

Sur l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les juridictions ordinaires (*)

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

1- Avec l'entrée en vigueur de la loi instituant les tribunaux administratifs, plusieurs aspects du contentieux administratif marocain subiront des changements : création de nouvelles juridictions, rapprochement du recours pour excès de pouvoir, dessaisissement des tribunaux ordinaires de l'ensemble des litiges administratifs; bref, une réforme, sans doute simple en apparence, mais au fond, extrêmement importante quant aux conséquences qu'elle entraînera. Parmi celles-ci, il en est une très remarquable dont il faut faire état, elle a trait à l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les juridictions de droit commun.

2- On sait que durant toute la période du protectorat, les tribunaux accueillait très favorablement l'exception d'illégalité, aussi bien en matières civile que pénale, parant ainsi avec habileté à la lacune laissée par l'absence du recours pour excès de pouvoir ⁽¹⁾. Cette attitude, sans laquelle tout contrôle juridictionnel de l'administration de l'époque eût été illusoire, avait emporté l'adhésion de l'ensemble de la doctrine ⁽²⁾ qui lui trouvait, à juste titre, un fondement théorique et un autre, si l'on peut dire, pratique.

Sur le plan théorique, on estimait qu'en refusant d'appliquer un acte illégal, et, ce faisant, en appréciant sa légalité, on n'était point en contradiction avec l'article 8 du dahir sur l'organisation judiciaire interdisant aux juridictions civiles d'ordonner accessoirement ou principalement "*toutes mesures dont l'effet serait d'entraver l'action des administrations publiques*"⁽³⁾. Déclarer illégal un acte administratif à l'occasion d'un litige où sa légalité était contestée, n'équivalait pas à entraver l'action de l'administration ⁽⁴⁾. Ce point de vue était d'autant acceptable qu'il ne s'opposait, sur le terrain historique, à aucun principe fondé sur une séparation des autorités administratives et judiciaires, enracinée quant à elle dans

* REMALD n°7-8, 1995, p. 9 et suiv.

¹ A. De Laubadère, Le contrôle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires du Maroc. G.T.M., 1943, p. 122.

² A. Michel, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, P.U.P., 1932, p. 308.; R. Monier, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, 1935, p. 101; G. Meissonnier, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs au Maroc*, R.M.D., 1949, p. 138.

³ Cet article peut être considéré comme le premier jalon du droit administratif marocain, il est la reproduction presque intégrale de l'esprit de la loi révolutionnaire française de 1789, interdisant aux juges de connaître des affaires administratives, sans laquelle le droit administratif dans son entier aurait été tout différent de ce qu'il est, à commencer par l'aspect de l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires.

⁴ A. Michel, *op. cit.*, p. 303 à 305; R. Monier, *op.cit.*, p. 101.

les profondeurs de la Révolution française.

Sur le plan pratique, l'attitude était tout aussi défendable dans la mesure où elle permettait l'adoption d'un système permettant, d'une part, un contrôle, quoique limité, de l'administration et, d'autre part, la défense des droits des administrés privés d'un recours semblable à celui de la métropole et déjà connu pour ses grandes vertus ⁽⁵⁾. On ne pouvait pas livrer l'administré, comme disait le professeur Luchaire ⁽⁶⁾, pieds et poings liés à l'arbitraire de l'administration. Le recours en annulation, sans aucun droit de cité au Maroc, il était normal que, pour un minimum de défense des droits, le juge s'essayât à exercer quelques poussées sur la porte entrebaillée de l'exception d'illégalité; l'autre, celle du recours pour excès de pouvoir, étant complètement verrouillée ⁽⁷⁾.

3. La création de la Cour suprême, en 1957, pouvait laisser penser que le recours pour excès de pouvoir étant désormais ouvert devant cette juridiction, l'exception d'illégalité, telle qu'appliquée, allait prendre une dimension moins large, voire complètement disparaître; mais grâce à l'esprit conséquent du juge marocain, on peut se réjouir qu'il n'en fut rien.

En matière civile, plusieurs arrêts ⁽⁸⁾ vinrent confirmer la jurisprudence antérieure, précisant dans chaque espèce, qu'aucune disposition ne s'opposait à ce que les juridictions, compétentes pour connaître des actions en responsabilité contre les collectivités publiques, apprécient la légalité d'un acte administratif, lorsque cette appréciation était nécessaire à la détermination de la responsabilité". Cette position fut excellemment éclairée par le procureur général Zarrouck, dans ses conclusions publiées ⁽⁹⁾ à propos de l'affaire Borromet, et dans lesquelles il présenta les points de vue de la doctrine en parallèle avec les arrêts constants de la Cour d'appel de Rabat dont les solutions lui paraissaient, à bon droit, encore en vigueur. Bien plus, cette attitude concernait l'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels, ce qui sous-entendait naturellement, et à plus forte raison, celle des actes réglementaires.

En matière pénale, la Cour Suprême, dans un célèbre arrêt, Y. Mas ⁽¹⁰⁾, qui défraya la chronique de l'époque, adopta une attitude tout à fait inattendue et, pour le moins, déconcertante. Elle considéra, à tort, que les juridictions inférieures ne pouvaient valablement apprécier la légalité d'un acte administratif, en l'espèce un décret, que dans le cadre extrêmement restrictif de l'article 609 § II du code pénal, infligeant une amende à

⁵ "L'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés" G. Jeze, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 162.

⁶ F. Luchaire, *La séparation des autorités administratives et judiciaires au Maroc*, Penant, 1946, Droit, p. 10.

⁷ A. De Laubadère, *op. cit.*, p. 124.

⁸ CSA, 13 avril 1961, *Borromet*, R., p. 110; CSA, 18 mai 1961, *Benzaqui*, R., p. 131; CSA, 21 décembre 1961, *Magro*, R., p. 225; CSA, 20 décembre 1974, *Seddik*, non publié.

⁹ Conclusions A. Zarrouck sur CSA 13 avril 1961, *Borromet*, R., p. 115.

¹⁰ M. Rousset, *Développements récents de l'exception d'illégalité au Maroc*, Ind. et Coop., 1966, p. 379.

"ceux qui contreviennent aux décrets et arrêtés légalement pris par l'autorité administrative lorsque les infractions à ces textes ne sont pas réprimées par des dispositions spéciales". Comme ces "dispositions spéciales" étaient précisées dans le code de la presse de 1958, la Cour refusa la plénitude de juridiction aux tribunaux inférieurs. Ce fut donc un arrêt en totale rupture avec la jurisprudence qui était jusqu'alors empreinte de logique et de bon sens⁽¹¹⁾. Cependant, hormis ce cas, on peut dire que le principe demeura intact. Les juridictions non répressives pouvaient apprécier la légalité de tout acte administratif, réglementaire ou individuel, en vertu de l'adage "le juge de l'action est juge de l'exception", quant aux juridictions répressives, leurs compétences ne s'exercent qu'en matière de contravention dans les limites très étroites, tracées par le juge, de l'article 609 § II du Code Pénal.

4- Parmi les innovations de la loi instituant les tribunaux administratifs, il en est une qui concerne directement le problème de l'exception de légalité. Deux dispositions sont à retenir. Le dernier alinéa de l'article 8 énonçant la compétence des tribunaux administratifs pour l'appréciation de la légalité des actes administratifs dans les conditions prévues par l'article 44 de la loi; et, d'autre part, ce même article 44 qui, compte tenu du changement dont il est porteur, mérite d'être relu avec soin.

"Lorsque l'appréciation de la légalité d'un acte administratif conditionne le jugement d'une affaire dont une juridiction ordinaire non répressive est saisie, celle-ci doit, si la contestation est sérieuse, surseoir à statuer et renvoyer la question préjudicielle au tribunal administratif ou à la Cour suprême selon la compétence de l'une ou de l'autre juridiction telle qu'elle est définie aux articles 8 et 9 ci-dessus. La juridiction de renvoi se trouve de ce fait saisie de plein droit de la question préjudicielle.

La juridiction répressive a plénitude de juridiction pour l'appréciation de la légalité de tout acte administratif invoqué devant elle soit comme fondement de la poursuite soit comme moyen de défense".

¹¹ En plus, on doit remarquer que dans l'affaire Y. Mas il ne s'agissait nullement d'appréciation de légalité au sens strict du terme, mais seulement de dire si une lettre signée du Président du Conseil, autorisant la parution d'un journal pouvait avoir valeur de décret. C'est ce qu'avait fait, avec justesse la Cour d'appel de Rabat dont le jugement fut annulé par la Cour suprême. Cela étant, on ne peut s'empêcher de constater que sans son caractère très singulier, l'arrêt Y. Mas n'aurait jamais été ce qu'il fut car il engagea la jurisprudence dans une impasse juridique. En effet, son jugement cassé, la Cour d'appel rendit le 2 septembre 1966 un autre jugement au terme duquel elle donna au requérant un délai de trois mois pour se présenter devant la juridiction compétente habilitée à apprécier la légalité de l'acte objet du litige. Il se présenta donc devant la Cour suprême qui le débouta en déclarant, CSA 21 novembre 1969, Y. Mas, qu'elle n'était compétente en matière d'appréciation de légalité qu'à l'occasion des litiges où elle statuait en dernier ressort par la voie du recours pour excès de pouvoir. Donc, la Cour d'appel ne pouvant apprécier cette légalité que dans le cadre limité de l'article 609 § II du Code Pénal et la Cour suprême ne s'estimant compétente pour n'apprécier cette légalité qu'à l'occasion des litiges où elle statue en dernier ressort, on est en droit de s'interroger: Qui est compétent ? Il y a alors une contradiction entre l'arrêt de 1965 faisant de l'appréciation de la légalité en dehors de l'article 609 § II du Code Pénal, une question préjudicielle et celui de 1969 dans lequel la Cour suprême ne s'inscrit pas dans la logique jurisprudentielle proclamée dans son premier arrêt. Le moins que l'on puisse dire de cette affaire c'est qu'elle ne saurait s'inscrire au côté des arrêts hautement bien édifiés de notre Cour suprême. Elle est regrettable!

En d'autres termes, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les juridictions ordinaires non répressives est désormais interdite. Par contre, elle est permise à la juridiction répressive. Ce dernier aspect, étant satisfaisant en ce sens qu'il désavoue la jurisprudence Mas, c'est le premier que l'on se propose de discuter.

Manifestement, les rédacteurs de cet article se sont inspirés de la pratique jurisprudentielle française inaugurée par l'arrêt Septfonds; or, tout le monde n'est pas sans savoir que cette jurisprudence, énergiquement critiquée par Hauriou⁽¹²⁾ et parfois même désobéie par les juridictions civiles⁽¹³⁾, a une raison d'être dans son pays natal. De ce fait, on est en droit de regretter sa transposition irraisonnée dans notre système alors que ses complications ne sont pas des moindres.

- I -

5- La juridiction civile ne peut pas apprécier la légalité d'un acte administratif par voie d'exception; elle peut seulement interpréter le sens d'un acte réglementaire et non individuel, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont elle est saisie. Telle est la règle de l'arrêt Septfonds ; elle ne souffre d'exception que lorsque l'acte en question porte gravement atteinte au droit de propriété ou à la liberté individuelle⁽¹⁴⁾.

Cette règle encore en vigueur en France, a été presque intégralement reprise par le législateur marocain qui a interdit à toute juridiction ordinaire non répressive, l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, lui laissant par son silence la possibilité de l'interprétation. Seulement, si cette règle existe en France, c'est qu'elle a des raisons qui on ne lui trouve pas au Maroc.

6- Tout le droit administratif français est construit autour d'un principe sans lequel beaucoup de choses ne seraient pas ce qu'elles sont. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, conception française de la séparation des pouvoirs⁽¹⁵⁾, figurant actuellement au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République interdit aux tribunaux judiciaires de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs; ou même de connaître des actes d'administration. C'est autour de cette idée que le commissaire du Gouvernement Matter a élaboré une grande partie de ses conclusions dont il convient de lire ce passage⁽¹⁶⁾.

¹² M. Hauriou, note sous TC 16 juin 1923, *Septfonds*, S.1923 - III - 49.11

¹³ M. Long et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1990 p. 246 ; G. Vedel, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt *Barinstein*, JCP, 1948, 682, § 1.

¹⁴ TC, 30 octobre 1947, *Barinstein*, voir l'article du doyen Vedel, *loc. cit.*

¹⁵ C.C. n° 86. 224, D.C du 23 janvier 1937; RDP, 1987, p. 1341. note Y. Gaudemet; D., 1988, 117, note F. Luchaire; R.F.D.A., 1987,287, note B. Genevois et, p. 301, note L. Favoreu.

¹⁶ P. Matter, Conclusions sur TC 16 juin 1923, *Septfonds*, Dalloz, 1924, III, 44.

"Il n'est qu'une manière de résoudre la question : revenir aux principes de base, reprendre les textes qui ont statué sur la séparation des pouvoirs, qui l'ont définie et organisée (L. 16-24 août 1790, titre 2, art. 13 : L. 16 fruct. an 3). De ces textes, une expression doit être fortement relevée, parce qu'elle donne tout son sens au principe posé : "troubler les opérations". Préoccupées suivant la formule de Laferrière de "réprimer les empiètements des tribunaux sur l'Administration", l'Assemblée Constituante leur a interdit de troubler les opérations des corps administratifs, et la Convention a repris la même idée en leur défendant de connaître des actes de l'Administration. Toutes les fois, donc, que son jugement pourra troubler les opérations des corps administratifs, connaître des actes de l'Administration, quand, par sa sentence, il risque soit d'arrêter la marche du pouvoir exécutif, soit de se faire juge d'un acte de la puissance publique, - le tribunal doit s'arrêter, définitivement s'il s'agit du fond, provisoirement si seule se pose une question préjudicielle dont doit connaître l'autorité judiciaire."

C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle le commissaire du Gouvernement a proposé seulement la possibilité d'interprétation et non d'appréciation, car l'interprétation, selon sa propre formule, ne trouble pas.

A partir de là, on peut remarquer que la jurisprudence Septfonds n'est pas un fait du hasard ou un choix délibéré. Elle est intervenue pour, comme l'a démontré le doyen Vedel, réaliser un équilibre, une conciliation, instituer une voie moyenne entre deux logiques. La logique de la séparation des autorités administratives et judiciaires interdisant aux juges judiciaires de connaître des actes d'administration, et celle de toute activité juridictionnelle qui veut que le juge de l'action soit juge de l'exception⁽¹⁷⁾. Cette solution du Tribunal des conflits, sans être idéale au regard d'une justice simple et rapide, n'est pas moins une solution de compromis. Elle fait la part du feu entre deux contraintes absolument incontournables mais opposées. On peut remarquer qu'elle est due à des circonstances liées à une évolution que l'on ne trouve guère ailleurs qu'en France.

7- Ce qui fut alors à l'origine de cette jurisprudence n'a absolument rien à voir avec le Maroc où la justice administrative ne doit pas, pour être bonne, nécessairement obéir à la logique du système d'inspiration.

Rien dans notre Histoire, antérieure au protectorat, dans nos traditions, notre religion, notre conception de la justice, ne s'oppose à ce que le juge exerce sa fonction naturelle de se prononcer sur l'accessoire lorsqu'il est saisi d'une question en principal. Aussi, ne voit-on pas de raisons convaincantes ayant inspiré le législateur à transposer, pratiquement à la lettre, une solution étrangère dont les origines remontent à deux siècles d'histoire. En tout cas, le mimétisme, à condition qu'il soit éclairé, n'est pas un tort, car il s'agira d'une inspiration intelligente, néanmoins, on nous accordera que les institutions qui ont un fondement historique là où elles sont nées et qui présentent certains inconvénients, ne doivent pas être copiées, mais évitées.

¹⁷ G.Vedel, *loc.cit.* § 2.

- II -

8- Incontestablement avec l'article 44, c'est la notion de question préjudicielle qui apparaît dans le contentieux administratif marocain. Désormais, dès que surviendra à propos d'un litige principal devant un tribunal ordinaire une question en rapport avec la légalité d'un acte administratif, le juge devra surseoir à statuer et renvoyer l'étude de la question au tribunal administratif ou à la Cour Suprême selon leurs compétences.

La question préjudicielle s'oppose donc à la question préalable qui, en présentant les mêmes caractéristiques, peut être traitée par le juge de l'action qui devient juge de l'exception au nom de l'unité du procès. C'est cette procédure que supprime le fameux article 44.

A cause des conséquences qui leur sont liées, les questions préjudicielles, déplorées par la doctrine, apporteront, nous semble-t-il, un changement radical en la matière au traitement du contentieux administratif marocain.

9- Annotant l'arrêt Septfonds, le doyen Hauriou exprima, dès les -premières lignes, son hostilité à la solution "transactionnelle" édictée par le tribunal des conflits, en expliquant: "Nous n'avons jamais aimé les questions préjudicielles et les complications des procédures. Nous verrions sans regret disparaître les renvois obligatoires au Conseil d'Etat, soit en interprétation, soit en appréciation de validité, aussi bien pour les actes administratifs particuliers que pour les règlements (...); nous croyons que le droit administratif ne s'en porterait que mieux parce que les justes griefs des justiciables auraient disparu"⁽¹⁸⁾.

Cette critique, faite à chaud ⁽¹⁹⁾, n'a jamais été mise en échec par la doctrine contemporaine ⁽²⁰⁾. Bien au contraire, on fait le constat d'une "situation pathologique" en invoquant la nécessité d'une thérapeutique; on propose même les éléments d'une "transformation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires" du fait qu'il conduit à la question préjudicielle ⁽²¹⁾. Jamais un auteur n'a trouvé un quelconque bienfait dans les

¹⁸ M. Hauriou, note sous TC 16 juin 1923, *Septfonds*, S. 1923, III, p. 52.

¹⁹ On ajoutera qu'en 1925, le journal "Le temps" avait entrepris une enquête auprès des plus grands maîtres du droit, Barthélemy, Duguit, Mestre et Roland, qui ont été unanimes à reconnaître que l'exception d'illégalité devait être recevable devant les tribunaux judiciaires. En d'autres termes, ils se rangeaient du côté d'Hauriou - Voir G. Meissonnier, *loc.cit.*, p.136.

²⁰ A propos d'un autre problème, mais relatif au même ordre, le professeur Rivero a pu écrire "La complexité des problèmes de compétence est la grande faiblesse du système juridique français", note sous CE 18 avril 1947, *Jarrigon*, S.1948 - III- p. 34.

²¹ Y. Gaudemet, Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions, RFDA, sept-oct-1990, p. 78.

questions préjudicielles (²²). Elles sont le résultat de l'application d'un principe historique, mais nullement inventées pour permettre de rendre la justice avec célérité ou du moins dans des "délais raisonnables".

A ce propos, dans son article précité, le professeur Gaudemet relève qu'en application de la convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 6 précise que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable, la Cour européenne a « condamné l'Etat français, du fait de ses juridictions administratives, pour n'avoir pas, en mettant plus de sept ans pour statuer définitivement sur sa réclamation, entendu "dans un délai raisonnable" la cause d'un requérant victime d'un dommage demandant réparation, (²³). Aussi, poursuit l'auteur, le législateur français sera-t-il amené à atténuer les conséquences des questions préjudicielles, dans la mesure où elles constituent un facteur de lenteur des procédures. C'est dire, combien il est embarrassant de constater que notre article 44 adopte une règle au moment où son inventeur, pour se mettre au diapason de ses voisins, devra l'abandonner sur invitation du législateur. Peut-être pas demain, mais certainement pas jusqu'au siècle prochain !

10- Voilà donc notre contentieux administratif alourdi sans raison d'une procédure absolument inutile et, de surcroît, très préjudiciable. Sans doute, remarquera-t-on, qu'elle répond valablement à l'idée de spécialisation des tribunaux et qu'au fond elle contribuerait au développement du droit administratif marocain ? Si séduisante que puisse être cette perspective, elle ne saurait émouvoir car la spécialisation ne doit nullement être un but à atteindre, au prix d'une justice lente, compliquée et en définitive décourageante pour le plaideur.

Que l'on songe à l'épreuve qui le guettera chaque fois que son avocat invoquera l'exception d'illégalité devant le juge non répressif ! Celui-ci devra, s'il estime la contestation sérieuse - ce qui est un autre aspect de la complication car la notion de sérieux peut s'avérer, somme toute, vague et indéfinissable, donc sujette à controverse - surseoir à statuer et renvoyer la question préjudicielle à la juridiction administrative: Cette procédure, pour être appliquée, nécessitera du temps d'autant plus qu'on ne doit pas perdre de vue que l'appréciation faite par le tribunal administratif est elle-même susceptible d'appel, ce qui compliquera davantage la procédure dans la mesure où il faudra attendre l'arrêt de la Cour Suprême pour revenir au point de départ pour le jugement sur le principal. Cela pourrait s'étaler sur des années.

Certes, un tel cas ne serait pas quotidien mais à lui seul il remet en question la philosophie qui a inspiré la création des tribunaux administratifs, surtout si l'on est convaincu de l'idée que lorsque l'on prépare un texte de loi on doit toujours s'imaginer les cas les plus

²²Y. Gaudemet, *op. cit.*, passim; l'auteur rapporte deux thèses sur la question, D. Cohen, *La Cour de Cassation et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, thèse, Paris, 1987 ; J.F. Flauss, *Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, thèse, Strasbourg, 1976.

²³ Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 88.

compliqués qui pourraient se poser.

11- Il est clair que les rédacteurs de l'article 44 ont tenu à instituer un système de contrôle juridictionnel de l'Administration fidèle à son modèle d'inspiration. Se devaient-ils de le faire alors, qu'en réformant, ils avaient la liberté de peser le pour et le contre de chaque partie de ce modèle et non point se contenter de l'adopter dans sa globalité ?

On ne le répétera jamais assez. Il n'est pas interdit de prendre exemple sur des systèmes qui ont réussi ailleurs, mais cela ne doit pas impliquer une transposition intégrale ne prenant point en compte les raisons profondes et les spécificités propres à chacune de leurs parties⁽²⁴⁾. Il existe plusieurs modèles de contrôle juridictionnel de l'Administration et chacun d'entre eux se caractérise par des aspects positifs et, d'autres, négatifs. Instituer des tribunaux administratifs est certainement une excellente entreprise, mais les doter d'attributions reproduisant intégralement celles dont ils sont pourvus dans leur pays d'origine sans distinguer entre l'utile et l'inutile pour notre système alors que dans ce pays, il est le produit d'un processus purement historique qui a ses raisons d'être, voilà le tort ! La complication procédurale découlant de l'article 44, si rare serait-elle, épouse très mal l'esprit qui a présidé à la création des tribunaux administratifs qui est essentiellement le rapprochement de la justice du justiciable⁽²⁵⁾. Le choix judicieux eût été, nous semble-t-il, d'adopter les avantages en évitant les inconvénients et donner ainsi naissance à un système que l'on peut, sans hésitation, qualifier de marocain.

²⁴ J. Rivero, Les phénomènes d'imitations des modèles étrangers en droit administratif, Pages de doctrine, LGDJ, 1980, T. II, p. 459 et s.

²⁵ 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. 49 et s.