

Le Conseil constitutionnel et le principe de non-rétroactivité des lois (*)

Note sous décision n°467-2001 du C.C. 31 décembre 2001, *loi de finances 2002*

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

Par lettre du 27 décembre 2001, 97 membres de la Chambre des représentants demandent au Conseil constitutionnel de déclarer non conformes à la Constitution certains articles de la loi de finances pour l'année budgétaire 2002. Quatre jours plus tard, le 31 décembre, la Haute instance rend sa décision en déclarant que les dispositions en question étaient conformes à la Constitution. Sans revenir sur l'ensemble ce que nous avons déjà dit à ce propos (Le Journal hebdomadaire, n°48, semaine du 12 au 18 janvier 2002, p. 10), nous voudrions, dans les lignes qui suivent, mettre l'accent sur un point bien précis, le principe de la non-rétroactivité des lois qui, si on le considère de très près, constitue l'élément essentiel de la décision et qui, à notre avis, mérite une attention toute particulière compte tenu de ses conséquences juridiques et de la logique de raisonnement qu'il est de nature à instituer si des aspects semblables devaient être prochainement soulevés. Car, qu'on le veuille ou pas, certaines décisions du Conseil constitutionnel ou de toute autre juridiction, même si elles semblent résoudre un cas d'espèce, revêtent un caractère de principe dont il est difficile de se départir sans se renier ou se déjuger.

Les membres de la Chambre des représentants avaient considéré que le contenu de l'article 6 de la loi de finances pour l'année 2002 était contraire à l'article 4 de la Constitution, au motif que l'exonération qui y est prévue des droits et taxes applicables à l'importation des viandes de volailles, d'ovins et de bovins au profit des Forces armées royales, s'applique à compter du 1^{er} janvier 1996, ce qui constitue une violation de la règle de la non-rétroactivité des lois.

Pour apporter une réponse à ce chef d'annulation, le Conseil constitutionnel a suivi une démarche qui prend comme base l'article 4 la Constitution marocaine, mais qui s'inspire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français dont la base de raisonnement justement se fonde sur une disposition absolument différente de l'esprit de notre article 4, et, finalement, bien moins contraignante pour le juge. C'est ce que l'on se propose de démontrer.

I - L'article 4 de la Constitution marocaine comparé à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

« Considérant, toutefois, que le principe de non-rétroactivité des lois, posé par l'article 4 de la Constitution, ne constitue pas une règle absolue, du fait des exceptions qui y sont apportées dans le cadre de la loi de finances, justifiées par des critères sur lesquels se base le législateur pour régulariser des situations exceptionnelles, définies par l'administration dans un but d'intérêt général (...) ».

* REMALD n° 43, 2002, p. 99 et suiv.

Nul ne contestera que le Conseil constitutionnel français, depuis sa première décision rendue en la matière, s'est constamment orienté dans ce sens. Et c'est sans aucun doute ce qui a dû déterminer le nôtre à suivre la même démarche. Mais pouvait-il le faire sans faire fi de la spécificité de notre texte constitutionnel qui est ce qu'il est et qui, quel que soit le sens dans lequel on peut le prendre, ne saurait traduire la même chose que la Constitution française ? Voyons cela de plus près !

Dans un précédent commentaire, nous avons avancé que le principe de non-rétroactivité des lois n'est pas énoncé dans la Constitution française. Il n'a qu'une valeur législative puisque cité dans l'article deux du code civil. Ce dont nous sommes toujours convaincu car nous croyons devoir faire la différence entre ce qui est expressément écrit dans la Constitution, comme cela est le cas au Maroc, et ce qui se déduit d'une phrase où l'expression même de non-rétroactivité n'a jamais été employée.

Pour faire application du principe de non-rétroactivité des lois en lui apportant les dérogations que sous peu nous allons voir, le Conseil constitutionnel français se réfère à ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire l'ensemble des textes auxquels fait référence le préambule de la Constitution de 1958. Et c'est la raison pour laquelle tant en droit constitutionnel qu'en droit administratif, le préambule de la Constitution française a fait l'objet de toute une littérature dont il serait inutile de faire état. Parmi les éléments de ce bloc de constitutionnalité, il y a naturellement la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 où nulle part il n'est question du principe de non-rétroactivité comme dans le cas marocain. Dans l'article 8 de cette déclaration, les représentants du peuple français, constitués en Assemblée Nationale, avaient tout simplement déclaré : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

Faisant application de cette disposition, la Haute instance française a invariablement statué dans le sens de l'admission des dérogations au principe général du droit de non-rétroactivité des lois, notamment en matière fiscale, mais en prenant la précaution de préciser et d'expliquer sa position.

Ainsi, peut-on relever, par exemple, que dans sa décision du 18 décembre 1998 (loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, J.O. 27 décembre 1999, p. 19663), le Conseil constitutionnel avait clairement dit : « *Considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, néanmoins, si le législateur a la faculté d'opérer des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ».

Donc, comme on peut le constater, le juge constitutionnel français, sans aucunement être lié par le terme de non-rétroactivité, mais dont il a seulement déduit l'idée, absolument incontestable, du principe que *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*, logique avec lui-même et se prémunissant contre l'impondérable des faits à venir, n'a reconnu au principe valeur constitutionnelle qu'en matière répressive. De cette manière, qu'il n'a pas choisie, du reste, mais qui lui est imposée par la Constitution, car il ne doit se

prononcer que dans son cadre et rien d'autre, il a ouvert la voie non pas à des dérogations, dans la mesure où l'on ne peut juridiquement parler de dérogations que si le principe de non-rétroactivité avait été expressément cité et avait eu valeur constitutionnelle absolue, comme au Maroc, mais à la faculté pour le législateur d'opérer des dispositions fiscales à caractère rétroactif. Et, comme voulant se prémunir au maximum contre toute éventualité, car c'est ainsi que s'édifie une bonne jurisprudence, et non au coup par coup, il a soumis cette faculté non à un motif seulement d'intérêt général, mais à un motif d'intérêt général suffisant, en précisant que, en tout état de cause, et pour demeurer logique avec l'essence même de la non-rétroactivité, cette faculté du législateur ne doit pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En d'autres termes, elle ne doit pas instituer des contraintes ou sanctions dans le passé.

Au Maroc, les choses se présentent bien différemment, et c'est là que la lecture faite par notre Conseil constitutionnel ne nous semble pas au-dessus de toute discussion.

Contrairement à la Constitution française, la Constitution marocaine n'a pas dit que *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*, mais a énoncé dans son article 4 : « *La loi est l'expression suprême de la volonté de la Nation. Tous sont tenus de s'y soumettre. La loi ne peut avoir d'effet rétroactif* ».

On a beau lire et relire la troisième phrase de ce paragraphe ; elle est d'une clarté aveuglante.

La loi ne peut avoir d'effet rétroactif. Point.

Il n'est pas question de loi répressive ou autre ; mais de loi, quelle qu'elle soit. Telle est notre Constitution. Peut-on lui faire dire le contraire ?

Sans doute, le constituant avait-il eu tort d'être si catégorique, mais est-ce que le juge constitutionnel peut le corriger aussi simplement en admettant des exceptions au principe, *justifiées par des critères sur lesquels se base le législateur pour régulariser des situations exceptionnelles, définies par l'administration dans un but d'intérêt général* ? A vrai dire, autant on peut comprendre que la non-rétroactivité doit s'apprécier par rapport à la sécurité juridique qu'elle doit procurer et à partir de laquelle elle tire tout son fondement, et que, par conséquent, une loi peut être rétroactive si elle ne porte pas atteinte à une situation juridique favorable, autant on n'arrive pas à comprendre que notre Conseil constitutionnel l'ait considérée à la lumière de ce qui a cours en France, sans prendre en compte la spécificité bien française de l'article 8 de la Déclaration de 1789, et en créant l'amalgame entre la dérogation au principe constitutionnel de non-rétroactivité et la vague et glissante notion d'intérêt général.

II – Les inconvénients du critère de l'intérêt général

D'après la décision du 31 décembre 2001, il est désormais établi que le principe de non-rétroactivité des lois peut connaître des exceptions par la loi de finances, justifiées par des critères sur lesquels se base le législateur, *pour régulariser des situations exceptionnelles, définies par l'administration dans un but d'intérêt général*. Prise à la lettre, cette interprétation ouvre des portes multiples sur l'inconnu. Au risque de nous

répéter, il est difficile de ne pas admettre selon le même critère d'intérêt général, l'application d'une loi instituant un impôt dans le passé dont les recettes peuvent par exemple servir à la lutte contre la sécheresse ou autre calamité. Et ceci est d'autant plus probable que le juge parle de situations exceptionnelles, définies par l'administration dans un but d'intérêt général. En d'autres termes, il ne reviendra plus au législateur qu'à déterminer des critères propres à justifier *a posteriori* une action administrative alors qu'en réalité c'est à l'administration d'agir dans le sens tracé par le législateur. Chaque fois que l'administration considérera qu'il y a intérêt général à faire ceci ou cela, le législateur s'arrangera pour lui trouver la protection légale que le Conseil constitutionnel sera amené à avaliser en application de sa motivation du 31 décembre 2001. C'est l'administration qui détermine l'intérêt général et c'est le législateur qui doit lui offrir la base légale. Selon l'ordre naturel des choses, avouons que c'est fort curieux ! Là nous semble être le danger de l'amalgame entre la dérogation au principe constitutionnel de non-rétroactivité des lois et le critère de l'intérêt général.

Mais peut-on dire que le principe ne peut connaître aucune exception ? S'il est certain qu'on ne peut pas être catégorique dans la réponse, on peut, en revanche, répondre en prenant soin de bien nuancer les choses.

Il nous semble qu'il faut partir de la raison, de la cause, des motifs qui ont été à la source du principe de la non-rétroactivité et non considérer celui-ci comme une expression dans l'absolu, abstraction faite de ses fondements. Le principe de non-rétroactivité n'a de valeur que dans la protection, la stabilité et la sécurité qu'il procure dans les relations juridiques, surtout si celles-ci concernent l'individu au sein de la société. En matières pénale, civile, administrative, commerciale ou autre, il serait complètement fantaisiste, et la notion même de droit n'aurait plus aucune signification, de prévoir quoi que ce soit dans le passé, spécialement si cela doit sanctionner ou tout au moins avoir lieu en réaction à une situation ou un fait antérieur. Bien avant l'article 8 de la déclaration de 1789, on peut lire dans le Coran, verset 15 de la sourate du voyage nocturne : « *Nous ne sévissions pas sans que nous ayons envoyé un Prophète* ». C'est dire qu'au delà de tout texte humain, c'est un principe divin qui s'impose dans un pays où l'Islam est la religion de l'Etat. Car, il va sans dire que le caractère constitutionnel de cette référence fait de l'Islam une composante essentielle de notre bloc de constitutionnalité, au même titre que la laïcité l'est ailleurs. Plus proche de nous, l'article 6 du code pénal énonce que « *lorsque plusieurs lois ont été en vigueur entre le moment où l'infraction a été commise et le jugement définitif, la loi, dont les dispositions sont les moins rigoureuses, doit recevoir application* ». Et, justement, en vertu de cette disposition et sous l'empire de la Constitution de 1962 et son fameux article 4, la Cour suprême avait considéré dans un jugement du 1^{er} décembre 1965 (M. Jalal Essaid, Introduction à l'étude du droit, Collection Connaissances, 1992, p. 210) que c'était la loi la plus douce qui devait s'appliquer alors que l'infraction avait été commise au moment où la loi prévoyait une peine plus sévère.

Par conséquent, si l'on considère la notion de non-rétroactivité dans son fondement et par rapport à l'idée de protection juridique qu'elle doit garantir, on peut se résoudre à admettre des dérogations tant que celles-ci ne remettent en cause aucune situation juridiquement protégée. Or, en assujettissant la dérogation en question à la vague et variable notion d'intérêt général, on se retrouve devant toute une panoplie d'hypothèses où le chèque en blanc donné au législateur grâce au recours à la notion fugitive d'intérêt général, peut concerner même les situations les plus juridiquement protégées. Le droit

n'aurait alors plus aucune vertu protectrice, il deviendrait source d'inquiétudes et de déboires.

Cependant, à bien y réfléchir, on peut se rendre compte que si l'on exclut le domaine pénal que l'on vient de voir, on peut se rendre compte que la rétroactivité au sens strict ne peut avoir d'existence que dans la mesure où la loi nouvelle est édictée pour régir le passé ; en intervenant, pour ainsi dire, sans crier gare ! Expliquons-nous !

Lorsqu'une loi intervient, par exemple, pour augmenter les salaires des fonctionnaires de manière rétroactive suite à des revendications syndicales ou à des pourparlers dans le cadre d'un dialogue social, ou encore suite à une décision royale, comme ce fut le cas pour les magistrats, peut-on dire qu'elle est rétroactive ? Nous ne le pensons pas, car cette loi est prise non point pour décider ou légiférer à partir de son édicition, mais pour traduire au plan juridique, pour concrétiser l'accord convenu ou la décision prise dans le passé. Elle intervient pour régulariser. Il n'y a pas alors rétroactivité. La rétroactivité n'a lieu que lorsque la loi tombe tel un couperet en prévoyant qu'elle va s'appliquer antérieurement à sa promulgation. Tant que son application ne porte atteinte à aucune situation juridiquement protégée ou à un ordonnancement juridique légalement fondé, la rétroactivité ne doit pas s'apprécier au même titre que si elle avait créé une situation défavorable où le destinataire de la règle de droit serait pris de court et complètement déstabilisé. Tout dernièrement, la loi 49/01 a modifié le régime des retraites pour s'appliquer rétroactivement tel que le prévoit son article premier (B.O. n° 4977 du 11 février 2002, p. 264). Au sens de la non-rétroactivité prise dans l'absolu, elle serait inconstitutionnelle, mais au sens de son esprit et de la raison pour laquelle elle existe en tant que principe protégeant les droits acquis et une situation légale, elle ne l'est pas. Elle ne la modifie pas dans un sens défavorable.

Cela étant, et pour revenir à la décision de notre Haute juridiction, on remarquera encore une fois que l'application du critère de l'intérêt général pour justifier les exceptions au principe de non-rétroactivité des lois, ne permet nullement de maîtriser leur application alors qu'elles porteraient atteinte à des droits acquis et des situations juridiquement protégées. Avec l'intérêt général, le législateur peut tout se permettre et nous pensons que le Conseil constitutionnel aurait plutôt gagné à lui tracer les lignes qu'il ne doit point dépasser.

Dans la décision du 31 décembre 2001, et avec tout le respect qui est dû à l'institution et à ses membres, nous pensons qu'il manquait un certain nombre d'éléments. Contrairement au droit français, en droit marocain le principe de non-rétroactivité a un caractère absolu. A cet égard, la troisième phrase de l'article 4 de la Constitution est on ne peut plus claire. Or, la rétroactivité considérée au regard de la notion de sécurité juridique, n'a lieu que dans la mesure où elle remet en cause une situation donnée protégée par le droit et qui ne peut demeurer ainsi que si une loi nouvelle ne vient pas la perturber ou la remettre en cause. Donc, à partir du moment où une loi quelconque ou de finances, intervient pour instituer une exonération fiscale antérieurement à sa promulgation sans porter atteinte à la stabilité d'aucune situation juridique, il n'y a pas lieu de parler de rétroactivité au sens interdit par la Constitution. En parlant de régularisation de situations exceptionnelles définies par l'administration dans un but d'intérêt général, le Conseil constitutionnel a mis en place un critère qui l'amènera plus tard à émettre un jugement de valeur, voire une appréciation sur des actes du législateur finalement imposés par l'administration, en devenant un juge de l'opportunité, en

somme, un juge qui gouverne, et non à évaluer les textes législatifs au regard de la Constitution. Ce qui nous semble foncièrement différent.

Pour conclure, relevons que dans sa décision du 31 décembre 2001, notre Conseil constitutionnel a statué en cédant quelque peu à l'influence du raisonnement des juges de la rue Montpensier à Paris, sans prêter attention au fait important que la Constitution française, dont la déclaration de 1789 fait partie intégrante, ne parle du principe de non-rétroactivité qu'en matière répressive. Et c'est, pensons-nous, parce que le principe n'a pas valeur constitutionnelle dans les autres domaines du droit que le Conseil français a permis au législateur la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives en considération d'un motif d'intérêt général suffisant. D'ailleurs, dans aucune de ses décisions, le juge constitutionnel français n'a parlé de dérogations. La dérogation n'intervient que si à la base il y a un principe, or en droit français, le principe de non-rétroactivité n'existe qu'en matière répressive. Et, au Maroc, la Constitution, dans le corps de son texte, lui donne un caractère général. De ce fait, et en espérant apporter une contribution positive, nous nous permettrons un souhait...mais rétroactif. Nous eussions préféré que les deuxième et troisième paragraphes de la motivation de la décision de notre juridiction de la place des martyrs, concernant l'article 6 de la loi de finances pour l'année budgétaire 2002, fussent proches de ce qui suit :

« Considérant, toutefois, que le principe de non-rétroactivité des lois posé par l'article 4 de la Constitution, tout en ayant un caractère absolu en ce sens qu'une loi ne saurait porter atteinte à des droits acquis ou modifier défavorablement dans le passé une situation juridiquement protégée, peut connaître des dérogations tant que celles-ci tendent à créer rétroactivement des droits dont l'exercice ne remet pas en cause ceux des tiers ;

Considérant que si l'article 6, déféré au Conseil constitutionnel, a prévu l'exonération des Forces armées royales de tous droits et taxes à l'importation avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1996, cette rétroactivité, dans le cas d'espèce, n'est pas au nombre de celles qui portent atteinte à des droits acquis ou modifient défavorablement dans le passé une situation juridique légale, et, de ce fait, l'article 6 de la loi de finances pour l'année budgétaire 2002, n'est pas contraire à l'esprit de l'article 4 de la Constitution ».