

---

## Études

---

### CE QUE M'A DIT HAJ LFDLOUL, OU PROPOS DE SONGEUR AUTOUR DE LA PROCÉDURE DE L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ (\*)

Mohammed Amine BENABDALLAH

*Professeur à la faculté de droit  
Rabat-Agdal*

Je voudrais partager avec vous un songe que j'ai fait voici quelques jours à propos de l'exception d'inconstitutionnalité. Je venais de lire la décision de la Cour constitutionnelle déclarant l'inconstitutionnalité de la loi organique (1) qui lui avait été soumise après son approbation par les deux chambres du parlement, une lecture que j'ai faite à la lumière de l'article 133 (2) de la Constitution, ainsi que de la loi organique relative à Cour constitutionnelle (3) parue depuis déjà quatre ans. Ce qui ne manqua pas de susciter en moi toute une série d'interrogations.

Tout en continuant ma lecture de passages ici et là aux fins de mieux appréhender leur contenu et m'appêtant à prendre quelque repos pour un lendemain où les choses deviendraient plus claires, un ensemble d'idées et de problématiques m'envahirent l'esprit pour s'y entremêler au point que, emporté par le vertige d'une douce sensation, je fus séduit par Morphée qui m'entraîna dans un profond sommeil. C'était comme si elle voulait me préparer une rencontre avec un curieux et distingué personnage qui, par sa connaissance du droit, son discours fort courtois et résolument édifiant me suggéra tout un ensemble d'idées qui méritent que l'on s'y arrête.

---

\* Intervention à l'occasion du colloque « L'accès à la justice constitutionnelle », organisé par la Cour constitutionnelle et l'Académie du Royaume du Maroc au palais des congrès à Marrakech, les 27 et 28 septembre 2018.

(1) C.C., déc. n° 7018/ du 6 mars 2018, loi organique fixant les conditions et les modalités de l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi.

(2) Article 133 de la Constitution : « La Cour Constitutionnelle est compétente pour connaître d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès, lorsqu'il est soutenu par l'une des parties que la loi dont dépend l'issue du litige, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Une loi organique fixe les conditions et modalités d'application du présent article ».

(3) Loi organique n° 066-13 relative à la Cour constitutionnelle, B.O. n° 6288, p. 3919.

C'était un homme d'un certain âge, à l'allure noble et imposante, portant un habit traditionnel d'époque, parlant parfaitement la langue juridique. Il me surprit en me disant :

– Tu ne me connais pas, je m'appelle Haj Lfdoul (celui qui se mêle de ce qui ne le regarde pas), on m'a toujours qualifié d'avocat du diable, j'ai fait partie des jeunes intellectuels du début du siècle dernier qui avaient élaboré le projet de constitution du 11 octobre 1908 et qui, comme tout le monde le sait, pour des raisons propres à l'époque, ne vit jamais le jour. Mon esprit est toujours là et je suis de très près les évolutions juridiques et politiques du pays. Aujourd'hui, je m'intéresse plus particulièrement à l'exception d'inconstitutionnalité et à sa procédure.

Réalisant qu'il revenait de l'au-delà, j'eus la chair de poule. J'étais conscient que je rêvais mais ma curiosité me dissuada d'interrompre mon sommeil pour aller plus loin dans la discussion avec l'envie implacable d'avoir à la révéler un jour dès la première occasion. M'interdisant de le tutoyer comme il l'avait fait à mon égard, je lui répondis avec déférence.

– Je suis vraiment ravi de faire votre connaissance très honoré Haj Lfdoul, et serai bien aise d'écouter ce que vous souhaiteriez m'apprendre ; je suis tout ouï.

– J'ose espérer que tu n'ignores pas que dans le projet de constitution du 11 octobre 1908 nous avons prévu en son article 54 que s'il était constaté qu'une disposition est contraire à l'une des six conditions dont celle de l'atteinte à la liberté, à la constitution ou à l'ordre public, elle devait être rejetée par le Conseil de la Nation ! Ce qui veut dire que l'idée du contrôle de constitutionnalité ne nous était pas étrangère. Avec mes compagnons, j'ai donc relevé avec grande satisfaction qu'en vous inspirant des institutions de votre époque, vous l'avez introduite dans la Constitution de 1992 et qu'avec la Constitution de 2011, vous lui avez réservée une place notable avec l'adoption de l'exception d'inconstitutionnalité portant sur les droits et libertés garantis par la Constitution. Cependant, la procédure à laquelle vous comptez la soumettre est fort compliquée à mon goût. Vous vous êtes trop inspirés des modèles étrangers dont les raisons sont liées à l'histoire de leurs pays alors que vous auriez pu...

A l'entente de ces paroles bien mesurées, je compris que Haj Lfdoul était un connaisseur de la question ; pour les mieux comprendre, je l'interrompis lui demandant de m'expliquer davantage ; ce qu'il accepta en me suggérant de lui justifier au besoin les raisons à l'origine des choix qui le dérangent. Il me dit alors :

– En bref, j'ai deux observations majeures à formuler. Ne me dis surtout pas que mon regard est celui de quelqu'un qui ne serait pas au fait de l'évolution du droit et de l'Etat de droit. Je ne comprendrais peut-être pas avec la facilité qui vous distingue vous autres juristes du 21<sup>e</sup> siècle, mais tu m'accorderas tout de même un peu de ton temps pour m'écouter.

– Croyez-moi, cher Haj Lfdoul ! J'attache le plus grand intérêt à ce que vous allez me dire. Quelle est votre première observation ?

– A vrai dire, me répondit-il sereinement d'une voix calme qui traduisait la sincérité de son propos, je n'ai pas bien compris pourquoi la Cour constitutionnelle a proclamé inconstitutionnel le fait que l'identification de l'exception d'inconstitutionnalité soit faite au niveau de la Cour de cassation et qu'elle a proclamé haut et fort que dès lors qu'elle est invoquée par l'une des parties à un procès, tout le dossier doit lui être transféré afin qu'elle contrôle elle-même sa recevabilité et le sérieux de l'invocation. Comment expliques-tu cela ?

Croyant avancer un argument de poids, je lui répondis :

– La Cour a considéré, lui dis-je, que c'est la Constitution elle-même qui lui a accordé à titre exclusif la pleine compétence pour connaître de l'exception d'inconstitutionnalité et que si c'était la Cour de cassation qui devait décider de la recevabilité de celle-ci et de son caractère sérieux, cela reviendrait à lui reconnaître le pouvoir d'effectuer un contrôle préliminaire de constitutionnalité de la question.

Etonné par ma réponse que, du reste, je lui ai donnée avec sous les yeux des considérants de la décision de la Cour constitutionnelle (4), il me répondit en jetant de nouveau un regard sur l'article 133 de la Constitution.

– Mais, cher ami, je crois savoir que si la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître de l'exception d'inconstitutionnalité, il est évident qu'elle ne pourrait l'être qu'à partir du moment où celle-ci existe d'abord, c'est-à-dire constatée, bien établie et avérée ; et il va de soi que puisque c'est l'une des parties qui doit la soulever, cela ne peut se faire que devant la juridiction en charge du dossier à laquelle revient la fonction naturelle d'examiner que l'exception soulevée est en rapport avec le litige qui lui est soumis. Car il est bien possible que l'invocation ne porte que sur une question tout à fait étrangère au litige, et peut-être, il ne faut pas l'exclure, qu'elle ne le soit qu'à des fins purement dilatoires.

---

(4) « Considérant que l'examen de toute exception d'inconstitutionnalité attribué à la Cour constitutionnelle relève d'une compétence générale qui englobe l'examen des griefs qui lui sont soumis concernant la forme et le fond et qu'il n'y a pas dans la Constitution ce qui permet le morcellement de cette attribution qui s'intègre dans sa pleine compétence et que rien ne justifie de la confier à une partie autre que celle prévue par la Constitution »... « ... L'évaluation du sérieux attribuée à l'instance créée auprès de la Cour de cassation transforme cette instance en contrôleur négatif de la constitutionnalité compte tenu de la difficulté de délimiter les éléments constituant ce sérieux et le rattachement de son évaluation au fond »... « Considérant que le système de filtre, tel qu'il a été démontré, entraîne la décentration du contrôle constitutionnel, la réduction de la compétence de la Cour constitutionnelle de son contrôle *a posteriori* et sa privation d'exercer sa compétence complète en l'astreignant à examiner le fond des moyens de défense sans contrôle de leur forme ».

Détectant l'incrédulité dans mon regard, et pour me convaincre, il ajouta un second argument :

– Par ailleurs, j'estime, qu'à partir du moment où le constituant n'a pas tranché comme dans la Constitution française en décidant qui doit se prononcer sur la recevabilité et le sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité, c'est qu'il a entendu laisser ce choix au législateur organique. Or, je pense que celui-ci avait la possibilité de confier cette étude soit à la Cour constitutionnelle, soit à la Cour de cassation ; et dans les deux cas il serait conforme à la Constitution. C'est son choix ! Par conséquent, tu ne me diras pas qu'en privilégiant un choix au dépens de l'autre alors que les deux ne seraient pas contraires à la Constitution, la Cour constitutionnelle n'aurait pas procédé à un contrôle d'opportunité ? Ce qui déborde, à mon sens, ses attributions, sauf cas d'erreur manifeste d'appréciation. Élémentaire, mon cher ami !

Je fus confondu et interloqué par cette réponse, mais je persistai à avancer des arguments défendant la position de la Cour constitutionnelle.

– Convenez avec moi, Haj Lfdoul, que, sauf votre respect, si le constituant avait voulu confier l'étude de la recevabilité et du sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité à la Cour de cassation, il l'aurait dit expressément tout comme cela se fit ailleurs.

– Mais justement, rétorqua-t-il d'une voix moins calme au ton quelque peu réprobateur, là, mon cher ami, est toute l'erreur de ton approche. En gardant le silence, le constituant a tout simplement laissé le choix au législateur organique, d'autant plus que celui-ci doit déterminer les conditions de recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité qui doivent être examinées en amont au niveau de la Cour de cassation et non en aval au niveau de la Cour constitutionnelle. Il va de soi que la condition essentielle consiste dans l'existence même de l'exception d'inconstitutionnalité à partir de laquelle la Cour constitutionnelle devient compétente en application de l'article 133 de la Constitution !

– Pourquoi alors ne pas le dire dans la Constitution, lui répliquai-je ?

– Voyons donc, ne sois pas entêté, me répondit-il affectueusement ! En me disant que l'étude de la recevabilité et du sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité revient exclusivement à la Cour constitutionnelle, tu fais une lecture littérale pour ne pas dire tendancieuse de l'article 133 de la Constitution. Tu sais, et tu vas me permettre cette comparaison, la Cour constitutionnelle doit être comme un laboratoire d'analyse ou de détection de maladie ou de virus ; elle ne doit se pencher que sur cela et sur l'échantillon qu'on lui soumet. C'est une fois que la Cour de cassation serait convaincue que le malade, en l'occurrence, le procès, nécessite un examen, qu'elle doit, à l'image du médecin, demander au laboratoire de procéder à l'analyse de la disposition ou des dispositions en cause. Quand, dans un laboratoire, on fait une analyse d'un prélèvement de sang, on n'a

pas besoin d'ausculter le malade ; c'est le résultat de cet examen qui aura à guider son médecin.

Puis, devant mon silence quasi religieux, il renchérit :

– Pour en revenir à ce qui nous retient, j'attire ton attention sur le fait que pour se prononcer sur la recevabilité et le sérieux, la Cour constitutionnelle doit forcément étudier le litige dans son ensemble qui peut porter sur des domaines dont elle n'a absolument pas à connaître alors qu'elle ne doit se préoccuper que de l'étude de constitutionnalité. Je ne dis pas qu'il faut l'en décharger à cause d'un risque d'encombrement, mais je pense tout simplement que étant donné que le constituant a laissé la porte ouverte au choix à effectuer par le législateur organique, il ne revenait pas à la Cour constitutionnelle de procéder à un contrôle d'opportunité, alors que les deux options sont également conformes à la Constitution !

Je lui répliquai que, maintenant que la décision de la Cour constitutionnelle est là, rien ne peut la modifier, sauf le constituant, et qu'en tout état de cause, il va falloir mettre en place une procédure d'étude de recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité qui soit conforme à cette décision ayant désormais autorité de chose jugée.

Il me dit alors avec amabilité et une apparente résignation.

– Ainsi soit-il ; et l'avenir nous dira qui a raison, conclut-il ! Puis, il ajouta : J'aimerais te retenir encore pour t'exposer, si tu le permets, ma deuxième observation qui a trait à l'audience et son caractère public devant la Cour constitutionnelle.

– Avec joie, lui dis-je !

L'éveil me reprenait, je sentais que je me réveillais, c'était le petit matin, mais, conscient que Haj Lfdoul ne reviendrait sans doute plus jamais m'entretenir d'un sujet me tenant à cœur, je m'efforçai de replonger dans mon sommeil pour ne rien perdre de son propos.

– Cette fois-ci, reprit-il, je vais certainement te surprendre en te disant que je ne vois pas pourquoi, il y aurait une audience, de surcroît publique, pour l'exception d'inconstitutionnalité (5) alors que la disposition ou les dispositions portant atteinte aux droits et libertés ne doivent être étudiées que par référence à la Constitution et rien de plus !

– Mais, lui répondis-je, à brûle-pourpoint, c'est ainsi que cela se passe partout ailleurs ; c'est le législateur organique qui l'a décidé et le juge constitutionnel ne devrait y

---

(5) Article 22 du projet de loi organique fixant les conditions et les modalités d'application de l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi : « L'audience devant la Cour constitutionnelle est publique, sauf dans les cas où la Cour décide son déroulement à huis clos conformément à son règlement intérieur ».

voir aucune inconstitutionnalité ; d'ailleurs, vous l'avez dit tout à l'heure Haj Lfdoul, il ne doit pas contrôler l'opportunité, sinon il instaurerait le gouvernement des juges, et je suis parfaitement d'accord avec vous.

– Tout à fait ! De ce point de vue, me rassura-t-il, je n'ai rien à reprocher, ni au législateur et encore moins au juge constitutionnel qui devrait respecter son choix. Néanmoins, cela ne m'empêche pas de t'inviter à réfléchir avec moi à la question. Le souhaiterais-tu ou voudrais-tu te réveiller ?

Je me sentis sur des charbons ardents avec l'indomptable envie de savoir le fond de la pensée iconoclaste de Haj Lfdoul. Mon sommeil touchait presque à sa fin, mais je me fis violence pour ne pas céder à l'éveil, je voulais encore écouter Haj Lfdoul qui, avec une attention toute particulière, se lança dans sa démonstration.

– Le contrôle de constitutionnalité qui s'exerce *a priori*, donc avant la promulgation de la loi, se fait sur la base d'une saisine de la Cour constitutionnelle par l'une des six autorités auxquelles le constituant a donné cette possibilité. Lorsqu'elle est saisie, la Cour devient dépositaire d'une mission, celle de se prononcer sur le texte qui lui est soumis par référence à ce que vous appelez en doctrine le bloc de constitutionnalité. Cet examen, que je sache, a lieu par les membres de la Cour entre eux sans la présence de quiconque. Point d'audition de la partie saisissante, point de plaidoirie, bref, la Cour procède à son étude par rapport à la Constitution en se limitant à la lecture des éventuelles observations accompagnant la saisine ou de celles formulées par les services du chef du gouvernement.

L'écouter avec intérêt, j'étais quelque peu pressé de savoir où Haj Lfdoul voulait en venir en me parlant de choses tout à fait évidentes. De son regard perçant, il devina la ferveur de mon attente et se hâta de me présenter son point de vue en se lançant dans une péroraison que je me fis un devoir d'écouter avec le plus grand des respects. Il enchaîna :

– Pourquoi ne pas considérer l'exception d'inconstitutionnalité comme une simple réouverture des délais pour contrôler une loi promulguée avant que la Constitution ne proclame des droits, des libertés et des principes non mentionnés dans le passé ou une loi portant atteinte à ces droits et libertés mais dont le juge constitutionnel n'aurait pas été saisi. Naturellement, je ne parle pas des lois organiques où ce juge est censé, comme dirait Jean de la Fontaine, ne laisser nulle place où la main ne passe et repasse.

– Que proposeriez-vous alors ? Car, comme vous le savez cher monsieur Haj Lfdoul, on ne détruit que ce que l'on remplace, lui dis-je avec une espèce de candeur malicieuse.

– Tout simplement, qu'il n'y ait pas d'audience publique ; et, comme le contrôle ne doit s'effectuer que par référence à la Constitution et non au cas d'espèce à l'origine de l'exception d'inconstitutionnalité, je ne vois pas l'utilité d'une plaidoirie dénonçant l'inconstitutionnalité et d'une autre du gouvernement soutenant systématiquement et

mordicus qu'il n'y en a point ! Ainsi le juge constitutionnel ne serait pas influencé par les éventuels effets préjudiciables à la partie dénonçant l'inconstitutionnalité. Tu me diras sans doute qu'il est suffisamment outillé et assez mature pour ne pas se laisser influencer, et je te répondrai pourquoi alors il écouterait toute une série de discours auxquels il se doit de demeurer indifférent tant il est vrai qu'il ne doit pas prendre en considération l'application de la loi au requérant qui en conteste la constitutionnalité, mais seulement la loi en elle-même, par référence, je le répète, à la Constitution et rien de plus ! Il doit dire son mot sans faire acception du cas auquel il va s'appliquer.

– Mais, Haj Lfdoul, lui dis-je avec conviction, ces discours-là auxquels vous faites allusion, ne pourraient-ils pas être les révélateurs de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité du texte qui lui est soumis ?

– Voyons donc ! Tu penses que le juge constitutionnel aurait besoin que l'on vienne l'orienter alors qu'il devrait être fin connaisseur de toute question constitutionnelle, la comprendre au vol et à demi mot ? D'autant plus que son rôle n'est pas de trancher un litige entre des parties, mais de statuer sur un point de droit constitutionnel. Qui plus est, il y a un aspect pratique, l'absence d'audience publique et d'écoute des parties éviterait au plaignant de se déplacer en compagnie de son avocat jusqu'au siège de la Cour constitutionnelle, surtout si le lieu de sa résidence en est très éloignée, sans parler des frais que cela entraînerait ; j'ose croire que tu n'exclues pas que c'est une lourde épreuve !

– Non, du tout, lui répondis-je, pour éviter de le fâcher ! Mais, vous m'accorderez en contrepartie, cher Haj Lfdoul, qu'un procès équitable nécessite tout de même que l'on écoute les parties.

– De quel procès et de quelles parties me parles-tu, fulmina-t-il ? Si procès il y a, c'est celui de la loi par rapport aux droits et libertés garantis par la Constitution, quant aux parties qui semblent te hanter, leur rôle se terminerait dès lors que la Cour constitutionnelle serait saisie de la disposition ou de la loi comparable, comme je l'ai dit tout à l'heure, au prélèvement de sang que le médecin envoie au laboratoire pour examen. Jamais le laboratoire ne demande la fiche médicale du patient, il ne rencontre celui-ci que pour la prise de sang dont il doit faire l'analyse et ce sont les résultats de cette analyse qui déterminent la suite à donner au traitement !

Il ajouta, comme pour clore la discussion :

– En fait de procès équitable, pourquoi n'est-il pas prévu que le juge constitutionnel écoute les parties avant l'examen d'une loi avant sa promulgation, j'entends, un représentant du chef du gouvernement, si celui-ci est le saisissant et un représentant du parlement qui a voté la loi ? Ou encore, dans le contentieux électoral, pourquoi n'écoute-t-il pas les parties en litige, bien que chacune d'entre elle défende ses propres intérêts ? Tu vois que l'on peut parfaitement dépasser cette histoire de procès équitable car si la Cour

veut être équitable, elle peut tout à fait l'être au vu des seules pièces qui lui sont fournies. En invoquant l'exception d'inconstitutionnalité, le requérant n'aura-t-il pas révélé ce qu'il reproche à la loi ou aux dispositions qu'il prétend inconstitutionnelles, n'est-ce pas suffisant ?

En opinant de la tête mais avec un doute apparent, je persistais à le contredire en ajoutant :

– Cher monsieur Haj Lfdoul, vous n'êtes pas sans savoir que le caractère public de l'audience est adopté par de nombreux pays et les modèles ne manquent pas !

– C'est vrai ! Cela peut être un choix du constituant comme en Allemagne où le Tribunal constitutionnel fédéral fait partie intégrante du pouvoir judiciaire (6) dont le fonctionnement suppose naturellement l'audience publique ; ou prévu par la loi organique, comme en France (7), ce qui est un choix du législateur que ne saurait remettre en cause le juge constitutionnel, sinon il tomberait dans le contrôle de l'opportunité. Dans la Constitution marocaine, il n'en est rien ; ce qui implique que le législateur organique pourrait faire preuve d'imagination en optant pour un système autre que le copié/collé, un système simplifié qui prenne en compte les besoins de la société et surtout le fait que les tribunaux sont suffisamment encombrés pour que l'on songe à faire de même pour la Cour constitutionnelle qui est certes une juridiction, mais d'un autre type. N'étant pas une composante du pouvoir judiciaire, elle peut avoir son propre système de fonctionnement !

– J'ai bien saisi votre point de vue, Cher Haj Lfdoul, lui dis-je ; néanmoins, je crains qu'il ne soit pas bien accueilli par tous car, il faut bien le dire, il remet en cause un principe universellement admis qui est celui de l'audience publique de tout procès et je retiens que sur ce plan vous avez votre propre opinion que je respecte.

Il ne me répondit pas ; sans doute l'a-t-il fait, mais je n'ai rien entendu sauf le son musical du réveil qui mit fin à mon songe en me tirant pour de bon de mon sommeil.

---

(6) Article 92 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne : « Le pouvoir judiciaire est confié au juges ; il est exercé par le Tribunal constitutionnel fédéral, par les tribunaux fédéraux prévus par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder.

(7) Article 23-10 de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel ».