

La délégation des magistrats (*)
Note sous T.A., Rabat, 19 janvier 1995, *El Ayadi*

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

1. L'espèce qui a donné lieu au jugement du Tribunal administratif de Rabat, en date du 19 janvier 1995, semble avoir été initiée par quelque auteur soucieux de mettre un terme à ces erreurs par trop répandues qui, à force d'être répétées, finissent par acquérir une force de vérité. C'est à cette épreuve que fut confrontée la notion de délégation de magistrat par le ministre de la justice.

C'est bien la première fois qu'une décision de délégation fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, mais ce n'est bien sûr pas la première fois où un magistrat fait l'objet d'une délégation. C'est, sans aucun doute, la raison pour laquelle l'engouement de la presse a été des plus grands et qu'on y a vu une première qui symbolise l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir exécutif ⁽¹⁾. Sans aller jusqu'à y voir un événement sans précédent, car les annulations de décisions de ministres de la justice sont loin d'être rares ⁽²⁾, on y verra volontiers le premier cas d'annulation d'une décision du ministre de la justice, prise non dans le cadre de la gestion de son administration - mutation de fonctionnaires, mesure disciplinaire, etc. - mais dans celui de la justice au sens restreint du terme.

Rendu en premier ressort, ce jugement est susceptible d'appel devant la Cour Suprême; cependant, il n'est pas sans interpellier le juriste qui doit se prononcer pour le bienfait de la jurisprudence administrative ⁽³⁾.

2. Le titre VII de notre Constitution consacre six articles à la justice et lui donne une place tout à fait indépendante par rapport au pouvoir exécutif.

La nomination des magistrats a lieu par dahir, sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature; lequel veille à l'application des garanties qui leur sont accordées quant à leur

* REMALD n° 11, 1995, p. 9 et suiv.

¹ La décision a suscité beaucoup de commentaires dans la presse; de même que le ministre de la justice a expliqué à la Télévision Marocaine le contenu du jugement et surtout sa portée sur le plan de l'indépendance de la justice.

² Tout récemment; T.A., Rabat, 27 juin 1994, *Nasri*, REMALD, avril-septembre 1994, n° 7- 8, p. 153.

³ Pour son développement dans la cohérence, la jurisprudence ne doit pas s'édifier en vase clos, mais sous le regard critique de la doctrine qui doit faire part au juge de ses observations et, s'il le faut, de ses suggestions. Doit-on rappeler que si le droit administratif français a eu le rayonnement que personne ne peut lui contester, cela est dû certes au génie créateur du juge, mais aussi au rôle joué par les commentateurs des jugements des tribunaux administratifs, des décisions des cours administratives d'appel et, bien avant, depuis la fin du siècle dernier, des arrêts du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits ? Pour une étude précise de la question, voir J. Rivero, *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »*, Dalloz, 1951, Ch., p. 92 ; *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, Études et Documents du Conseil d'État, 1955, p. 27.

avancement et à leur discipline. De plus, aucune nouvelle affectation, pour quelque raison que ce soit, ne peut intervenir en dehors du Conseil. Elle ne peut avoir lieu que sur sa proposition, s'agissant des magistrats du siège ou, après son avis, s'agissant de ceux du parquet. C'est dire combien le constituant et le législateur se sont vus très scrupuleux à l'égard du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, afin qu'elle puisse s'exercer en toute neutralité et impartialité, à l'abri des influences et des contingences politiques.

Néanmoins, la gestion de la justice ne peut pas se faire d'elle-même; si le ministre de la justice existe, c'est bien pour exercer un certain pouvoir et, de ce fait, répondre politiquement de tout ce qui a trait à la justice. C'est d'ailleurs là toute la curiosité de la situation où, la justice, tout en étant constitutionnellement indépendante en tant qu'autorité, se trouve sous la responsabilité d'un ministre, membre de l'Exécutif. Ce n'est donc pas un hasard si des textes législatifs, notamment le dahir portant statut de la magistrature ⁽⁴⁾ lui accordent des pouvoirs extrêmement importants qui, en dernière analyse, sont susceptibles de se traduire par des moyens d'influence sur le fonctionnement de la justice ⁽⁵⁾. Parmi ces pouvoirs, nous retiendrons ceux de la mutation et de la délégation des magistrats.

3. L'article 57 de ce dahir énonce: *«En cas de nécessité et en vue de pourvoir à un poste du siège, d'instruction ou du parquet, le ministre de la justice peut par arrêté, déléguer un magistrat pour occuper ce poste pendant une période qui ne peut excéder trois mois par année.*

Toutefois, le ministre de la justice peut, dans la même forme, avec l'accord du magistrat intéressé, renouveler la délégation pour une seule et nouvelle période n'excédant pas trois mois.

Les magistrats délégués en application des alinéas précédents doivent être d'un grade inférieur ou équivalent à celui qui correspond au poste vacant ».

Sur la base de cette disposition, le ministre de la justice a pris une décision, par arrêté en date du 5 mai 1994, au terme de laquelle un magistrat, le sieur *El Ayadi*, nommé par dahir Président du Tribunal de première instance de Rabat, était délégué pour exercer la fonction de Président de chambre à la Cour d'appel de Rabat.

Le 15 septembre, il intente un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Rabat, qui annule la décision du ministre en se fondant sur deux points importants que l'on se propose de mettre en relief, pour ensuite exprimer quelques observations relatives à la configuration du jugement et à l'espèce elle-même. Auparavant, on se permettra quelques mots sur l'audace, digne d'éloges, que l'on se félicite de rencontrer

⁴ Dahir portant loi n° 1-74-467 du 11 novembre 1974 formant statut de la magistrature, B.O. 13 novembre 1974, p. 1578.

⁵ A. Bargach, *Le ministre de la justice*, Mémoire du Cycle Supérieur, E.N.A.P., 1989. Voir notamment, § 173 et ss.

dans des décisions récentes de la jurisprudence de la Cour Suprême dont celle qui est l'objet de ce commentaire et qui semblent s'inscrire dans une même lignée.

- I -

La jurisprudence de la Cour suprême

4. L'étude du jugement El Ayadi ne saurait être entreprise de manière isolée. C'est un jugement qui se rattache à une série d'arrêts rendus récemment par la Cour Suprême, marquant, nous semble-t-il, un point de rupture bien apparent avec la jurisprudence antérieure et qui, en conformité avec les principes de l'État de droit, s'orientent sur la voie d'un contrôle plus serré de l'administration.

- § 1 -

En matière de mutation des fonctionnaires

5. En matière de mutation des fonctionnaires, en application de l'article 64 du statut général de la fonction publique ⁽⁶⁾, la Cour Suprême a constamment eu une position très réservée, considérant qu'en ce domaine l'autorité administrative dispose d'un pouvoir d'appréciation qui ne peut être contrôlé et censuré qu'en cas de détournement de pouvoir, au reste, très difficile à démontrer ⁽⁷⁾. Cette attitude donna lieu aux rejets de toute requête tendant à annuler une décision de mutation; ces rejets étaient justifiés, d'après la Cour Suprême, par le fait que l'administration était seule habilitée à apprécier l'intérêt du service évoqué par l'article 64 du statut général de la fonction publique ⁽⁸⁾.

Seulement dans un arrêt très récent ⁽⁹⁾, la Cour Suprême semble avoir assoupli sa réserve dans le sens d'un contrôle audacieux et très efficace des actes administratifs en ce domaine. Elle annula une décision de mutation, au motif qu'elle intervenait suite à trois autres, en l'espace de moins de trois ans; et constata le détournement de pouvoir, du fait que l'administration avait proposé au requérant de rester à son poste mais sans responsabilité ou accepter la nouvelle affectation avec tous ses avantages. La Cour conclut qu'il n'y avait pas véritablement un intérêt de service.

Cette jurisprudence constitue à notre sens un saut qualitatif en matière de recours pour excès de pouvoir qui, jusque-là, se heurtait à la notion d'intérêt de service. Le juge administratif ne se contente plus des arguments invoqués mais les contrôle avec une

⁶ Dahir du 24 février J 958, B.O. n° 2372 du 11 avril 1958, p. 631.

⁷ CSA, 10 juillet 1986, *Belkhor*, Revue Marocaine de Droit (R.M.D.), 1987, n° 12, p. 119, Note A. Benabdallah.

⁸ A. Benabdallah, L'affectation du fonctionnaire dans l'intérêt du service, R.M.D., 1987, n° 5, p. 241.

⁹ CSA, 8 mars 1993, *Kasri*, REMALD 1994, n° 9, p. 67.

minutie satisfaisante qui rompt avec le passé.

- § 2 -

En matière disciplinaire

6. Le même constat peut être fait dans le domaine disciplinaire, concernant les fonctionnaires nommés par dahir. Le sieur *Salmi*, magistrat à la Cour des Comptes, fait l'objet d'une rétrogradation pour faute professionnelle ⁽¹⁰⁾. Constituant une sanction du deuxième degré, celle-ci ne peut être prononcée que par dahir. Le Président de la Cour des Comptes intervient auprès du Cabinet Royal pour solliciter l'autorisation de Sa Majesté le Roi de mettre en application la sanction. Demeurant sans réponse durant quatre ans - de 1989 à 1993 - il saisit le Premier ministre, qui l'informe, par lettre du 30 avril 1993, que l'autorisation royale est accordée. Le 11 juin 1993, il met à exécution la sanction. Naturellement, l'intéressé intente un recours pour excès de pouvoir. La Cour décide que la décision de sanction devant être prise par dahir, la lettre émanant du Premier ministre ne pouvait pas être considérée comme valable tant que le dahir n'était pas intervenu.

Dans cette espèce, le juge a appliqué, à la lettre, l'article 56 du Statut des magistrats de la Cour des Comptes, énonçant que les sanctions du deuxième degré sont prises par dahir. Il n'a pas cherché à interpréter, ni même à s'interroger si la lettre du Premier ministre pouvait être considérée comme une autorisation, en attendant le dahir ; mais il a, simplement et avec une justesse que personne ne lui reprocherait, constaté l'incompétence du Président de la Cour des Comptes à prendre une sanction du ressort de Sa Majesté le Roi.

7. Ces deux exemples, très récents, ne manquent pas d'être réconfortants. Ils rassurent sur le fait que le juge de l'excès de pouvoir, loin de se fonder sur la vague notion d'intérêt de service, comme il le faisait presque systématiquement, ou se contenter d'une lettre - du Premier ministre fût-elle - pour la considérer comme faisant office de dahir dans ses effets juridiques, adopte la position qui doit être la sienne: faire bénéficier du doute le requérant et non l'administration. Il est le défenseur des droits et libertés et, pour jouer pleinement son rôle, il s'attache fermement aux textes. C'est ce qu'a fait le Tribunal administratif en matière de délégation des magistrats.

¹⁰ CSA, 6 octobre 1994, *Salmi*, arrêt n° 390, dossier n° 10675/93, non publié.

- II -

Le jugement du Tribunal administratif

8. En effet, le jugement *El Ayadi* nous semble aller dans le même esprit. Le juge aurait pu estimer que la délégation des magistrats relevait du pouvoir discrétionnaire du ministre de la justice et qu'il n'était nullement possible d'en contrôler l'opportunité, sans s'immiscer dans une gestion constituant l'une de ses plus importantes prérogatives. C'eût été erreur !

En ce domaine, ce n'est point l'opportunité qui est contrôlée mais la légalité et même, pourrait-on dire, une certaine éthique nécessaire à une bonne administration de la justice. Car, si on doit admettre que le domaine de la délégation des magistrats peut échapper au recours pour excès de pouvoir, on doit se résoudre à y voir une nouvelle catégorie d'actes insusceptibles de contrôle juridictionnel et, par voie de conséquence, un rétrécissement du champ d'application de la notion d'État de droit. Aussi, lorsque le législateur pose les conditions d'exercice d'une prérogative, c'est qu'il entend bien ne pas la laisser à l'entière discrétion de son titulaire; et ce faisant, il invite le juge à en apprécier la légalité au regard de leur respect.

Dans son jugement, le tribunal a fait état de deux chefs d'annulation de l'acte du ministre. L'un relatif au fait que le magistrat, nouvellement nommé par dahir, ne pouvait faire l'objet de délégation qu'après avoir commencé l'exercice de sa nouvelle fonction; l'autre ayant trait à l'application de l'article 57 du dahir portant loi formant statut de la magistrature. Voyons-les un à un !

- § 1 -

La délégation du magistrat nouvellement affecté

9. « *Considérant le premier motif, s'appuyant sur la violation de la loi, consistant dans la violation des dispositions de la Constitution énonçant que l'autorité judiciaire est indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, et que Sa Majesté nomme les juges par dahir sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature et que les magistrats du siège sont inamovibles ...*

Considérant que le requérant a été nommé par dahir, Président du Tribunal de première instance de Rabat sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature (...) et que, au lieu de procéder à l'exécution du dahir, le ministre de la justice a pris l'arrêté de délégation contestée, et que, ce faisant, il retarde les effets du dahir en portant atteinte à sa force exécutoire, violant ainsi un principe fondamental, celui de la hiérarchie des normes juridiques, et que, si l'article 57 du dahir portant loi formant statut de la magistrature,

reconnaît au ministre de la justice, le pouvoir de délégation des magistrats, cela nécessite que le magistrat délégué soit en exercice dans les fonctions auxquelles il a été nommé, par dahir, faute de quoi, il s'agira d'un ajournement des effets du dahir qui est un ordre de Sa Majesté ... ».

10. Prenant à la lettre ce raisonnement, que le juge a dû vraisemblablement suivre pour donner plus de poids à sa décision, on doit logiquement en déduire qu'un arrêté de délégation, pour être valable, ne doit pas concerner un magistrat nouvellement affecté, par dahir (deuxième considérant), n'ayant pas encore commencé ses fonctions.

Si en première lecture, on ne peut qu'y adhérer, à la réflexion, on conviendra qu'il est à craindre que cela ne constitue un blocage à tout acte de délégation, entendu qu'il ne saurait y avoir de délégation qui ne concerne pas un magistrat nommé par dahir. On ne pourrait parler donc de violation du principe de la hiérarchie des normes, dans le cas d'espèce, que si le ministre avait pris un acte de mutation qui, quant à lui, doit suivre une certaine procédure sous peine d'illégalité.

Or, il s'agit d'un acte de délégation, par définition limité dans le temps, puisque, au plus, il ne peut, d'après le deuxième alinéa de l'article 57 du dahir portant loi formant statut de la magistrature, excéder six mois par année; soit une période de trois mois décidée unilatéralement par le ministre et, l'autre, de renouvellement qui peut aller au delà de trois mois, mais avec l'accord du magistrat concerné. Par conséquent, tôt ou tard, le dahir de nomination prendra effet et le principe de la hiérarchie des normes demeurera intact, si on ne perd pas de vue que l'acte de délégation tire son fondement d'un autre dahir signé par la même autorité que celle du dahir de nomination. Ainsi, lorsque le ministre délègue, il le fait sur la base d'une compétence légale qui ne semble pas faire défaut dans notre jugement, et si on applique le principe de la hiérarchie des normes, qui ne nous semble pas à retenir dans le cas d'espèce, jamais aucune délégation ne pourra se faire!

11. Le deuxième point de la condition, à savoir que le magistrat soit déjà en fonction, apparaît encore plus fragile. On ne peut y voir qu'une interprétation tendancieuse du juge qui semble chercher à compléter une volonté du législateur, clairement exprimée, d'autant plus que l'interprétation n'a de place qu'en cas de disposition équivoque. Or, à aucun moment, le législateur n'a parlé de magistrat déjà en fonction ou quelque chose qui s'y apparente. L'article 57 parle de magistrat au sens où il le fait dans les autres articles du dahir ; il ne spécifie pas si le magistrat doit être nouvellement nommé ou déjà en fonction; et on a peine à souscrire à un raisonnement qui s'emploie à opposer les faits d'une espèce à une idée que le juge veut à tout prix ériger en un principe pour lequel le législateur n'a pas du tout opté.

En clair, pour être conforme à cette condition posée par le juge, il eût sans doute fallu que le ministre laissât le magistrat prendre ses nouvelles fonctions, pour ensuite édicter son arrêté de délégation; mais c'eût été un vain détour car sans effet sur la situation, dans la mesure où, selon l'incisive formule de Pierre Dac, rien n'est plus semblable à l'identique que

ce qui est pareil à la même chose!

Aussi, si l'on se meut dans un univers logique, on doit admettre que la délégation étant un moyen qui permet au ministre de la justice de faire face à toutes sortes d'aléas afin que l'examen des affaires soumises à la justice ne connaisse ni retard ni lacune ici ou là, on doit nécessairement lui reconnaître le pouvoir de puiser dans tout le contingent des magistrats, sans exception. Autrement, on serait enclin à restreindre et à bloquer la fluidité de la gestion dont il est légalement et politiquement responsable ⁽¹¹⁾ et, sur le plan théorique, à muer l'arrêté de délégation en un acte de mutation.

C'est la raison pour laquelle, on ne peut pas considérer qu'un arrêté de délégation soit de nature à contrecarrer, de quelque manière que ce soit, les effets d'un dahir de nomination d'un magistrat, étant entendu que c'est une prérogative qui - répétons-le - tire son existence de la loi. De même que nous n'y voyons pas une prérogative au sens de privilège, à la disposition du ministre de la justice, selon son bon plaisir, mais au sens de devoir qui pèse sur lui, duquel il doit s'acquitter, seulement - et, c'est le clou du jugement - lorsque certaines conditions sont réunies.

- § 2 -

Les conditions de la délégation

12. Dans son jugement, en effet, le Tribunal administratif de Rabat a procédé, à bon droit, nous semble-t-il, à une interprétation littérale du premier alinéa de l'article 57 du statut de la magistrature.

« Considérant qu'il est admis par la doctrine, la jurisprudence et la législation que tout acte administratif doit avoir un motif comme fondement juridique, que le principe est que l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des motifs sur lesquels elle fonde ses actes tant que le législateur ne limite pas son pouvoir par un motif déterminé pour l'édition de son acte comme c'est le cas dans les arrêtés de délégation ».

A ce propos, l'article 57 pose, en termes on ne peut plus clairs, deux conditions cumulatives; *« En cas de nécessité et en vue de pourvoir (...), le ministre peut (...) »*. Cette double condition limite le pouvoir du ministre, en même temps qu'elle lui laisse la liberté d'édicter l'arrêté de délégation. Autrement dit, sa compétence est soumise à des conditions légales ⁽¹²⁾, mais c'est à lui d'apprécier s'il doit y recourir ou non!

¹¹ A. Bargach, *op. cit.*, § 1

¹² Elle est soumise à des conditions légales, mais elle n'est pas liée; car on ne peut parler de compétence liée que lorsque l'autorité administrative, au vu d'un ensemble de conditions, se doit d'agir dans un sens déterminé à l'avance. Pour une vue d'ensemble de cette question, voir, J.C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*,

13. La délégation des magistrats est une prérogative redoutable du ministre de la justice. A l'inverse de la nouvelle affectation des magistrats du siège prononcée par dahir sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature, ou de celle des magistrats du parquet, prononcée également par dahir sur proposition du ministre, mais après avis du Conseil, la délégation n'est décidée que par simple arrêté. Le législateur, soucieux d'éviter la délégation abusive qui serait une sanction déguisée, a tenu à restreindre son usage, de crainte qu'elle ne soit brandie sous les yeux d'un magistrat jugé rigide ou indocile, en l'enfermant dans une condition légale qui constitue son motif. C'est précisément sur cette condition que s'est fondé le juge administratif.

Le ministre ne peut prononcer la délégation que pour pourvoir à un poste. Pour le tribunal, il fallait fournir la preuve de la vacance; le motif invoqué par l'administration devait être appuyé, d'après le juge, d'une correspondance du Premier Président de la Cour d'appel faisant état d'un besoin, d'une insuffisance d'effectif affectant le fonctionnement de sa juridiction. Dans sa démarche, le juge a procédé à un contrôle de la matérialité des faits, qui relève du contrôle minimum qu'exerce le juge de l'excès de pouvoir sur les actes de l'administration. En sorte que si les faits allégués par l'autorité administrative s'avèrent, par manque de preuve, inexistant, la décision contestée se trouve privée de support et devient une illégalité. En somme, s'il ne l'avait pas fait, il y aurait eu lieu de dire que le recours pour excès de pouvoir serait illusoire !

C'est là, nous semble-t-il, l'apport essentiel du jugement. Le juge s'est fait le gardien du respect de l'article 57 du Statut de la magistrature, qui parle également de nécessité, condition cumulative avec celle que nous venons de voir.

14. Si la délégation ne peut être prononcée qu'à certaines conditions, le ministre peut, s'il le juge nécessaire, ne pas y recourir. La nécessité posée par le législateur n'est pas une obligation, mais une condition qui lui permet d'édicter l'arrêté de délégation. C'est à lui d'apprécier si, face à la vacance, il doit prendre son arrêté.

La notion de nécessité atténuée, en quelque sorte, la condition à laquelle elle est unie par la conjonction « et ». Le législateur a accordé au ministre de la justice une marge d'appréciation, en employant le verbe « pouvoir » dans la rédaction de l'article 57. Il n'a pas énoncé « *En cas de nécessité (...) le ministre de la justice délègue par arrêté* » mais « *peut par arrêté* ». Ce qui amène à dire que si la délégation est prononcée, elle doit avoir un motif, sous peine d'annulation; mais si elle ne l'est pas, elle ne saurait constituer une illégalité. Certes, elle peut être révélatrice d'une mauvaise gestion, mais elle ne saurait

L.G.D.J., 1959 ; F. Vincent, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, L.G.D.J., 1960 ; L. Di Qual, *La compétence liée*, L.G.D.J., 1964. On verra spécialement un article qui pose excellemment la question en la précisant, G.Timsit, *Compétence liée et principe de légalité*, Dalloz, 1964, Ch. p. 217.

justifier un recours pour excès de pouvoir. En langage pénal, on dira qu'elle ne constituerait pas une infraction par omission.

Néanmoins, c'est une notion susceptible de servir comme moyen de contrôle au juge, dans le cas où l'arrêté de délégation est prononcé, en ce sens qu'il peut être amené à vérifier la légalité de l'arrêté au regard de la nécessité de pourvoir à un poste. Il franchit l'étape du contrôle de la matérialité des faits pour aborder celle du contrôle de leur qualification juridique. Dans son jugement, le tribunal n'a pas eu à exercer ce contrôle, mais rien ne semble le lui interdire au cas où le besoin se ferait sentir, car le législateur, en posant la double condition, l'invite à le faire. La vacance à elle seule ne suffit pas, il faut qu'il y ait nécessité; et rien ne s'oppose à ce que le juge vérifie, par la technique de l'erreur manifeste d'appréciation ⁽¹³⁾, s'il y a vraiment une nécessité justifiant la délégation.

Au demeurant, outre les enseignements qu'il contient et les principes qu'il rappelle, le jugement inspire quelques observations.

- III -

Observations

15. La lecture d'une décision jurisprudentielle ne se limite pas seulement à l'essentiel de sa motivation et son dispositif; elle doit s'étendre à tout ce qui a trait au principe qu'elle recèle et qu'elle entend poser. Elle peut suggérer des réflexions portant sur son efficacité pratique, ce qui est extrêmement important pour le requérant, comme elle peut susciter des remarques qui concernent la rédaction du jugement lui-même.

¹³Ancienne dans la jurisprudence française (CE, 13 novembre 1953, *Denizet*, Rec., p. 489), cette technique constitue l'une des plus belles conquêtes du Conseil d'État, qui en fait application dans tous les domaines de l'action administrative. Voir, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (G.A.J.A.), et spécialement le commentaire de l'arrêt du 2 novembre 1973, S.A. *Lib. François Maspero*. Par ailleurs, on verra B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, Dalloz, 1965, Ch., p. 121 ; J.P. Henry, *Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste*, Actualité Juridique du Droit Administratif (A.J.D.A.), 1979, n° 6, p. 17. Malheureusement, malgré toutes ses vertus, c'est une technique qui n'est guère utilisée par la Cour Suprême qui, aux frontières du pouvoir discrétionnaire de l'administration, s'avoue souvent désarmée. Voir A. Benabdallah, *L'affectation du fonctionnaire dans l'intérêt du service*, R.M.D., 1986, n° 5, p. 241 ; ainsi que, *L'adéquation de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire*, R.M.D., 1988, n° 15, p. 26. On reconnaîtra cependant que l'on décèle, avec quelques décisions qui font honneur à notre jurisprudence, qu'une nouvelle conception se fait jour et qu'elle autorise d'être optimiste. Plusieurs étapes ont été franchies et il n'y a aucune raison que le juge administratif marocain demeure prisonnier d'anciennes techniques de contrôle, au reste efficaces, mais nécessitant une actualisation par un esprit imaginaire aspirant à se rapprocher le plus possible du climat paisible de l'État de droit.

- § 1 -

L'efficacité du recours pour excès de pouvoir

16. Il s'agira plutôt d'interrogations sur l'efficacité du recours pour excès de pouvoir en matière de délégation de magistrats. Lorsqu'un administré s'adresse au juge pour lui demander l'annulation d'une décision qu'il considère illégale, c'est certainement moins pour enrichir la théorie juridique que pour recouvrer ses droits. Ce qu'il entend et ce qu'il espère, c'est revenir à la situation initiale, comme si l'acte contre lequel il s'est pourvu n'avait jamais existé. Dans l'affaire qui nous retient, cela est pratiquement du domaine de l'impossible!

Dès lors qu'un acte administratif est édicté - et un arrêté de délégation en est un, puisque susceptible de recours pour excès de pouvoir - il est exécutoire dès la notification à son destinataire; et il est présumé légal jusqu'à preuve du contraire.

L'arrêté du ministre de la justice a été pris le 5 mai 1994, ce qui suppose que l'intéressé, en bon magistrat discipliné, devait rejoindre le poste qui lui a été assigné, pour trois mois, en application de l'article 57 du Statut de la magistrature. Or, le recours n'a été introduit que le 15 septembre, soit après une période de quatre mois, compte tenu de la procédure et des délais du recours administratif préalable prévus par la loi sur les Tribunaux administratifs et intenté par le requérant malgré son caractère facultatif; tandis que le jugement d'annulation n'a été rendu que le 19 janvier 1995, c'est-à-dire après une période de sept mois. N'est-on pas en droit de s'interroger sur l'utilité pratique du recours pour excès de pouvoir s'il n'est pas accompagné d'une demande de sursis à l'exécution de la décision contestée? Certes, sur le plan du droit la situation est tranchée, du moins en premier ressort, mais sur celui des faits, elle s'apparente plutôt à l'utopie. L'arrêté du ministre doit être intégralement exécuté puisque son exécution n'excède pas trois mois, mais ce n'est qu'après coup qu'il peut être annulé !

En conséquence, pour qu'il y ait une réelle protection des droits des magistrats en matière de délégation, il faut que le recours pour excès de pouvoir ait lieu aussitôt après la notification de l'arrêté de délégation, sans être précédé d'un recours administratif préalable ; et que le juge se prononce dans les plus brefs délais; autrement, il serait réduit à une pure joute juridique où l'annulation ne peut être en définitive qu'un baroud d'honneur face à une exécution somme toute irréparable.

- § 2 -

La rédaction du jugement

17. D'un autre côté et sur un plan tout à fait différent, il est incontestable que la

jurisprudence administrative ne s'édifie pas seulement à partir de l'application des textes législatifs et réglementaires; elle fait appel aux principes généraux du droit et aux travaux de la doctrine. Le rôle de cette dernière est certainement d'un grand apport pour le juge ⁽¹⁴⁾, mais celui-ci ne nous semble pas du tout obligé de le proclamer dans la motivation de son jugement, car la règle de droit qu'il pose ne doit s'appuyer que sur les textes juridiques et l'interprétation qu'il en fait, sur la base de sa conviction profonde. Libre à lui de le faire conformément ou non à un courant doctrinal; quant à le citer, c'est le considérer comme une source de droit au même titre que la législation, la réglementation, la jurisprudence ou certaines règles qu'il entend ériger en principes généraux du droit.

Dans son jugement, le Tribunal administratif a fait référence à deux ouvrages, pour appuyer son raisonnement à propos de la supériorité du dahir et sur le fait que le pouvoir discrétionnaire ne peut échapper au contrôle juridictionnel. Or, ce faisant, il crée une tradition nouvelle et tout à fait fâcheuse, puisqu'un point de vue doctrinal peut être sujet à discussion, sinon à controverse. Qui plus est, en le citant comme appui, il donne l'impression de n'être pas convaincu, cherchant à s'abriter derrière des auteurs; et en outre, il fait un choix tout à fait arbitraire, dans la mesure où les auteurs ayant traité de la question peuvent être très nombreux et en total désaccord. Que le commissaire royal de la loi et du droit cite des références doctrinales dans ses conclusions, cela est dans la nature des choses car les idées qu'il développe pour amener les juges à adopter sa vision, font elles-mêmes partie de la doctrine; mais lorsque le juge dit le droit, il doit le faire selon les textes en vigueur, les principes généraux du droit, la jurisprudence et son intime conviction qui, elle, peut s'édifier à partir d'un point de vue doctrinal mais sans qu'il ne lui soit imposé. Ce sont ces facteurs qu'il doit prendre en considération et rien de plus !

18. En tout cas, en dépit de ces menues observations, qui n'amointrissent en rien la portée juridique de la décision, le jugement rendu par le Tribunal administratif de Rabat, le 19 janvier 1995, demeurera ancré dans le souvenir du juriste comme étant la pierre inaugurale du contrôle que le juge entend exercer sur les actes du ministre de la justice relatifs à l'autorité judiciaire. On ne saurait valablement le considérer sans le placer dans la conception générale de la notion d'État de droit et de la protection des droits de l'Homme qui s'affermite de jour en jour, depuis le discours royal du 8 mai 1990, annonçant la création des Tribunaux administratifs et du Conseil consultatif des droits de l'homme. « *Nous ne serons véritablement un État de droit que le jour où chaque Marocain disposera du moyen de défendre ses droits quel que soit son adversaire* » ⁽¹⁵⁾.

Il eût été, à notre avis, décevant que les juges ne s'inscrivissent pas dans cet esprit, en

¹⁴ A. Benabdallah, *Doctrines et droit administratif*, REMALD, 1995, série "Thèmes Actuels", n°1, p.9.

¹⁵ Discours Royal du 8 mai 1990, Discours et interviews de Sa Majesté le Roi Hassan II, mars 1990 - mars 1991, ministère de l'Information, p. 51.

M.A. BENABDALLAH

cherchant par quelque faux-fuyant, savamment enveloppé dans un emballage juridique, à déclarer le domaine de la délégation des magistrats un domaine échappant à tout contrôle. En osant le contraire, ils auront brisé la glace et exorcisé le citoyen de ce démon, lui faisant accroire que dans un État plongeant ses racines dans plus de douze siècles d'histoire, il peut y avoir un acte administratif qui puisse se soustraire à l'appréciation du juge.

La moralisation de l'administration n'est pas une mince entreprise; elle requiert, outre une ferme volonté, une longue endurance appuyée d'optimisme et d'espoir; mais elle doit emprunter un passage qui, sans aucunement la remettre en cause, ne peut que l'ennoblir en rendant familière l'idée selon laquelle toute autorité administrative se doit, pour ne point voir son acte annulé par le juge de l'excès de pouvoir, d'émettre ses décisions en conformité avec les principes de l'Etat de droit.