

De l'incompatibilité du mandat de parlementaire (*)

Note sous décision du Conseil constitutionnel n° 35-94 du 2 août 1994

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

1 - Le 2 août 1994, le Conseil constitutionnel a rendu une décision qui, si elle était intervenue plusieurs années après la création de la Haute Instance, serait passée inaperçue. Elle aurait concerné un cas tout à fait banal, routinier, n'intéressant que son destinataire. Mais figurant première en son domaine, elle mérite les honneurs d'un grand accueil en prenant place aux côtés de la décision relative à la loi sur les paraboles et, de ce fait, une attention et une prévenance dignes d'un hôte porteur de précieuses nouvelles. Pour tout dire, c'est une décision qui donne l'impression d'être un fait divers mais qui en réalité soulève quelques points de droit.

Par lettre enregistrée le 29 juillet 1994, le ministre de la Justice saisit le Conseil constitutionnel de la question de savoir s'il y a compatibilité entre le mandat de membre de la Chambre des représentants et la fonction de membre de la Commission d'évaluation prévue par la loi autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé. Par trois considérants bien compacts, soigneusement articulés, le Conseil conclut à l'incompatibilité.

2 - Institué en application de la Constitution révisée de 1992, le Conseil constitutionnel exerce un certain nombre d'attributions d'ordres consultatif et contentieux. D'évidence, la décision qui nous concerne ne se rattache pas au contentieux des élections des membres de la Chambre des représentants, pas plus d'ailleurs qu'elle ne relève de la consultation au sens plein du terme. Elle n'est pas le résultat d'une requête, mais la réponse qu'elle apporte recèle la force de l'autorité de chose jugée par les effets juridiques qu'elle entraîne. C'est une décision qui emprunte à la consultation son début et à la requête son issue. Il y a alors une singularité dans l'exercice d'une compétence héritée de l'ancienne institution de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême.

Statuant sur le fond, la Haute Instance s'est livrée à un raisonnement juridique qui permet au commentateur non seulement de procéder à une lecture de la décision appuyée des textes visés par le juge, mais également de relever que l'analyse adoptée s'articule autour d'un syllogisme chargé d'enseignements.

Enfin, en concluant qu'il y a incompatibilité sans prononcer d'annulation, tel d'ailleurs que le lui dicte la loi, le juge constitutionnel rend une décision suggestive. Elle invite l'observateur à mettre en relief les pouvoirs du Conseil à l'égard des membres de la Chambre des représentants.

C'est autour de ces trois points que l'on se propose de réfléchir.

* REMALD n° 10, 1995, p. 9 et suiv.

- I -

La compétence du Conseil constitutionnel

3 - Une juridiction - et le Conseil en est une - ne peut exercer ses compétences qu'en application de la Constitution et de la loi. C'est probablement un truisme qui frise la naïveté, mais on pourra tantôt se rendre compte de son utilité pour notre raisonnement. De ce fait, pour que le Conseil constitutionnel institué par dahir du 25 février 1994, en application de la constitution révisée de 1992, puisse se prononcer sur une matière, il faut naturellement que l'un de ces deux textes l'habilite à le faire. Or, curieusement, sa décision ne se fonde sur aucun d'eux, mais trouve appui sur un texte où il est question de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Ce qui oblige à se résoudre à une acrobatie juridique nécessitée par une lacune législative que le Conseil constitutionnel a fort heureusement comblée en passant tout simplement outre.

- § 1 -

L'absence de disposition expresse habilitant le Conseil à statuer

4 - Dans sa décision, le Conseil vise un ensemble de textes dont trois importants en relation avec sa compétence: la Constitution, la loi organique relative à l'organisation du Conseil et celle relative à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants. Nullement dans ces trois textes, on ne relève que le Conseil constitutionnel peut être saisi sur l'incompatibilité du mandat de parlementaire avec une fonction publique.

L'article 79 de la Constitution précise que « *le Conseil constitutionnel exerce les attributions qui lui sont dévolues par les articles de la Constitution ou par des dispositions de lois organiques* ». Or, il s'agit en fait de deux lois organiques.

L'une postérieure à la Constitution, donc celle qui organise le Conseil et qui ne prévoit nulle part que les compétences anciennement du ressort de la Chambre constitutionnelle sont devenues du sien, mais se limite à préciser dans son dernier article que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême transmet au Conseil les dossiers des affaires dont elle est saisie et sur lesquels elle n'a pas encore statué; ce qui est évidemment différent.

L'autre, antérieure à la Constitution, donc promulguée avant la création du Conseil et donnant compétence à la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême pour se prononcer sur l'incompatibilité en question. Seulement, cette Chambre n'existe plus!

Il y a donc une hésitation à dire à voix haute que la compétence du Conseil constitutionnel coule de source malgré l'absence de volonté du législateur. Cela est d'autant plus défendable que la loi organique relative à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants a connu une modification le 27 avril 1993, publiée au bulletin officiel du 5 mai de la même année, portant sur la composition de la Chambre mais qui n'a nullement concerné les autres articles. Est-ce à dire que le législateur a délibérément omis de remplacer dans les articles 13 et 15, Chambre constitutionnelle

par Conseil constitutionnel ? Nous ne le pensons pas car au moment de la modification intervenue le 27 avril 1993, le Conseil constitutionnel, institué par la Constitution, n'existait pas encore ! C'est alors vers le législateur de la loi organique relative au Conseil constitutionnel qu'il faut se retourner. Il aurait dû, à moins d'être mû par une volonté contraire, préciser dans l'une des dernières de ses dispositions que les compétences reconnues par d'autres textes à la Chambre constitutionnelle deviendraient du ressort du Conseil dès l'installation de ses membres. Celui-ci s'est, à juste titre, estimé naturellement compétent.

- § 2 -

La compétence naturelle du Conseil

5 - Mais s'il n'y a pas eu une disposition expresse, il y a une vocation, si on peut dire, implicite, voire naturelle. Héritier présomptif de la Chambre, le Conseil s'en est légitimement estimé le légataire universel. En n'usant d'aucune allusion à la question dans sa décision, il a résolu le problème en l'écartant.

Sans rien évoquer, il a visé les articles 13 et 15 du dahir 1.77.177, absolument comme si ceux-ci concernaient sa propre compétence tout en désignant celle de la Chambre constitutionnelle devenue évidemment caduque par son remplacement suite au dahir du 25 février 1994.

Somme toute, devant cette omission, le Conseil pouvait avoir deux attitudes différentes. L'une négative, qu'il a judicieusement évitée, l'autre positive, qu'il a heureusement adoptée.

Négativement, le Conseil aurait pu estimer que la loi organique relative à sa composition et à son fonctionnement, a entendu ne pas le doter des compétences anciennement du ressort de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, mais a résolu de lui confier des attributions nouvelles, abstraction faite de toute autre. En d'autres termes, ne lui reconnaître que ce qui est clairement exprimé. Mais c'eût été l'impasse; car toute la procédure prévue pour la déchéance et la démission des membres de la Chambre des représentants, ainsi que celle des cas nécessitant l'intervention de la Chambre constitutionnelle s'en serait ressentie.

Positivement, le Conseil a adopté la sage attitude, appliquant l'adage populaire: qui peut le plus, peut le moins. La Constitution, l'habilitant à statuer sur la régularité de l'élection de la Chambre des représentants et la loi organique lui confiant le contentieux électoral, il s'est considéré, à juste titre, habilité à se prononcer sur toute régularité au sens plein du terme. Même celle concernant la situation des membres de la Chambre après leurs élections et malencontreusement omise par un législateur n'ayant pas fait de lui un héritier à part entière de l'ensemble des compétences antérieurement dévolues par les textes en vigueur à la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême. Raisonnement lucide, ne se contentant pas de la lettre de la loi mais évoluant en accord parfait avec son esprit.

Ce point de compétence habilement éludé, le Conseil se prononce sur le fond de la question soulevée par la lettre de saisine en recourant à un syllogisme qui mérite d'être relevé.

- II -

Le syllogisme adopté par le Conseil constitutionnel

6 - La question posée par le ministre de la Justice, en substance : "y a-t-il incompatibilité ou pas ?" invitait le Conseil constitutionnel à adopter le raisonnement juridique classique consistant à comparer la situation de fait du mandat de membre de la Chambre des représentants cumulée avec la fonction de membre de la Commission d'évaluation par rapport à la situation de droit proclamant l'exercice de toute fonction publique non électorale incompatible avec le mandat de représentant. Il s'agissait donc de dire si la fonction de membre de la Commission d'évaluation se définissait comme une fonction publique. Le juge constitutionnel a répondu par l'affirmative en adoptant une démarche se présentant sous forme de syllogisme. Des prémisses que forment la majeure et la mineure, contenues dans le texte, il conclut à l'incompatibilité.

- § 1 -

La majeure

7 - Dans la motivation de sa décision, le juge commence par reprendre l'article 13 du dahir posant le principe de l'incompatibilité. "*L'exercice de toute fonction publique non électorale, à l'exception des fonctions gouvernementales, dans les services d'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ou des sociétés dont le capital appartient pour plus de 50 % à l'Etat, est incompatible avec le mandat de représentant*".

Il s'agit d'un principe dont le but s'explique aisément : assurer l'indépendance du représentant à l'égard du Gouvernement. D'ailleurs, le deuxième alinéa du même article 13 apporte la solution à la situation en précisant que l'élu à la Chambre des représentants devient sur sa demande placé de droit, pendant la durée de son mandat, dans la position de détachement qui permet, comme on le sait, à tout fonctionnaire de se placer hors de l'orbite de son administration d'origine en devenant éloigné de l'assujettissement au pouvoir hiérarchique. De plus, pour davantage de sécurité, il est précisé qu'à la cessation du mandat, l'intéressé réintègre d'office l'emploi qu'il occupait à la date de son élection. Par ailleurs, mais, sans parler de détachement, car ce n'est pas de sa compétence, tant que cela ne concerne pas l'Etat marocain, il ajoute que l'incompatibilité touche, également, l'exercice d'une fonction rémunérée par un Etat étranger ou une organisation internationale.

C'est donc une définition très large de la fonction publique non électorale, expliquée dans ses moindres détails par le législateur et que le Conseil constitutionnel prend comme le point de départ de son raisonnement. Toute fonction publique non électorale, à l'exception d'une fonction gouvernementale, est incompatible avec le mandat de représentant. C'est

la majeure du syllogisme. Il ne restait pour poursuivre qu'à vérifier si le cas qui se présentait répondait à la définition; d'où la mineure.

- § 2 -

La mineure

8 - La situation de droit rappelée, le juge examine la situation de fait en invoquant, un à un, les arguments permettant de procéder à leur comparaison. Il apprécie si la fonction de membre de la Commission d'évaluation prévue par la loi autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé peut être regardée comme fonction publique.

Il répond par l'affirmative en se fondant sur un premier point. Les dépenses de fonctionnement de la Commission sont imputées au budget de l'Etat. Cela suppose que ses membres perçoivent une rémunération ou une indemnité susceptible donc de fouler aux pieds le principe d'indépendance qui est le but du régime des incompatibilités. En plus, il relève un second point tenant au fait que les membres de la Commission sont nommés par dahir pour une durée indéterminée. De la sorte, il écarte l'exception prévue par la loi organique relative à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants dans son article 16 qui énonce que "*les représentants chargés par le Gouvernement d'une mission temporaire peuvent cumuler l'exercice de cette mission avec leur mandat pour une durée n'excédant pas six mois*". Enfin, il remarque dans un troisième point que les attributions de la Commission comprennent l'évaluation et la fixation du prix d'offre, auquel le Gouvernement est tenu de se conformer. En d'autres termes, les membres de la Commission ne sauraient être dans une situation d'indépendance.

Ces points ont constitué le trépied de l'acception donnée par le Conseil à la qualité de membre de la Commission d'évaluation. C'est une fonction publique au sens de la situation de droit.

Pour reprendre les éléments du syllogisme adopté, on dira: Toute fonction publique non élective est incompatible avec le mandat de représentant; or, la fonction de membre de la Commission d'évaluation dont il s'agit est une fonction publique au sens de la loi; donc elle est incompatible avec ce mandat.

Naturellement, la solution adoptée par le Conseil constitutionnel ne se limite pas au cas qui en fait l'objet. L'Etat de droit impose qu'elle s'étende à toutes les situations de membres de Commissions, Conseils ou toute institution dont les éléments constitutifs s'apparentent à ceux de la Commission d'évaluation et auxquels l'appartenance comme membre est assimilée à l'exercice d'une fonction publique. La formule est simple. Il suffit de prendre la mineure du syllogisme, de remplacer Commission d'évaluation par le cas qui se présente et de répondre avec objectivité. Il va de soi que le Conseil constitutionnel ne peut se prononcer que s'il est saisi et Dieu sait si les cas douteux ne sont pas très peu nombreux!

Cela étant, on observera que jusque-là, l'incompatibilité se limite à un constat par le

Conseil constitutionnel. Mais celui-ci devient dépositaire de larges pouvoirs dans le cas où sa décision n'est pas respectée.

- III -

Les pouvoirs du Conseil constitutionnel

9 - La loi organique relative au Conseil constitutionnel confie au juge de très larges compétences en matière électorale. Elle lui permet dans son article 35 non seulement d'annuler l'élection contestée mais aussi de réformer les résultats et proclamer le candidat élu. Cependant, en succédant à cette dernière, il s'est trouvé dépositaire de compétences tout à fait nouvelles, notamment le contrôle de la constitutionnalité des lois et, en même temps, héritier des compétences, naguère exercées par la Chambre constitutionnel. Aussi, en application du dahir relatif à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants, le Conseil constitutionnel peut-il prononcer à l'égard des représentants en situation d'incompatibilité, soit la démission d'office, soit la déchéance. Deux procédures distinctes.

- § 1 -

La démission d'office

10 - La démission d'office est prononcée par le Conseil constitutionnel à la requête du bureau de la Chambre des représentants ou du ministre de la Justice dans le cas où, lors de son élection, un représentant est dans une situation d'incompatibilité. Ceci pour le cas où l'élu exerce une fonction qui est incontestablement publique. En effet, dans les huit jours suivant la proclamation de son élection, il doit établir qu'il s'est démis des fonctions incompatibles avec son mandat ou qu'il a demandé son détachement. A défaut, il est déclaré démissionnaire d'office.

Mais il y a un autre cas; c'est celui qui nous concerne. Lorsque l'élu exerce une fonction présentant un doute sur son caractère incompatible ou que celui-ci est l'objet de contestation, il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer à la demande du bureau de la Chambre des représentants, du ministre de la Justice ou même du représentant intéressé.

De ce fait, lorsque l'incompatibilité est prononcée, elle a le caractère seulement d'un avis, mais pourvu de l'autorité de chose jugée; une autorité indiscutable entraînant des effets juridiques. Le représentant est tenu de régulariser sa situation dans un délai de quinze jours à dater de la notification de la décision du Conseil en se départissant de la fonction incompatible, ou en démissionnant volontairement de son mandat de parlementaire; ce qui est, pensons-nous, juridiquement possible même non prévu par la loi. A défaut, le Conseil constitutionnel prononce la démission d'office. Du reste, après tout, on ne peut parler de démission d'office que s'il n'y a pas eu démission volontaire. Ce n'est pas le cas de la déchéance.

La déchéance

11 - A l'inverse de la démission d'office, la déchéance est prononcée de plein droit sans procédure préalable accordant un délai au représentant. Juridiquement, elle n'est pas déclarée, mais constatée, car le Conseil constitutionnel se limite à relever un fait à la requête du bureau de la Chambre des représentants ou du ministre de la Justice. Cela veut dire que l'incompatibilité est comme déjà consommée et que le Conseil en constate l'existence juridique.

La loi organique sur la Chambre des représentants prévoit dans son article 14, conjugué avec les dispositions de l'article 17, deux cas de déchéance.

Un représentant qui accepte une fonction incompatible avec son mandat est déchu de plein droit. Ici, le Conseil, à la requête de l'une des autorités compétentes, constate la déchéance car le représentant du fait de son acceptation de la fonction incompatible est censé avoir fait son choix et, par voie de conséquence, renoncer de son propre chef à son mandat de représentant. Il s'agit d'un acte volontaire de sa part, qui entraîne des effets juridiques.

D'autre part, la déchéance de plein droit est constatée lorsque le représentant commet un acte que lui interdit l'article 17 de la loi organique. Faire ou laisser figurer son nom suivi de l'indication de sa qualité dans toute publicité relative à une entreprise financière, industrielle ou commerciale. Reste, cependant, à savoir si cette déchéance peut être constatée sans préjudice des poursuites judiciaires prévues par le second alinéa du même article 17 contre "*les fondateurs, les directeurs ou gérants de sociétés ou d'établissements à objet commercial, industriel ou financier qui auront fait ou laissé figurer le nom d'un représentant avec mention de sa qualité dans toute publicité faite dans l'intérêt de l'entreprise qu'ils dirigent ou qu'ils se proposent de fonder*" ou si elle est tributaire des résultats des poursuites engagées contre ceux-ci ?

C'est là une situation susceptible de soulever d'autres problèmes relatifs à l'immunité parlementaire surtout dans le cas où le fondateur, directeur ou gérant en question serait lui-même membre de la Chambre des représentants. C'est dire que la décision, objet de la présente note, tout en ayant l'apparence d'un fait divers, n'est pas sans enrichir notre droit du contentieux constitutionnel !

*

* *

Décision n° 35-94 2 août 1994 (B.O. n° 4268 du 17 août 1994 p. 408)

Louange à Dieu Seul!

Au Nom de Sa Majesté le Roi

Le Conseil constitutionnel,

Vu la lettre enregistrée le 29 juillet 1994 au secrétariat général du Conseil constitutionnel, par laquelle monsieur le ministre de la justice, agissant dans les conditions prévues par l'article 15, alinéa 2, du dahir na 1-77-177 portant loi organique relative à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants, saisit le Conseil constitutionnel de la question de savoir s'il y a compatibilité entre le mandat de membre de la Chambre des représentants et la fonction de membre de la Commission d'évaluation dont la création est prévue par l'article 5 de la loi na 39-89 autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, loi promulguée par le dahir na 1-90-01 du 15 ramadan 1410 (11 avril 1990);

Vu la Constitution, notamment son article 79;

Vu la loi organique na 29-93 relative au Conseil constitutionnel;

Vu le dahir na 1-77-177 du 20 jourmada 1 1397 (9 mai 1977) portant loi organique relative à la composition et à l'élection de la Chambre des représentants, notamment ses articles 13 et 15, 2^e alinéa;

Vu la loi no39-89 autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, promulguée par le dahir na 1-90-01 du 15 ramadan 1410 (11 avril 1990);

Vu le décret na 2-90-402 du 25 rabia 1 1411 (16 octobre 1990) pris sur le fondement de l'habilitation prévue par l'article 5 de la loi na 39-89 autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé;

Vu la loi noll-91 portant ratification du décret susvisé no2-90-402, promulguée par le dahir n° 1-92-6 du 13 jourmada 11413 (9 novembre 1992);

Où le membre rapporteur en son rapport et après en avoir délibéré conformément à la loi;

Considérant que l'article 13, 1er alinéa, du dahir susvisé n° 1-77-177 dispose que « l'exercice de toutes fonctions publiques non électives, à l'exception des fonctions gouvernementales, dans les services d'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ou des sociétés dont le capital appartient pour plus de 50% à l'Etat est incompatible avec le mandat de représentant »;

Considérant que l'institution de la commission d'évaluation dont il s'agit est prévue par la loi susvisée no39-89, que ses dépenses de fonctionnement sont imputées au budget de l'Etat, que ses membres sont nommés par dahir pour une durée indéterminée et que ses attributions comprennent l'évaluation et la fixation du prix d'offre auquel le gouvernement est tenu de se conformer pour la vente des entreprises et participations publiques;

Considérant qu'il s'ensuit que les membres de ladite commission participent à l'accomplissement d'une fonction publique au sens de l'alinéa 1er de l'article 13 du dahir susvisé n° 1-77-177 dont l'exercice est par conséquent incompatible avec le mandat de membre de la Chambre des représentants,

Par ces motifs:

I - Décide qu'il y a incompatibilité entre le mandat de membre de la Chambre des représentants et la fonction de membre de la commission d'évaluation instituée en vertu de la loi n° 39-89 autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, promulguée par le dahir n° 1-90-01 du 15 ramadan 1410 (11 avril 1990).

II - Ordonne la publication de la présente décision au Bulletin officiel et sa notification en copie à M. le ministre de la justice.

*Fait au siège du Conseil constitutionnel à Rabat, le mardi 23 safar 1415
correspondant au 2 août 1994*