

## **L'inutilité de la théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence marocaine (\*)**

**Note sous T.A. Rabat, 8 mars 2001, *Belouad***

**Mohammed Amine BENABDALLAH**  
*Professeur à l'Université Mohammed V*  
*Rabat-Souissi*

A la suite de l'ouverture d'un bureau de liaison israélien au Maroc, le requérant intente un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Rabat ; il demande l'annulation de la décision d'autorisation émise par l'Etat marocain en avançant que le peuple marocain refuse toute relation commerciale, économique ou politique avec Israël. Le recours est rejeté au motif que la décision en question est un acte de gouvernement.

Le jugement rendu le 8 mars de cette année par le Tribunal administratif de Rabat ressuscite alors une théorie que l'on était sur le point d'oublier. N'ayant eu que très rarement l'occasion d'être évoquée, la théorie des actes de gouvernement a, en effet, subi une espèce d'éclipse susceptible de multiples interprétations. Bien que reconnue, la théorie n'a jamais eu l'occasion d'exister dans le concret. Elle constituait une notion juridique dans la mesure où le juge y avait déjà fait allusion, mais en fait, elle n'avait aucune existence réelle étant donné que jamais il n'avait relevé que tel acte était un acte de gouvernement. Chaque fois qu'elle était évoquée, elle ne l'était qu'*a contrario*.

Pour la première fois donc, à notre connaissance, dans la jurisprudence marocaine, ce n'est plus le cas. Dans le jugement qui nous retient, le juge y a recouru, non point pour dire, selon la formule en usage que l'acte dont il est question *n'est pas au nombre de ceux qui, en raison des autorités qu'ils mettent en cause, échappent à toute procédure juridictionnelle*, donc insusceptibles de recours, mais plutôt pour écarter l'action du requérant en reconnaissant que dans le cas d'espèce, c'est bien de l'acte de gouvernement qu'il s'agit. Sans s'attarder sur les faits, on se propose d'exposer que le juge marocain qui, à notre sens, s'est inutilement orienté dans la voie de la jurisprudence française a désormais ouvert la liste des actes de gouvernement alors que dans le passé il se contentait d'en mentionner l'existence sur la base du critère révolu du mobile politique. C'est ce que l'on peut relever à travers l'apparition de la notion dans la jurisprudence marocaine à la lumière de son évolution en droit français.

\*

\*        \*

Au moment où, pour la première fois, le juge marocain avait mentionné l'acte de gouvernement dans un arrêt de la Cour d'appel de Rabat du 21 janvier 1928, *Arts marocains contre ville de Rabat* <sup>(1)</sup>, dit "*coups de canon des Oudayas*", la notion avait déjà parcouru dans la jurisprudence française un trajet au terme duquel elle existait

---

\* REMALD n° 41, 2001, p. 133 et suiv.

<sup>1</sup> C.A., Rabat, 21 janvier 1928, *Arts marocains contre ville de Rabat*, R.A.C.A.R., p. 330.

toujours mais sans plus être ce qu'elle fut pour la première fois. Pourquoi est-elle venue au monde et dans quel cadre le juge marocain a mentionné son existence ?

Voulant restreindre sa compétence vis à vis de certains actes de l'Exécutif dont il ne voulait pas connaître, le Conseil d'Etat inaugura une jurisprudence nouvelle et, du reste, conjoncturelle en invoquant le mobile politique. Après l'époque napoléonienne, sous la Restauration, le banquier Laffite saisit le Conseil d'Etat du refus de l'administration de lui verser la somme des arriérés d'une rente que lui avait cédée la princesse Borghèse, une parente de l'Empereur déchu. Embarrassé, le Conseil d'Etat qui au fond pouvait lui donner raison en se fondant sur la continuité de l'Etat et le respect de ses engagements, sursit à statuer au motif que la requête " *tenait à une question politique dont la décision appartenait au gouvernement* " <sup>(2)</sup>. De cette manière, il évita tout conflit avec une administration qui pouvait fort bien faire fi d'une décision annulant son refus et implicitement lui ordonnant le paiement d'arrérages d'une rente datant d'une époque révolue. Bien plus tard, sous le Second Empire, il eut à se fonder sur la même théorie du mobile politique en considérant que la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale et le refus de le restituer comme des actes politiques qui n'étaient pas de nature à lui être déférés par la voie contentieuse <sup>(3)</sup>.

En fait, cette position du Conseil d'Etat n'était pas anormale ou anachronique tant il est vrai que le contrôle de l'ensemble des actes de l'administration ne s'est pas imposé du jour au lendemain et que le juge se devait, selon la formule du doyen Hauriou, de faire la part du feu en évitant de heurter de front l'administration d'un régime qui naturellement entendait faire table rase de l'ancien.

Ce ne fut alors que sous la Troisième République que la jurisprudence française abandonna la théorie de l'acte de gouvernement dans sa forme initiale en admettant que le critère du mobile politique ne saurait exclure le recours contre un acte administratif <sup>(4)</sup>.

Néanmoins, la théorie de l'acte de gouvernement n'avait pas disparu pour autant. L'élimination du critère politique n'avait pas donné lieu à son remplacement. En d'autres termes, le juge avait inventé une théorie, puis, l'ayant vidé de sa substance, – le mobile politique – s'est trouvé comme contraint de la conserver en lui donnant un autre fondement. La notion devint définie non plus par ses éléments constitutifs, mais à partir de son régime juridique qui se traduit par l'immunité juridictionnelle. Ce n'est pas le lieu de faire état de toute la littérature sur la question <sup>(5)</sup>, encore que ce ne serait pas d'une très grande utilité, mais on retiendra qu'avec l'arrêt *Prince Napoléon*, l'acte de gouvernement fondé sur des motifs politiques avait totalement disparu de la jurisprudence. Mais, si sous sa forme primitive, il devint *introuvable* <sup>(6)</sup>, il continua à exister après une mue qui le transforma tellement et si habilement qu'il épousa une forme nouvelle sans relation aucune avec la première. Dans la caverne juridique de la jurisprudence, il demeurait un coffre portant l'étiquette d'acte de gouvernement mais

---

<sup>2</sup> C.E. 1<sup>er</sup> mai 1822, *Laffite*, Lebon, p. 371

<sup>3</sup> C.E. 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, Lebon, p. 472, concl. Aucoc ; S. 1867 – 2 – 124 , note Choppin.

<sup>4</sup> C.E. 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Lebon, p. 155, GAJA, n° 3 ; T.C. 5 novembre 1880, *Marguigny*, D. 1880 – 3 – 121.

<sup>5</sup> Pour une étude complète qui retrace clairement toute l'évolution de la théorie en présentant les positions des auteurs les plus influents de la doctrine française, voir, P-H. Chalvidan, *Doctrine et acte de gouvernement*, A.J.D.A., 1982, p. 4 et suiv.

<sup>6</sup> M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, R.D.P., 1952, p. 317.

dans lequel ne figurait, faute de critère, plus aucun modèle. Pour conserver la théorie, il fallait donc lui donner un contenu et une signification.

On se résolut à opter pour un système de liste ouverte à remplir au fur et à mesure selon les vues de la jurisprudence et à considérer comme acte de gouvernement tout acte considéré comme tel par le juge. Loin de toute fantaisie dans son élaboration, le juge administratif désigna sous le générique d'acte de gouvernement les actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le parlement et ceux qui ont trait aux relations de la France avec les Etats étrangers et les organismes internationaux. Autrement dit, des actes relatifs aux pouvoirs publics dans les relations qu'ils entretiennent sur la base de la Constitution et des actes qui concernent un Etat ou un organisme étranger. Ce ne sont plus les actes d'antan qui étaient pris par l'administration et qui modifiaient la situation juridique d'un administré. En somme ce ne sont plus des actes administratifs au sens précis du terme. Sans doute, au plan organique émanent-ils de l'administration – l'Exécutif – mais au plan matériel retenu en droit administratif, ils ne remplissent pas toutes les conditions pour suivre le régime juridique qui les soumet au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. L'une des conditions essentielles de ce contrôle réside dans le grief causé au requérant, c'est-à-dire la modification de sa situation juridique par le fait de l'acte. Or, on n'inventera absolument rien en remarquant qu'un acte émanant de l'Exécutif à l'adresse du parlement ou à l'adresse d'un Etat ou un organisme étranger, même déplaisant à un requérant ne saurait être comparable à l'acte administratif qui le concerne directement ou indirectement en modifiant sa situation juridique. Il y a eu donc une sorte de définition conventionnelle de l'acte de gouvernement. Après avoir été un acte administratif pris à l'égard d'un administré mais sur la base d'un mobile politique qui, pour des raisons aujourd'hui révolues, le soustrayait au contrôle juridictionnel, il devint un acte pris dans le cadre des relations des pouvoirs publics ou dans le cadre des relations internationales. De ce fait, on est enclin à observer qu'un tel acte n'est pas exclu du contentieux juridictionnel parce qu'il concerne de telles relations, mais il en est exclu parce qu'il ne concerne pas directement les administrés. Ce qui lui fait défaut, c'est son destinataire : l'administré susceptible de se transformer en requérant. Faute de combattant, il n'y a pas de combat ! Mais, conventionnellement, l'acte de gouvernement existe toujours ! Avec cette précision. Alors que dans le passé c'était un acte qui, par le jeu des règles juridiques en vigueur (émanant d'une autorité administrative, faisant grief, créant un intérêt pour agir... etc.) était normalement susceptible de recours devant le juge, mais lui était soustrait du fait de son mobile politique, il est devenu un acte qui, de par sa nature, seulement parce qu'il concerne les pouvoirs publics ou un Etat étranger, est exclu de tout recours contentieux.

C'est à ce stade de l'évolution de la notion que le juge marocain commença à faire allusion à l'acte de gouvernement.

\*

\* \* \*

Le premier arrêt est celui déjà cité dit des *coups de canons des Oudayas* dont les faits s'énoncent comme suit : Quotidiennement un coup de canon annonçait midi dans le quartier des Oudayas. Cependant il avait le préjudiciable effet d'occasionner le bris des vitres des immeubles des environs dont les habitants formèrent un recours en indemnités. La Cour d'appel de Rabat leur accorda une réparation, seulement non pas

sur la base de la responsabilité pour faute, ce qui aurait eu pour conséquence de condamner la pratique du tir du coup de canon tous les midis, mais sur celle du risque anormal pour voisinage, en précisant que l'acte incriminé constituait en lui-même, " *un acte de puissance publique qui ne saurait être soumis à la censure des juges* ". C'était là la formule employée par la jurisprudence française pour désigner l'acte de gouvernement. C'était également là un usage de la notion par référence au mobile politique déjà abandonné depuis 1875 par le Conseil d'Etat français. Est-ce à dire que le juge marocain de 1928 voulait faire vivre à la notion les mêmes péripéties que celles qu'elle avait eues dans son pays d'origine ? On est tenté d'être affirmatif car il n'est pas exclu que les juges de l'époque aient voulu avantager les autorités du protectorat en leur créant une catégorie juridique d'actes fondés sur le mobile politique, des actes qui ne sauraient donner lieu à aucune réparation, ni à une quelconque déclaration de nullité par la voie de l'exception d'illégalité. Si d'aucuns venaient à refuser cet avis, ce ne fut en tout cas pas la position de l'administration dans deux arrêts de la Cour suprême où il fut question d'actes de gouvernement invoqués sur la base du mobile politique. L'un, fort bien connu de 1959 ; et l'autre, bien moins fort connu, rendu en 1969.

Dans le premier arrêt, celui du 30 avril 1959, *Fédération nationale des syndicats de transporteurs routiers du Maroc* <sup>(7)</sup>, il s'agissait du règlement des différends survenant entre les fédérations de transports par des commissions de conciliation et d'arbitrage instituées par dahir du 19 janvier 1946 modifié par celui du 23 octobre 1958. A la suite d'un litige relatif au salaire des chauffeurs et graisseurs entre les deux fédérations des transporteurs et des travailleurs du transport, le ministre du Travail et des Affaires sociales crut bien faire de trancher le conflit, mais sans égard pour les commissions de conciliation et d'arbitrage prévues par dahir. Dénonçant l'incompétence, la fédération des syndicats intenta un recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre qui demanda à la Cour suprême de prononcer l'irrecevabilité en raison du mobile politique ayant inspiré sa décision en soutenant que cette dernière avait le caractère d'un acte de gouvernement. La Cour suprême écarta cependant le raisonnement de l'administration en reconnaissant toutefois l'existence de la notion d'acte de gouvernement en précisant que la décision n'était " *pas au nombre des actes de la puissance publique qui, en raison des autorités qu'ils mettent en cause, échappent à toute procédure juridictionnelle* ". Ce faisant, elle rejetait, comme elle le fera, de nouveau, en 1969, ainsi qu'on le verra tantôt, le mobile politique invoqué par le ministre et, souvenons-nous, implicitement évoqué dans l'arrêt précité *des coups de canons des Oudayas* du 21 janvier 1928.

Le second arrêt, pratiquement inaperçu jusque-là, est celui du 21 novembre 1969, *Société agricole Mikja* <sup>(8)</sup> où il s'agissait d'un arrêté interministériel du 8 février 1968 édicté par les ministres de l'Agriculture et de la Réforme agraire, des Finances et de l'Intérieur portant sur la récupération des terres agricoles en faveur de l'Etat. Il fit l'objet d'un recours pour excès de pouvoir au motif que le terrain en question n'était pas compris dans le périmètre agricole.

Devant la Cour suprême, l'administration, dans l'espoir de faire rejeter le recours au plan de la forme, soutint, parmi ses moyens de défense, que " *la décision de récupération des terres agricoles en faveur de l'Etat était un acte de gouvernement et*

---

<sup>7</sup> C.S.A.30 avril 1959, *Fédération nationale des syndicats de transporteurs routiers du Maroc*, R. p. 47.

<sup>8</sup> 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.

*qu'il fallait intenter le recours contre l'Etat marocain au nom du Premier ministre et non contre les trois ministres signataires de la décision ”.*

Ce à quoi, la Cour suprême répondit que “ *l'acte dont l'annulation est demandée – par lequel les trois ministres ont désigné le terrain de la société requérante parmi les propriétés récupérées par l'Etat en application du dahir du 26 septembre 1963 – est considéré comme un acte administratif ordinaire qui ne relève pas de la catégorie des actes de gouvernement* ”<sup>(9)</sup>.

Sans doute l'administration voulait-elle écarter la demande d'annulation par le recours au mobile politique en considérant que tout acte administratif désignant les terres à récupérer devait être au-dessus de toute contestation contentieuse. Mais c'était là ouvrir la porte à l'abus et à l'arbitraire car si le juge l'avait suivi dans son raisonnement, il n'aurait pas pu apprécier l'acte quant au fond et remarquer, comme il l'a fait<sup>(10)</sup>, que les terrains désignés ne relevaient pas du périmètre agricole. Dans le cas d'espèce, la théorie de l'acte de gouvernement, si elle avait été retenue, aurait servi de paravent à une administration très peu soucieuse de respecter le dahir fixant ses attributions ; et l'on voit à quel point la notion de mobile politique peut être redoutable voire dangereuse en matière de contrôle juridictionnel. Elle permet de légitimer toute sorte d'illégalités.

Dans les deux arrêts *Fédération nationale des syndicats de transporteurs routiers du Maroc* et *Société agricole Mikja*, on peut remarquer que le juge a rejeté le moyen de défense avancé par l'administration en écartant la notion d'acte de gouvernement sans l'exclure en tant que théorie susceptible de trouver place en droit administratif marocain. Sans la définir expressément, il s'est contenté d'admettre son existence. Mais ne peut-on pas dire qu'en écartant le critère du mobile politique le juge de la Cour suprême l'a définie à moitié en ce sens que, à la lumière de la jurisprudence française, l'acte de gouvernement lorsqu'il est admis comme catégorie juridique et qu'il n'est pas stigmatisé à partir du mobile politique se présente comme un acte qui en raison des autorités qu'il met en cause ne peut faire l'objet d'un recours contentieux ? A voir de près, c'est bien dans ce sens que le Tribunal administratif de Rabat s'est prononcé.

En considérant que la décision d'autoriser la création d'un bureau de liaison avec un pays étranger est un acte de gouvernement, donc un acte insusceptible de tout contrôle juridictionnel, le juge administratif de Rabat a inauguré une jurisprudence qui s'inscrit dans la logique même du contentieux administratif. Il ne suffit pas qu'un acte émane de l'administration pour qu'il puisse être déféré au juge. Pour cela des conditions essentielles sont nécessaires. Sans remettre en cause la fin de non-recevoir opposée à juste titre par le juge qui, finalement a recouru à une notion étrangère, pur produit d'importation, nous pensons que son refus justifié par le recours à la théorie de l'acte de gouvernement, aurait pu, comme déjà évoqué plus haut, s'expliquer tout aussi bien par le jeu normal des règles juridiques qui régissent le contentieux administratif.

\*

\*                    \*

---

<sup>9</sup> *Idem*, p. 209.

<sup>10</sup> *Idem*, *in fine*, p. 210.

Avec l'abandon du mobile politique, l'acte de gouvernement a comme perdu son âme, ce n'est plus la même notion, telle qu'elle a vu le jour ; c'est une notion incarnée. Sans doute, s'agit-il toujours d'acte de gouvernement, mais le contenu concerne désormais, selon la liste élaborée par la jurisprudence française et que le juge marocain a vraisemblablement adoptée avec le jugement *Belouad*, objet de la présente note, toute une série d'actes en relation avec les pouvoirs publics ou un Etat étranger.

On s'accorde aujourd'hui à dire que l'acte de gouvernement comprend les actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec le parlement et dans le domaine des relations internationales et diplomatiques. Il n'est pas dans notre intention d'émettre une quelconque critique à l'égard d'une classification qui a ses raisons d'être dans son pays d'origine où la notion a vu le jour dans le contexte et les circonstances que l'on sait, mais nous estimons que puisque, dans la jurisprudence marocaine, cette même notion n'a jamais eu l'occasion d'être adoptée comme prétexte pour écarter un recours, en ce sens qu'elle n'a pas eu comme critère un mobile politique qui fut abandonné par la suite, nous ne voyons pas pourquoi on l'accueillerait de manière quasi automatique comme si elle était une fatalité du contentieux administratif. A ce propos, on peut se poser une série de questions.

Ne peut-on pas envisager le droit administratif marocain sans cette théorie des actes de gouvernement qui a le fâcheux inconvénient de soustraire tout un pan d'actes administratifs au pouvoir du juge ? Ne peut-on pas, par le recours aux règles du contentieux administratif, expliquer l'abstention du juge qui pourrait avoir lieu non plus en raison de la nature de l'acte, mais en raison du fait que, en application des règles de recevabilité des requêtes, des conditions d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et des conditions de réparation en matière de responsabilité administrative, il ne peut pas se prononcer ?

Pourquoi parler d'acte de gouvernement quand il s'agit, par exemple, d'un décret de clôture d'une session du parlement ou d'une convocation d'une session extraordinaire <sup>(11)</sup> alors qu'il ne s'agit nullement d'acte édicté à l'égard d'un administré ou d'un ensemble d'administrés ? Ne peut-on pas dire plus simplement que c'est un acte qui ne modifie la situation juridique d'aucun administré et qui, par conséquent, ne crée aucun intérêt pour agir ? D'autant plus que le fait générateur de l'intérêt pour agir ne peut se justifier que par le grief, c'est-à-dire l'atteinte portée à l'ordonnement juridique existant et donc à une ou des situations juridiques particulières. Sans cela le recours au juge serait sans fondement. Pourquoi parler d'acte de gouvernement alors que le recours peut être écarté pour absence d'intérêt pour agir ? Quand on parle d'acte de gouvernement, on clôt le débat avant même l'ouverture du dossier en considérant seulement la nature de l'acte, tandis que lorsque l'on parle d'absence d'intérêt pour agir on se situe au niveau de la recevabilité du recours. Ce qui n'est pas pareil.

Dans le même ordre d'idées, on peut remarquer qu'un acte administratif ne peut encourir d'annulation que s'il est en contradiction avec la loi, les principes généraux du droit ou la constitution, ou, encore, disproportionné par rapport aux faits qui l'ont suscité. Or, pour nous en tenir à notre jugement *Belouad* et à la décision du

---

<sup>11</sup> On ne parlera pas de la proclamation de l'Etat d'exception ou du référendum pour la raison simple que cette catégorie de mesures relève de la compétence du roi dont les actes, abstraction faite de la théorie des actes du gouvernement, sont insusceptibles de recours juridictionnel.

gouvernement d'autoriser l'ouverture d'un bureau de liaison d'un pays étranger au Maroc, force est de relever qu'une telle décision ne peut s'apprécier par rapport à aucune norme. Si le juge se permettait de la contrôler par référence, comme suggéré par le requérant, à l'opinion publique, il s'érigerait en contrôleur du gouvernement. A moins bien entendu que dans la constitution ou dans un texte législatif, ce qui est pure fiction, il y ait une interdiction d'établir des relations diplomatiques avec un pays donné. Faute de normes, légales ou constitutionnelles ou découlant des principes généraux du droit, il ne saurait y avoir de contrôle. Le pire, c'est qu'en parlant d'acte de gouvernement, on ferme la porte à toute appréciation du juge quand bien même il y aurait ces normes ou un référentiel découlant des textes ou des principes généraux du droit ; et c'est là que le bât blesse ! Plutôt que de découper la théorie à l'emporte-pièce, ce qui aurait pour conséquence de créer une immunité juridictionnelle générale et absolue dont on peut se passer, ne serait-il pas plus judicieux de raisonner au cas par cas en considérant que si certains actes ne peuvent être ni annulés, ni donner lieu à réparation, c'est bien en raison des règles qui commandent le contentieux administratif et non parce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant le juge ?

\*

\* \*

Pour conclure rappelons qu'il ne faut pas perdre de vue que, en droit marocain, la théorie de l'acte de gouvernement n'a vu le jour que de manière incidente. Sans l'influence de la jurisprudence française, elle n'aurait certainement jamais eu droit de cité. Mieux encore, il ne serait pas faux de dire que si en France il n'y avait jamais eu d'acte de gouvernement fondé sur le mobile politique ( les arrêts *Laffitte* et *duc d'Aumale* ), critère qui fut abandonné en 1875 ( l'arrêt *Prince Napoléon* ), la théorie n'aurait jamais vu le jour et les actes concernant les rapports avec le parlement ou pris dans le domaine des relations internationales et diplomatiques ne seraient pas moins soustraits au contrôle juridictionnel sans recours à la théorie en question, mais seulement en application du jeu normal des règles usuelles du contentieux administratif. Au Maroc, l'acte de gouvernement est beaucoup plus un produit d'importation qu'une théorie qui a pris naissance de façon naturelle pour arriver plus tard à un certain stade de son évolution. En y recourant, le juge a créé une catégorie juridique autonome, à notre sens inutile, qui ne se justifie ni par référence à l'évolution de la jurisprudence marocaine, ni par référence à cette tendance nouvelle que l'on retrouve avec bonheur dans les pays épris de justice et qui veut qu'il ait de moins en moins d'actes soustraits à l'appréciation du juge.

\*

\* \*

**T.A. Rabat, 8 mars 2001, *Belouad***

***“ Considérant que après étude du mémoire du requérant par le Tribunal, il s'est avéré qu'il a pour but l'annulation de l'acte administratif émanant de l'Etat marocain en tant qu'autorité gouvernementale portant sur la création d'un bureau de liaison israélien au Royaume du Maroc.***

*Mais considérant que de pareils actes sont considérés comme actes de gouvernement qui ne sont pas soumis au contrôle juridictionnel, qu'il soit administratif ou de droit commun, ce qui implique l'incompétence du tribunal administratif pour statuer sur la demande ”.*