

## Profiter des expériences allemandes ? (\*)

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

Merci Madame la présidente ;

Mesdames et Messieurs ;

Je suis très heureux de prendre la parole aujourd'hui après cet exposé extrêmement riche et instructif de Monsieur Rudolf Mellinghoff sur la Cour constitutionnelle allemande, une des cours les plus prestigieuses dans le monde constitutionnel et de la défense des droits et libertés.

Permettez-moi de vous confier que lorsque Monsieur Farid El Bacha m'a demandé d'intervenir lors de cette rencontre qu'organise aujourd'hui Monsieur Helmut Reifeld, représentant résident de la dynamique Fondation Konrad Adenauer, dans le cadre de ses multiples activités au Maroc, je me suis tout de suite posé la question : Que vais-je dire ?

Est-ce qu'il faut seulement réagir à l'exposé qui vient d'être fait, réagir en tant qu'étranger à un exposé présenté par un spécialiste, par quelqu'un qui a exercé la justice constitutionnelle, puisque Monsieur Mellinghoff a été magistrat à la Cour constitutionnelle allemande ou faut-il choisir une autre voie ? A vrai dire, quelle que serait ma réaction, elle serait inappropriée si je m'attardais uniquement sur le système allemand par ce que tout simplement je ne le connais pas plus que vous. J'avoue cependant qu'après avoir été convié à cette rencontre, je me suis documenté quelque peu sur ce système de justice constitutionnelle, mais vous conviendrez que cela reste insuffisant pour que je puisse valablement réagir.

Alors une idée m'est venue. Je me suis dit pourquoi ne pas profiter de la présentation de cette Cour constitutionnelle allemande, de ses acquis, de son histoire et puis de jeter un regard sur l'expérience marocaine à la lumière de tout ce qui nous a été si doctement présenté ? Mon but est d'enrichir le débat et de susciter des questions qui pourraient permettre à nos étudiants et à nos chercheurs de s'intéresser davantage à l'évolution de

---

\* Profiter des expériences allemandes ? Démocratie et justice constitutionnelle, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 39.

la justice constitutionnelle au Maroc telle qu'elle est actuellement et depuis qu'elle a existé il y a longtemps déjà ?

Ce qui vient d'être présenté est extrêmement important et, comme cela vient d'être précisé par Madame Messaoudi qui, ce faisant, m'a tendu la perche, j'ai déduit que la Cour constitutionnelle allemande avait trois compétences principales :

D'abord, elle est un tribunal d'État ; en plus, elle est un contrôleur normatif ; et puis elle reçoit des plaintes constitutionnelles.

Et, à la réflexion, on peut remarquer que la Cour constitutionnelle marocaine, instituée par la Constitution de 2011, et qui bientôt verra le jour, répond aux deux premières qualités. Elle contrôle le pouvoir d'État et, dans une large mesure et, selon une procédure bien arrêtée, elle contrôle le pouvoir législatif normatif ; mais elle ne reçoit pas de plaintes.

Tribunal d'État, comme en Allemagne, elle sera amenée à contrôler le contentieux électoral qui relève actuellement du Conseil constitutionnel en attendant, bien sûr, la mise en place de la nouvelle juridiction.

Contrôleur normatif, elle aura à contrôler les lois organiques tout comme elle contrôlera les règlements intérieurs des chambres et le règlement intérieur du conseil économique et social ainsi que les lois ordinaires ; mais elle n'aura pas à recevoir des plaintes. En d'autres termes, point de recours directs, par voie action, mais uniquement, comme on le verra sous peu, par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité. Cela signifie que le justiciable ne peut demander l'examen d'une disposition législative par le juge constitutionnel que lors d'un procès devant une juridiction.

\*

\*      \*

Ceci dit, j'aimerais attirer votre attention sur le fait que lorsque l'on parle de justice constitutionnelle, immédiatement nous vient à l'esprit que cette justice a commencé avec la Constitution de 1962. Mais personnellement, en toute modestie, je suis partisan de ne pas négliger la partie historique de notre passé et de notre histoire.

Avant le protectorat, comme tout le monde le sait, il y avait un projet de constitution qui avait circulé ici et là, sur lequel je ne m'étendrai pas, mais je l'évoque seulement pour dire qu'il prévoyait deux dispositions extrêmement importantes : les articles 34 et 54.

Je parle du projet de constitution qui devait voir le jour, qui avait commencé à circuler ; ce qui avait suscité pas mal de réactions de la part des pouvoirs publics à l'époque ; et qui avait été interrompu pour des raisons politiques et historiques, notamment le protectorat en 1912 ; c'est un projet de constitution qui datait du 11 octobre 1908.

J'ai relevé, tout comme vous pouvez le relever avec moi, que ce projet-là prévoyait deux contrôles de constitutionnalité et, de ce fait, on ne doit pas continuer à soutenir que le contrôle de constitutionnalité est inspiré seulement des expériences occidentales. Parce que dès lors qu'il y a une constitution, que l'on met en place une constitution, lorsque l'on n'institue pas un organe chargé de contrôler les actes des pouvoirs publics et les décisions du pouvoir public par rapport à cette constitution, c'est comme si on mettait en place une loi sans prévoir un tribunal pour juger les litiges qui pourraient résulter lors de son application.

On ne peut pas imaginer, par exemple, le code des obligations et contrats sans tribunaux ayant compétence en la matière ; on ne saurait imaginer un code du travail sans juges chargés de statuer sur les litiges concernant le droit du travail ; et, naturellement, quand on met en place une constitution, si on ne prévoit pas un contrôle pour le législatif et un contrôle de la représentativité qui ressort de cette constitution, c'est comme si elle avait une vocation purement indicative et qu'elle ne pourrait pas avoir une vocation normative. Et c'est justement ce qui avait été pris en considération par les rédacteurs du projet de texte constitutionnel de 1908 ; dans deux articles, comme je l'ai dit à l'instant.

L'article 34 disait que « Tout sujet marocain a le droit de déposer devant le Conseil consultatif une plainte contre tout fonctionnaire du Maghzen ou contre tout sujet auteur d'un préjudice à son encontre ou d'un acte contraire à un article de la Constitution. Le Conseil consultatif doit statuer sur cette plainte en toute équité, sans lenteur et sans négligence ».

Dans le même sens, l'article 54 prévoyait que le Conseil des Notables, équivalent de la deuxième chambre, devait rejeter tout texte contraire à l'une des six conditions dont celle de ne pas porter atteinte à la liberté ou à la Constitution.

On voit alors que l'idée de contrôle de constitutionnalité n'était pas absente ; elle n'a sans doute pas été mise en application mais elle a été clairement soutenue pour s'exercer selon une procédure, on en convient, particulière au regard de ce qui a cours

aujourd'hui, mais elle a existé tout de même.

J'ai tenu à vous présenter cela pour vous dire que le principe du respect de la constitution au Maroc n'est pas dû seulement à la Constitution de 1962, c'est-à-dire avec l'institution de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, mais qu'il était déjà contenu dans le projet de 1908 ; c'était un contrôle qui n'était pas exercé par un organe spécialisé ; il était exercé par ceux qui devaient faire la loi et ceux qui exerçaient le pouvoir et qui devaient exercer le pouvoir législatif à cette époque.

Voilà ; c'était un point sur lequel je voulais attirer votre attention par un regard qui, à mon sens, doit faire justice à une partie de notre histoire.

\*

\* \*

En 1962, comme vous le savez, il y a eu la Chambre constitutionnelle au sein de la Cour suprême ; il est tout à fait normal que cette Chambre constitutionnelle ne pouvait pas reproduire l'image du Conseil constitutionnel français de l'époque sachant que la Constitution de 1962 était une copie pratiquement conforme de la Constitution de la cinquième République, bien sûr avec quelques différences, avec tout ce qui touchait les pouvoirs du Roi, les pouvoirs en relation avec la religion et la spécificité du système juridique et politique marocain.

La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême avait des pouvoirs qui n'avaient rien en commun avec ceux du Conseil constitutionnel français et ceux de la justice constitutionnelle telle qu'elle était exercée à l'époque. Ils étaient très restreints. Cela était tout à fait compréhensible.

Au lendemain de la libération du protectorat, il était difficile d'instituer des organes de contrôle de constitutionnalité à l'identique de ce qui avait cours ailleurs, tout comme il s'était avéré difficile d'instituer par exemple des tribunaux administratifs. Sur ce dernier point, on avait opté pour le système de la dualité de droit au sein d'une unité de juridiction, parce que tout bonnement, à l'époque, on manquait de cadres. Il faut rappeler qu'au lendemain de la libération, le Maroc ne comptait pas un grand nombre de hauts diplômés. Alors vous concevez parfaitement qu'à partir de là, on ne pouvait pas mettre en place des institutions nécessitant matériellement des cadres de haut niveau. Il

a fallu se contenter des moyens du bord en attendant des jours meilleurs.

Et puis vint la Constitution de 1992 qui institua le Conseil Constitutionnel. Et là, le Maroc avait déjà derrière lui des décennies de formation ; il avait suffisamment de cadres et de juristes pour pouvoir mettre en place un organe spécialisé en la matière. Et c'est ainsi que le Conseil constitutionnel est devenu compétent en matière de contrôle des pouvoirs, de contentieux normatif, et de contrôle des élections législatives.

Ainsi, outre sa compétence en matière de lois organiques qui doivent impérativement lui être soumises pour approbation avant leur promulgation, il est devenu compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois ordinaires. Ce qui n'existait pas avant. Désormais, il peut être saisi par l'une des six autorités énumérées par la Constitution d'une loi jugée inconstitutionnelle mais, comme je viens de le préciser, avant sa promulgation. Le roi, le Premier ministre, le président de la Chambre des représentants, le président de la Chambre des conseillers, le quart des membres de la Chambre des représentants ou le quart de la Chambre des conseillers.

Donc, jusque-là, on n'était pas encore au niveau de ce qui se passe en Allemagne, ni de ce qui se passe dans les démocraties les plus évoluées, parce qu'une véritable démocratie, un véritable Etat de droit, ce n'est pas celui où l'on exerce un contrôle de constitutionnalité uniquement sur les lois avant leur promulgation, mais également sur des lois promulguées si elles sont déjà en vigueur. Il fallait donner la possibilité à tout un chacun de dénoncer l'inconstitutionnalité de toute loi et puis, s'il obtient gain de cause, la juridiction constitutionnelle devra procéder à l'abrogation.

Avec la Constitution de 1996, on est resté dans la même lignée, dans le même esprit. Sauf qu'il y a eu une modification quant à la composition du Conseil constitutionnel en raison du fait que, tout simplement, en 1992 on avait le monocaméralisme et puis, en 1996, on avait renoué avec le bicaméralisme. Il fallait donc que cela se reflète sur la composition du Conseil ; soit une représentation de la nation issue aussi bien de la Chambre des représentants que de la Chambre des conseillers ; mais les compétences de la juridiction rénovée sont restées les mêmes.

Avec la Constitution de 2011, l'avenir est devant nous, et nous nous rapprochons quelque peu du système allemand. Cette Constitution qui a institué nombre de nouveautés, tout en reprenant ce qui a lieu dans les démocraties les plus élevées,

notamment en Italie, en Espagne, au Portugal, en Allemagne, a renoué un petit peu avec le passé. Comme déjà dit tout à l'heure, dans le projet de constitution de 1908 il y avait l'idée d'exception d'inconstitutionnalité, l'idée existait. Et maintenant, on renoue avec cette idée.

\*

\*      \*

On sait que c'est par une interprétation large de la Constitution que voici plus de deux siècles le contrôle de constitutionnalité est né d'une manière tout à fait incidente aux Etats unis d'Amérique.

Le Président sortant Adams avait nommé comme juge de paix Marbury qui n'avait pas reçu sa nomination après l'accession de Jefferson à la présidence. Sur la base d'une loi de 1781, il s'adresse à la Cour suprême lui demandant d'adresser une injonction à l'Administration en la personne de Madison pour l'installer à son poste. Le juge Marshall, ne voulant pas se mettre à dos le nouveau président, cherche une parade juridique pour rejeter la demande de Marbury ; il décline la compétence de la Cour suprême en déclarant que la loi de 1781 sur la base de laquelle le requérant l'avait directement saisi était inconstitutionnelle, vu que la Constitution ne donnait compétence à la Cour suprême de ne se prononcer qu'en appel ! Le contrôle de constitutionnalité des lois était né !

Mais si l'on prend le système marocain qui actuellement a derrière lui 13 siècles d'existence, on ne peut se détourner de la réalité que l'Etat marocain avait été créé en 788, par Idriss I, autour, ou, si vous voulez, sur la base d'un noyau qui est la religion musulmane ; et, dans la religion musulmane, et, précisément, lorsque l'Islam est la religion d'Etat, tout ce qui doit être fait comme législation, doit être conforme ou du moins ne pas être en contradiction avec la norme qui lui est supérieure et que constituent les règles de l'Islam.

Donc, lorsqu'entre ces règles et le pouvoir temporel, le quotidien, il y a la Constitution, celle-ci ne doit pas aller à leur rencontre. Je ne dis pas qu'elle doit leur être conforme à 100%, en ce sens que ce qui ne s'y trouve pas ne doit pas exister dans la constitution et la législation, mais elle ne doit pas contenir ce qui peut être en contradiction avec ces

règles. Non point ce que l'on appelle le principe de conformité mais celui de non-contrariété.

En d'autres termes, lorsque vous mettez en place une norme dans le commerce juridique, vous n'allez pas voir quelle est la norme supérieure pour lui être conforme mais au moins cette norme que vous émettez ne doit pas être en contradiction avec la norme supérieure. C'est dire que dans le système de l'État musulman, il est tout à fait normal que la norme inférieure ne soit pas contraire à la norme supérieure.

Comme vous le voyez, je pense que ce qui avait animé l'esprit des rédacteurs de 1908, c'était justement cette idée que la constitution pouvait instituer des règles, des droits, des libertés, des obligations, mais que le tout devait avoir lieu dans le respect des règles de l'Islam et de la Constitution. Et cela ne pouvait se faire que par un mécanisme de contrôle, comme vu tantôt, institué par les articles 34 et 54 du projet qui, certes, n'a jamais vu le jour, mais qui ne demeure pas moins un texte contenant l'idée de contrôle de constitutionnalité.

\*

\*      \*

Maintenant, avec la Constitution de 2011, lorsqu'on a institué une Cour constitutionnelle, qui bientôt sera mise en place, on l'a dotée d'un certain nombre de pouvoirs qui ne sont pas nouveaux parce que les lois organiques continuent d'être contrôlées comme par le passé, sauf qu'on est passé de neuf lois organiques à dix-neuf ; et que, pour les lois ordinaires, ça a toujours été le cas. Néanmoins, l'essentiel apporté par le Constituant se présente en deux points importants :

Le contrôle des engagements internationaux sur saisine par le roi ou le chef du gouvernement ou le président de la Chambre des représentants ou le président de la Chambre des conseillers ou le sixième des membres de la première Chambre ou le quart des membres de la deuxième Chambre. Si la Cour déclare l'engagement contraire à la Constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après la révision de celle-ci.

Le deuxième point est une nouveauté qui renoue avec le passé lointain et en même temps reprend ce qui existe au sein des grandes démocraties comme en Allemagne, tel que cela vient de nous être présenté à l'instant, c'est l'exception d'inconstitutionnalité.

Cette exception d'inconstitutionnalité était tout à fait attendue dans la mesure où si le Constituant ne l'avait pas prévue, il n'aurait pas été conséquent avec lui-même. On ne pouvait pas mettre en place une nouvelle Constitution instituant des droits nouveaux, optant pour un esprit qui s'inscrit dans la logique et des principes démocratiques de l'Etat de droit sans ouvrir la voie d'un contrôle de toute la législation édictée depuis un siècle. Donc, il s'est avéré tout à fait normal de penser à un toilettage de la législation antérieure à la Constitution pour la mettre au diapason des principes nouveaux qui y sont consacrés.

\*

\* \*

A juste titre, on peut être persuadé que l'exception d'inconstitutionnalité ne sera pas comme elle existe en Allemagne où le requérant peut s'adresser, par voie d'action, directement à la Cour constitutionnelle, alors que chez nous il ne pourra le faire que par voie d'exception. L'inconstitutionnalité ne pourra être soulevée qu'au cours d'un procès devant une juridiction 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.

Quelle sera la procédure ?

Comme vous le savez maintenant, il n'existe pas de système parfait, mais chaque pays doit trouver le système qui lui convient le plus, le mieux, et qui s'adapte à la mentalité de la plupart de ses citoyens. Ouvrir la voie de manière démesurée, serait se jeter dans les bras de l'aventure. On risque de le regretter au point de dire que l'on a mal fait d'instituer l'exception d'inconstitutionnalité ! L'entrouvrir à peine reviendrait à étouffer toute possibilité d'accéder librement à la justice constitutionnelle.

Le mieux serait, comme dans la vie de tous les jours, d'adopter la solution du juste milieu, c'est-à-dire ne pas l'ouvrir totalement, mais ne pas, non plus, la fermer presque entièrement. L'idéal est de s'inspirer des expériences qui ont fait leurs preuves tout en évitant le piège de l'imitation aveugle. En fait, distinguer entre l'inspiration et l'imitation.

Les trois conditions retenues dans le système français ne seraient pas à écarter. La loi en question ne doit pas avoir fait l'objet d'un contrôle, elle doit être en relation directe avec

le procès et constituer un moyen sérieux qui mérite d'être transmis à la juridiction constitutionnelle.

En fait, Il n'existe pas de modèle parfait, pas plus qu'il n'existe de modèle unique. L'essentiel pour tout pays, lorsqu'il veut aller de l'avant, c'est de voir quels sont les modèles qui existent ici et là, et de voir ce qui peut s'adapter à lui. Tout comme l'on adopte un avis ou un modèle déterminé, on choisit un costume ou, en général, un habillement, on ne peut pas prendre la pointure supérieure ou inférieure, cela demeure inadapté.

Tout ce que je voulais, c'était vous suggérer quelques idées, sans doute éparées et décousues mais, me semble-t-il, en relation avec le sujet, afin que nous puissions parler du Conseil constitutionnel, de contrôle de constitutionnalité, de la justice constitutionnelle au Maroc à la lumière de ce qui vient de nous être présenté par Monsieur Mellinghoff.

Merci de votre attention.