabat, 2 mars 2022, *El Kissi*, qui nous retient, pour voir s'il constitue un acte de gouvernement ou un acte qui échappe au contrôle juridictionnel pour des considérations absolument différentes de celles qui avaient inspiré et justifié l'existence même de la notion.

Nous pensons qu'il faudrait partir de l'idée que l'acte administratif susceptible de recours juridictionnel et l'acte de gouvernement, au sens rappelé, issu de la jurisprudence *Laffitte* et *Duc d'Aumale et Michel Levy*, se distinguent par l'objet. Tandis que le premier a pour vocation de modifier une situation juridique déterminée d'un ou plusieurs administrés, le second a le même objet sauf que le juge considère ses effets comme échappant à son contrôle au regard de leur caractère politique. Si l'on retient ce critère de l'effet juridique contrôlable et de l'effet juridique dont le juge ne veut pas connaître, on aura du mal à admettre que l'on qualifie d'actes de gouvernement des actes pris dans les relations avec le parlement ou avec un Etat ou un organisme étranger. Ce sont des actes qui par leur nature ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, pas plus qu'ils peuvent donner lieu à réparation. On est même enclin à dire que si dans l'histoire, il n'y avait jamais eu de jurisprudence *Laffitte* et *Duc d'Aumale et Michel Levy*, la notion d'acte de gouvernement n'aurait jamais vu le jour. On aurait certainement inventé une autre notion pour qualifier la catégorie d'actes émanant de l'exécutif mais non contrôlables par le juge. Des actes qui par leur nature et non seulement leurs effets ne sont pas des actes administratifs au sens classique. Et, justement, dans cette catégorie, entrent les actes de l'exécutif dans ses rapports avec le parlement, un Etat ou un organisme étranger.

Ces actes, sont-ils des actes de gouvernement ?

Par référence au mobile politique prévalant à l'origine de la naissance de la théorie, nous ne le pensons pas ; mais par rapport aux actes qu'on lui a adjoint et que l'on aurait autrement nommés, il y a lieu de rappeler que ce ne sont pas des actes qui répondent au même critère. Alors que, à l'origine, l'acte de gouvernement est un acte administratif,

modifiant une situation juridique, mais dont le juge s'abstient de connaître pour raison politique, les actes de l'exécutif dans ses rapports avec le parlement ou dans le domaine des relations internationales ou diplomatiques sont incontestablement des actes politiques mais non des actes administratifs.

Dans le cas qui nous retient, au sens de l'article 8 de la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs, il ne s'agit pas d'un acte ou activité d'une personne publique ayant causé un dommage ouvrant une action en réparation, mais d'un acte du pouvoir exécutif dans ses relations avec le parlement, un acte politique par excellence.

Là est toute la question ! Peut-on considérer le gouvernement juridictionnellement responsable du fait de n'avoir pas initié la procédure qui s'impose pour l'édiction d'une loi prévue pour la mise en application d'un droit constitutionnel ? Si oui, on peut tout aussi bien le tenir pour juridictionnellement responsable de l'avoir initiée en causant un préjudice aux administrés ! On ne peut accepter l'un sans l'autre ! Il va de soi que la responsabilité ne peut être que politique ; elle s'exprime, *a posteriori*, lors des élections législatives dont se dégage la majorité pour la constitution du gouvernement. Le retard dans la réalisation d'une réforme promise ou dans l'édiction d'un texte annoncé ou même dans la mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle ne peut entraîner la responsabilité que sur le plan politique dont la sanction ne peut avoir lieu que par l'expression des voix lors de la participation aux élections. Au plan juridictionnel, la responsabilité a besoin d'une base légale, voire constitutionnelle, ce qui n'est pas le cas ! Parler donc d'acte de gouvernement pour soustraire un acte du pouvoir exécutif dans ses relations avec le parlement ou un Etat ou organisme étranger ou son abstention de le prendre du contrôle juridictionnel ne nous semble pas conforme à la signification première de la notion telle qu'elle fut conçue pour des raisons purement politiques dans son pays natal. Une notion qui n'a aucune racine dans la jurisprudence du droit administratif marocain.

\*

\*   \*

### **T.A., Rabat, 2 mars 2022, *El Kissi***

*Considérant que la requête a pour objet la reconnaissance de l'illégalité du comportement de l'Etat marocain – Ministère de la Justice – de n'avoir pas déposé au bureau de la chambre des représentants le projet de loi organique n° 86-15 relatif aux conditions et procédures de l'exception d'inconstitutionnalité après sa mise en conformité avec la décision de la Cour constitutionnelle n° 70-18, et sa condamnation pour responsabilité en faveur du requérant à une indemnité pour préjudice moral à un montant d'un dirham suite au retard de soumettre le projet de loi organique à la procédure législative dans le délai raisonnable aux fins de son approbation conformément à la Constitution ;*

*Et, considérant que le requérant a fondé sa demande sur le fait qu'il a subi un préjudice suite à la non soumission du projet de loi organique au processus législatif après sa mise en conformité avec la décision de la Cour constitutionnelle, que cela est fondé sur un acte négatif dont a résulté l'arrêt et la perturbation de la procédure législative, et que cela donne lieu à réparation ;*

*Et, considérant que l'acte administratif négatif d'après la doctrine et la jurisprudence constante n'a lieu que lorsque l'administration s'abstient de prendre une mesure qu'elle est obligée de prendre d'après la loi, et que, par conséquent, lorsque l'édiction de l'acte n'est pas obligatoire conformément à la loi, son abstention de le prendre ne constitue pas un acte administratif négatif ;*

*Et, considérant que la seule obligation qui pèse sur le gouvernement, prévue à l'article 86 de la Constitution de 2011 concerne la soumission des lois organiques prévues dans la Constitution pour approbation par le parlement dans un délai n'excédant pas la première législature suivant la promulgation de la Constitution ;*

*Et, considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le gouvernement, à travers le ministère de la justice, a déposé, dans le cadre de l'article 86 de la Constitution, le projet de loi organique n° 86-15 au bureau de la chambre des représentants dans le délai de la première législature, et que, après délibération, le 14 février 2018, la loi a été soumise à la Cour constitutionnelle qui, le 18 mars 2018, par décision n° 70-18 a déclaré inconstitutionnelle un ensemble de ses dispositions, ce qui s'est opposé à sa promulgation ; et qu'il n'existe aucun texte juridique qui oblige le gouvernement à déposer un projet de loi organique au bureau de la chambre des représentants dans un délai déterminé après une décision de la Cour constitutionnelle ;*

*Et, considérant que le dépôt du projet de loi organique n° 86-15 au bureau de la chambre des représentants a eu lieu le 16 février 2022, et que, le 18 février 2022, il a été soumis à la commission de la justice, de la législation et des droits de l'homme, il ne peut être attribué aucune faute au gouvernement entraînant indemnités tant que sa responsabilité est fondamentalement politique et qu'elle est soumise à un contrôle du parlement dans le cadre des priorités du plan législatif au titre de la législature, selon ses obligations dans la déclaration présentée par le chef du gouvernement, sachant que les actes du gouvernement relatifs à ses relations avec le parlement débordent le cadre du contrôle juridictionnel qu'exerce la justice administrative du fait qu'ils sont de nature politique plus qu'administrative auquel on attribue la qualité d'acte de gouvernement ou acte politique, ce qui implique que les conditions de la responsabilité de l'Etat ne sont pas réunies en l'espèce et le rejet de la demande comme non fondée sur une base juridique valable.*