

Le contrôle de la constitutionnalité des lois Regards sur dix années d'évolution

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

1 – Elément indispensable dans un Etat de droit ⁽¹⁾, le contrôle de la constitutionnalité des lois a depuis longtemps fait l'objet au Maroc ⁽²⁾ d'une revendication permanente des juristes. Voici un peu plus d'une vingtaine d'années, un colloque à ce sujet ⁽³⁾ avait permis de centrer l'ensemble des interventions et des débats sur la nécessité d'instituer un moyen permettant le contrôle de la conformité des lois aux dispositions de la constitution. C'était d'autant plus essentiel que le Maroc venait à peine de sortir d'une longue période marquée par un Etat d'exception qui avait duré cinq ans, de 1965 à 1970, et une période transitoire suite à la promulgation d'un nouveau texte constitutionnel qui avait duré autant, de 1972 à 1977 ⁽⁴⁾. C'est une quinzaine d'années plus tard que, lors de la révision constitutionnelle de 1992, le constituant a introduit dans le texte tout un titre créant le Conseil constitutionnel qui, pourrait-on dire, existait déjà sous une autre forme mais avec des compétences limitées ; un conseil qui entra en fonction à partir de mars 1994 et que l'on a doté d'une nouvelle compétence qui faisait défaut à son prédécesseur, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême ⁽⁵⁾.

2 – De cette nouvelle compétence, on pouvait attendre le meilleur comme on pouvait en attendre le pire. Le meilleur eût été que le Conseil devînt un parfait contrôleur du législatif sans regard aucun pour le caractère politique du contenu du texte qui lui est soumis ; en d'autres termes, une juridiction qui statue en son âme et conscience. Le pire eût été que le Conseil devînt une espèce d'avocat inconditionnel des pouvoirs publics,

¹ Bien que certains pays dont l'orientation démocratique ne fait aucun doute, tels que la Grande Bretagne, la Suisse, Pays Bas, le Luxembourg, ne disposent pas d'une justice constitutionnelle, mais possèdent cependant des moyens de régulation juridique qui leur sont propres (G. Vedel, Démocratie et justice constitutionnelle, C.E.R.P., Tunis, 1995, p. 24), on doit reconnaître qu'il est difficile d'admettre l'existence d'une constitution et en même temps l'absence d'un organe chargé de contrôler la conformité des lois à son contenu. De nos jours, l'institution est devenue si universelle et si indissociable de l'Etat de droit qu'elle s'impose, selon l'observation de D. Rousseau, La justice constitutionnelle en Europe, édit. Clefs, Montchrestien, 1996, p. 9, comme « *élément obligé de toutes les constitutions modernes au même titre que l'institution des assemblées parlementaires, d'un gouvernement ou d'un chef de l'Etat* ».

² Toute proportion gardée, on rappellera que le projet de constitution du 11 octobre 1908 prévoyait un contrôle de constitutionnalité, puisque son article 54 disposait que le conseil des notables devait rejeter toute disposition portant atteinte à la constitution. Par ailleurs, on peut dire qu'il instituait, article 34, une espèce d'exception d'inconstitutionnalité par la possibilité ouverte à tout sujet marocain de déposer, sans conditions ou précisions de délai, devant le Conseil consultatif une plainte contre tout acte contraire à un article de la Constitution.

³ Journées d'études sur le contrôle de la constitutionnalité des lois, organisées à la faculté de droit de Rabat en mai 1982.

⁴ Pour ce qui concerne la constitutionnalité des lois, on signalera que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, instituée avec la Constitution du 14 décembre 1962, était bien là mais elle ne connaissait d'aucune loi organique du fait que toutes les lois organiques des deux périodes 1965 à 1970 et de 1972 à 1977 avaient été prises par le Roi et entraient immédiatement en application.

⁵ M. Zaoui, La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, Mémoire de cycle supérieur, ENAP, Rabat, 1983 ; N. Bernoussi, La jurisprudence de la Chambre constitutionnelle marocaine, thèse de 3^e cycle, Montpellier, 1985 ; B. Hamiani, La justice constitutionnelle au Maroc, Thèse, Paris I, 1986.

peu regardant sur la constitution, leur donnant raison en tordant le coup, s'il le fallait, aux dispositions constitutionnelles les plus claires. Qui contestera que c'est cette compétence de juge de l'excès de pouvoir législatif ⁽⁶⁾ qui permet au Conseil constitutionnel de s'affirmer et de devenir une autorité juridictionnelle au même titre que l'est le juge de l'excès de pouvoir à l'égard de l'administration ?

Lors de son institution en février 1994 ⁽⁷⁾ et de la nomination de ses premiers membres le 21 mars de la même année, le Roi Hassan II avait exprimé le souhait de voir naître avec la nouvelle institution une école marocaine de droit constitutionnel. Sans doute, une école qui prenne en considération la spécificité marocaine de l'esprit des dispositions même si pour la plupart elles sont d'une inspiration qui tire sa source d'une expérience étrangère ⁽⁸⁾. Une école purement marocaine qui définisse le corpus juridique dans le domaine des droits et libertés et des principes consacrés par la Constitution par référence au bloc de constitutionnalité qu'elle recèle et permette ainsi une constitutionnalisation du droit marocain ⁽⁹⁾. Une école qui, grâce à sa jurisprudence et ses définitions, permettra l'enracinement de la nouvelle institution dans la culture et les mœurs marocaines. A cet égard, et précisément en ce domaine, il semble un peu trop tôt de formuler un quelconque jugement qui permette de rendre fidèlement compte de l'évolution de notre jurisprudence constitutionnelle.

3 – Sur dix années, en effet, la Haute Instance n'a eu que très peu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité des lois. De mars 1994 à mars 2004 ⁽¹⁰⁾, le Conseil a eu à examiner la constitutionnalité de 13 lois organiques et de 7 lois ordinaires. Bien plus, même les domaines dont il a eu d'office à connaître ou dont il fut saisi n'ont, pour la plupart, et hormis quelques rares cas, pratiquement jamais concerné des sujets en relation directe avec les libertés, les droits fondamentaux ou des questions de droit constitutionnel qui permettent réellement l'édification d'une jurisprudence qui complète en l'expliquant ou en la clarifiant la constitution. Inutile de dire que sur ce plan, le Conseil constitutionnel n'y est pour rien, tant il est vrai qu'il ne peut statuer que sur ce qui lui est soumis. Néanmoins, ceci ne l'a pas empêché de suivre une certaine démarche

⁶ On ne saurait employer cette expression sans citer la précieuse et désormais classique étude comparative du Doyen Georges Vedel, Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif, Les cahiers du Conseil constitutionnel n° 1, 1996, p. 57 et n° 2, p. 77.

⁷ Le 28 janvier 1994, la Chambre des représentants avait adopté la loi organique relative au Conseil constitutionnel et la Chambre constitutionnelle, qui rendait ainsi la dernière décision de son existence étalée sur plus de trente années, l'avait déclarée conforme à la constitution le 9 février 1994.

⁸ S'adressant aux membres le Souverain déclarait : « *Par ce Conseil constitutionnel, vous allez inaugurer une nouvelle ère de la justice, vous serez appelés à créer une école juridique marocaine en droit public et en droit constitutionnel tout particulièrement* ».

⁹ Le Souverain avait parlé d'une « *école marocaine constitutionnelle alliant authenticité et modernité, une école qui ne se réfère pas, dans ses considérants et ses motifs, au seul droit positif, mais aussi à notre patrimoine premier, à savoir notre authenticité arabe et islamique fondée sur les vertus individuelles et collectives transmises par le Très Haut à Son messager, outre l'Ijtihad qui ne peut intervenir que dans le cadre de ces données...* ». Sur la constitutionnalisation du droit français, voir G. Vedel, *loc. cit.*, p. 57 ; également, L. Favoreu, L'apport du droit constitutionnel au droit public, Pouvoirs n° 13, 1980, p. 17. L'auteur parle du bouleversement des données fondamentales du droit public et de la réunification de celui-ci ; en dix années a eu lieu une coloration progressive des branches du droit par le « constitutionnel ».

¹⁰ D'après les statistiques du service de documentation du Conseil constitutionnel, depuis son entrée en fonction le 28 mars 1994 jusqu'en octobre 2003, la Haute instance a rendu 541 décisions dont 445 relatives au contentieux électoral.

jurisprudentielle, qu'il a adoptée et construite d'une manière empirique, cas par cas, au fil des saisines et en fonction de leurs auteurs. En simplifiant à l'excès, on dira qu'il navigue à vue en s'abstenant d'avoir une politique préconçue ou préétablie. Autant, lorsqu'il s'agit d'une loi organique où, par la force des choses, il est contraint de passer au crible l'ensemble de ses dispositions, il s'acquitte de sa mission sans rien négliger, autant, lorsqu'il s'agit d'une loi ordinaire où il est saisi d'une question bien précise, il s'arrange avec un admirable brio pour trouver le moyen de répondre à une question qui ne lui était pas posée tout en évitant celle dont il a été saisi. C'est du moins ce qui ressort de ses rares décisions.

4 – C'est sur cette double orientation que l'on se propose de jeter un regard. On voudrait essayer de dégager les traits de ce qui constitue le comportement de la haute juridiction à l'égard du législateur.

A partir de sa jurisprudence, on peut tantôt parler d'un contrôle emprunt de prudence, comme on peut tantôt relever un contrôle teinté d'une certaine hardiesse mais qui demeure, malgré toute apparence, marquée de prudence. Mais on ne perdra pas de vue, cependant, que si le contrôle de la constitutionnalité des lois ne s'est pas suffisamment incrusté dans les mœurs politiques et la culture juridique, cela est le fait de la rareté des saisines relatives à l'excès de pouvoir législatif. Les dix années de l'évolution du Conseil constitutionnel sont marquées par une lente implantation du contrôle de la constitutionnalité des lois et une jurisprudence où la parcimonie et la générosité sont en même temps présentes.

- I -

La lente implantation

5 – Si l'on exclut le contrôle de la constitutionnalité des lois organiques obligatoire de par même la Constitution et dont le nombre a atteint 13 en dix années, on peut remarquer que le contrôle sur les lois ordinaires est très faible. Et, quand on sait que l'une des constantes revendications des différents acteurs politiques portait sur la mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois ⁽¹¹⁾ et que, à l'inverse de ce qui a eu lieu ailleurs ⁽¹²⁾, dès la création de l'institution la possibilité de saisine par les parlementaires a été ouverte ⁽¹³⁾, on est en droit de s'en étonner. Le faible nombre des décisions est naturellement dû au nombre dérisoire des saisines, mais aussi à leur contenu.

¹¹ Dans le mémorandum en date du 9 octobre 1991 présenté par deux partis politiques, l'USFP et l'Istiqlal, les auteurs avaient veillé à introduire le contrôle de la constitutionnalité des lois comme un point de revendication de la réforme constitutionnelle. Ce point fut réitéré dans le mémorandum du 19 juin 1992, présenté cette fois-ci par cinq partis politiques, l'Istiqlal, l'UNFP, l'USFP, le PPS et l'OADP. A ce sujet, A. Lamghari, Les mémorandums constitutionnels, REMALD, coll. Manuels et travaux universitaires n° 26, voir les mémorandums en annexe, p. 65 et p. 73.

¹² En France, ce n'est qu'en 1974 que la saisine par 60 députés ou 60 sénateurs a été ouverte. Voir, D. Rousseau, La réforme du 29 octobre 1974 vue en 1994 : Le « big-bang » de la démocratie constitutionnelle ? Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, Economica, 1995, p. 67.

¹³ Article 79 de la Constitution de 1992, devenu 81 avec la révision de 1996.

Le nombre de saisines

6 – Six autorités sont habilitées à saisir le Conseil constitutionnel : 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 et le quart des membres de la Chambre des conseillers. Jusqu'à présent, seules deux d'entre elles, les parlementaires et le Premier ministre, ont usé de ce droit. Au total sept saisines dont seulement trois ont pour origine les députés, et quatre, le Premier ministre. Quant aux autres autorités, jamais aucune ! Elles sont si peu nombreuses que l'on peut parfaitement les encadrer et les accrocher tels des trophées dans le hall d'entrée du Conseil constitutionnel !

7 – Pour comparaison, sans plus, on relèvera que de mars 1959 à octobre 1974, le Conseil constitutionnel français n'a été saisi que 8 fois sur le contrôle de la constitutionnalité des lois : 6 fois par le Premier ministre et 2 fois par le président du Sénat ⁽¹⁴⁾. Mais sitôt que la réforme de 1974 a permis sa saisine aux parlementaires, en quatre ans, il y a eu 27 saisines ⁽¹⁵⁾. Pour compléter la comparaison, on ajoutera qu'en vingt ans, soit de fin 1974 à mars 1994, il y en eu 286 dont 200 ont abouti ⁽¹⁶⁾.

Proposée juste pour mieux mesurer la dimension des saisines, cette comparaison ne doit pas trop nous retenir. Toujours est-il qu'elle permet de comprendre que si c'est de la quantité des recours que peut se dégager la qualité de leur contenu, on doit bien se rendre à l'évidence que sur un ensemble de sept saisines, on ne doit pas toujours s'attendre à des questions pointues de droit constitutionnel. Pourtant, tant en ce qui concerne les moyens soulevés que les normes de référence invoquées, les saisines sont d'une teinte constitutionnellement très forte dans la mesure où les questions qu'elles posent devaient amener les juges de la Haute juridiction à plus de générosité dans leurs considérants, s'ils ne trouvaient pas le moyen de s'arrêter, comme on le verra tantôt, sur des points de pure procédure qui leur évitent d'aller au fond des choses.

Dans les sept saisines, les moyens soulevés ont porté sur des vices de forme ou de procédure, la liberté d'expression et la notion d'enrichissement sans cause ⁽¹⁷⁾. Ils ont également porté sur l'incompétence du parlement ⁽¹⁸⁾, comme sur celle du gouvernement ⁽¹⁹⁾ et même sur des points en relation avec la sécurité juridique comme le principe de non rétroactivité des lois ⁽²⁰⁾.

¹⁴ F. Goguel, *Le Conseil constitutionnel*, R.D.P. 1979, p. 19 ; L. Favoreu avance le chiffre de 9, *Origines et bilan statistique, Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1995, p. 19.

¹⁵ F. Goguel, *loc. cit.* p. 21.

¹⁶ L. Favoreu, *Origines et bilan statistique, Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1995, p. 19.

¹⁷ C.C., n° 37-94 du 16 août 1994, *Taxe sur la parabole*, REMALD n° 9, 1994, p. 9, note Benabdallah.

¹⁸ C.C., n° 382-00 du 15 mars 2000, *Incompatibilité*, REMALD n° 33, 2000, p. 143, note Benabdallah.

¹⁹ C.C. n° 298-99 du 29 avril 1999, *Privatisations*, REMALD n° 28, 1999, p. 133, note Benabdallah.

²⁰ C.C. n° 467-01 du 31 décembre 2001, *loi de finances*, 2002, REMALD n° 43, 2002, p. 99, note Benabdallah.

Quant aux normes de référence invoquées, elles ont invariablement concerné la Constitution au sens le plus sec du terme. Dans aucune des sept saisines ne fut invoquée autre chose que la Constitution et ses articles. Jamais son contenu profond. Jamais, par exemple, le préambule ; jamais un principe général du droit ; jamais une référence au bloc de la constitutionnalité. Il faut dire que ce serait trop demander. Sur quelques saisines étalées sur dix ans, soit moins d'une saisine par an, on chercherait vainement des normes de référence qui présentent une certaine originalité en posant au juge constitutionnel des « colles » de nature à attiser son pouvoir de créativité. En tout cas, sur ce point, justement, rien de surprenant car le juge constitutionnel avec toute la volonté qu'il peut avoir de faire œuvre créatrice, demeure lié par le contenu de la saisine.

- § 2 -

Le contenu des saisines

8 – D'évidence, on vient de le dire, le Conseil constitutionnel ne peut se prononcer qu'à partir des questions qui lui sont posées ⁽²¹⁾. Sans doute, dispose-t-il d'une certaine marge de manœuvre pour aller au-delà des moyens invoqués par les requérants, voire même de ne leur prêter aucune attention pour se livrer à l'étude de moyens autres que ceux invoqués ⁽²²⁾, mais il n'en reste pas moins vrai que le cadre général de sa décision lui est tracé par les saisissants. Sur ce plan, il est difficile de dire que les trois saisines présentées ⁽²³⁾ par les parlementaires sont toutes marquées par le souci de faire prévaloir une interprétation ou une conception de la norme constitutionnelle ⁽²⁴⁾. Si c'était le cas, il y en aurait eu d'autres car les sujets ne manquaient pas. On n'en citera que quelques uns qui, selon nous, auraient dû, ou tout au moins auraient pu, si les parlementaires avaient réellement le souci du respect de la Constitution, faire l'objet d'examen devant le juge constitutionnel.

²¹ L'article 22 n'exige aucune motivation de la requête (le Conseil est saisi par lettre de l'autorité qui a pris l'initiative de le saisir), néanmoins il prévoit en son dernier alinéa que le Premier ministre, le président de la Chambre des représentants, le président de la Chambre des conseillers et les membres des deux chambres peuvent présenter des observations au sujet de la question dont ce dernier est saisi. A s'en tenir à la pratique en France, on signalera, juste pour information que la fameuse décision du 16 juillet 1971, *liberté d'association*, qui constitue le tournant dont tout le monde avait parlé (voir *infra*, note 25), n'avait été initiée que par lettre du Président du Sénat demandant « *au Conseil constitutionnel de bien vouloir se prononcer sur la conformité de ce texte à la Constitution* ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1993, p. 159.

²² G. Vedel, *loc. cit.*, p. 60.

²³ On notera qu'une saisine avait été faite au sujet d'une question où le Conseil constitutionnel s'était à juste titre déclaré incompétent. Des députés de l'opposition avaient saisi le Conseil en invoquant l'inconstitutionnalité du déroulement du vote du programme du Gouvernement. Le Conseil se déclara naturellement incompétent, décision du 3 juillet 1998. Sur cette décision, M.A. Benabdallah, *De l'incompétence du Conseil constitutionnel*, REMALD n° 24, 1998, p. 129.

²⁴ On retiendra qu'au lendemain de la décision du Conseil constitutionnel du 25 juin 2002, déclarant non conformes à la Constitution certaines dispositions de la loi organique relative à la Chambre des représentants, des parlementaires avaient exprimé des critiques en observant que le Conseil n'avait pas mesuré les conséquences de sa décision et qu'elle retarderait le processus démocratique.

9 – L'un d'entre eux s'apparente curieusement au sujet qui avait permis au Conseil constitutionnel français d'opérer son tournant décisif lors de sa célèbre décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association ⁽²⁵⁾. Comme d'ailleurs et, bien sûr, par le plus pur des hasards, la première décision, dite des paraboles, du Conseil constitutionnel marocain portait sur un domaine similaire à celui de la première décision du Conseil constitutionnel français relative à la redevance radio-télévision ⁽²⁶⁾. Mais revenons à la liberté d'association !

Il s'agit de la modification de l'article 5 du dahir relatif au droit d'association et qui, tout en maintenant le caractère libre de la formation de toute association a institué une procédure permettant à l'administration de délivrer un récépissé provisoire en attendant la délivrance du récépissé définitif dans un délai de soixante jours ⁽²⁷⁾. On ne soutiendra nullement que c'était inconstitutionnel, pas plus que l'on ne soutiendra le contraire, mais si le Conseil avait été saisi de cette modification qui en reconnaissant à l'administration le pouvoir de délivrer le récépissé en deux étapes lui octroie la possibilité de le refuser à l'état définitif en déclarant nulle la formation de l'association, il se serait prononcé sur ce que la Constitution consacre dans son article 9 en parlant de la liberté d'association. A coup sûr, et sans aucune importance pour ce qu'aurait été l'interprétation de la haute juridiction devant laquelle tout le monde doit s'incliner sans être forcé de partager, et encore moins d'admirer, sa décision, le droit constitutionnel marocain se serait enrichi. On aurait su si l'appréciation de l'autorité administrative pour délivrer le récépissé définitif n'était pas une mesure préalable en contradiction avec le principe de la liberté d'association.

10 – Un second exemple, antérieur au précédent, concerne la loi sur le choix des prénoms qui avait été votée et était entrée en vigueur en soulevant un tollé d'indignation mais sans accroc aucun sur le plan juridique ⁽²⁸⁾. Là encore, et on ne le dira jamais assez, si le Conseil constitutionnel avait été saisi, notre droit se serait enrichi. On aurait aimé savoir si le législateur dont la compétence est incontestable en matière d'état civil peut sans commettre d'inconstitutionnalité limiter le choix des prénoms en précisant que le prénom doit présenter un caractère marocain et ne pas porter atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Loin de mettre en doute la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de la mesure, on aurait aimé que le Conseil constitutionnel se

²⁵ C.C. 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, AJDA, 1971, p. 538, note J. Rivero ; J. Robert, Propos sur le sauvetage d'une liberté, RDP, 1971, p. 1171. A la suite de l'annulation par le Tribunal administratif du refus de délivrer le récépissé aux fondateurs d'une association qui s'étaient présentés pour la déclarer, T.A., Paris, 25 janvier 1971, *Dame de Beauvoir et Sieur Leiris c/ ministre de l'Intérieur*, AJDA, 1971 p. 229, le Gouvernement déposa un projet de loi qui fut approuvé, permettant à l'autorité judiciaire d'admettre la non-délivrance du récépissé à une association dont l'objet apparaissait illicite ou qui reconstituait une association dissoute. Le Conseil constitutionnel déclara cette disposition non conforme à la constitution car, du principe de la liberté, il découle que les associations « se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve d'une déclaration préalable (...) que la constitution d'associations alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ».

²⁶ C.C. 11 août 1960, *Redevance radio-télévision*, R. p. 25.

²⁷ Dahir du 23 juillet 2002 portant promulgation de la loi 75-00 modifiant et complétant le dahir du 15 novembre 1958 relatif au droit d'association, B.O. n° 5048 du 17 octobre 2002, p. 1062.

²⁸ Loi n° 35-95 complétant par un article 6 bis le dahir du 8 mars 1950 portant extension du régime de l'état civil institué par le dahir du 4 septembre 1915, B.O. n° 4428 du 7 novembre 1996, p. 735.

prononce. D'ailleurs, cette loi a été abrogée, mais ses dispositions ont été reprises par une autre, notamment celle relative au choix du prénom ⁽²⁹⁾ qui, à son tour, malgré la limitation qu'elle contient, ne suscita aucune réaction d'ordre juridique.

11 – On peut indéfiniment multiplier les exemples, mais c'est juste pour dire que si le Conseil constitutionnel marocain a du mal à s'implanter c'est parce que, outre le fait que le nombre des saisines est plus qu'insignifiant, plusieurs occasions ont été ratées qui lui auraient permis de se forger la place qui lui revient dans l'élaboration des lois et surtout dans la définition des droits et libertés. Quel que soit le rang qu'il occupe parmi les institutions, le Conseil constitutionnel ne peut s'apprécier que par rapport à son rôle qui ne doit pas se mesurer au regard de l'arbitrage qu'il assure en déclarant si une loi est conforme ou non à la constitution, ou si une mesure relève du domaine législatif ou réglementaire, mais plutôt au regard de ses décisions de fond et de très haute voltige qui complètent et interprètent les dispositions constitutionnelles en relation avec les droits, les libertés et les principes généraux du droit sur lesquels, jusqu'à présent, il n'a jamais eu l'occasion de se prononcer. Toutefois, il serait injuste de tout rejeter sur le faible nombre de saisines dans la mesure où la jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée tantôt par la prudence, tantôt par l'audace. Sur la parcimonie, résultat de la prudence et la générosité qu'induit l'audace, il convient de s'interroger.

- II -

Parcimonie et générosité du Conseil

12 – En parlant de parcimonie, on ne veut nullement signifier que c'est la haute juridiction marocaine qui se veut parcimonieuse, avare de décisions, mais ce sont les cas de saisines tant en nombre qu'en domaine qui font que sa jurisprudence se caractérise par une certaine aridité. Loin de la présenter comme une cause, on se la présente comme un effet, une conséquence d'un état de faits. De sa jurisprudence, il s'avère que des cas qui lui sont soumis recèlent tellement d'inconstitutionnalités qu'ils lui permettent de se détourner du fond en soulevant d'office des points non invoqués par les saisissants. Bien plus, quelquefois, en évitant de se prononcer sur les points soulevés, le Conseil constitutionnel laisse le cas pendant sans solution juridique et, ainsi, il s'éloigne de l'examen des questions cruciales ou de fond auxquelles, justement, les réponses auraient permis un enrichissement de la jurisprudence constitutionnelle. C'est là que réside la parcimonie.

En revanche, on peut relever de la jurisprudence du Conseil des décisions où il y a une richesse telle dans les considérants que l'on peut dire finalement que notre juge constitutionnel n'adopte aucune attitude de principe, mais se comporte avec l'ensemble des saisines au cas par cas. Selon l'image proposée par le Doyen Vedel, il recherche une

²⁹ Dahir du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil, B.O. n° 5034 du 7 novembre 2002, p. 1193, voir l'article 21 de la loi qui reprend la rédaction de l'article 6 bis avec cette différence que le prénom choisi ne doit plus présenter *un caractère traditionnel marocain* mais uniquement *un caractère marocain*. Le terme *traditionnel* a été supprimé, mais la limitation demeure foncièrement la même. Le prénom doit être marocain et en usité ; toute inspiration innovatrice est exclue.

frappe chirurgicale définie par référence à ce qui intéresse le contrôle de constitutionnalité⁽³⁰⁾. Là où l'occasion lui est donnée de se taire, il ne la rate pas. Il le fait avec plaisir et se satisfait à moindre frais en se contentant de l'examen d'une partie de la requête. Par contre, là où le texte soumis à son appréciation ne lui offre aucun moyen d'éviter les réponses aux questions posées, il s'en remet aux requérants et au contenu de la saisine en procédant à l'examen de l'ensemble de la requête.

- § 1 -

L'examen partiel de la requête

13 – Sur les sept décisions rendues suite à une saisine soit des parlementaires, soit du Premier ministre, deux fois seulement, le Conseil constitutionnel a soulevé des moyens non invoqués par les saisissants en s'abstenant de traiter des griefs soulevés par les requérants. Se contentant de rester à la surface, il évite la profondeur que craint toute personne qui vient d'apprendre à nager !

14 – Dans l'affaire des paraboles⁽³¹⁾, abusivement appelée ainsi puisque sur le fond toutes les questions invoquées sont demeurées sans réponse, le Conseil constitutionnel qui rendait sa première décision en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, avait adopté une attitude emprunte de grande prudence. A partir des faits, on saisira mieux le contenu de la décision.

Par décret-loi du 13 octobre 1992, puis approuvé par la Chambre des représentants le 5 juillet 1994, le gouvernement avait institué une taxe sur les paraboles. La loi de ratification fit l'objet d'une saisine enveloppée de toute une argumentation énergiquement motivée soulevant moult points de droit relatifs tant à la procédure de vote du décret par la commission des finances de la Chambre des représentants qu'à celle utilisée pour l'approbation du décret-loi lui-même, qu'à des points de fond en relation avec la liberté d'expression sous toutes ses formes et la notion d'enrichissement sans cause. Tout le monde s'attendait à ce que le Conseil fasse sa première sortie sous une gerbe d'un grand feu d'artifice en traçant l'immense étendue de son contrôle, mais, très modestement, il préféra la discrétion en soulevant d'office que tout simplement le décret-loi avait été déposé hors délai pour ratification et que, par conséquent, la loi qui l'avait approuvée était inconstitutionnelle. Ce faisant, il avait évité toutes les questions de fond qui lui avait été posées ; et, pour l'heure, on ne sait toujours pas sa position sur le fait de savoir si constitutionnellement, une loi peut instituer une taxe sur la parabole. A partir d'une décision que l'on attendait sur la constitutionnalité d'une taxe, on a eu une décision sur les conditions de constitutionnalité de la loi de ratification d'un décret-loi.

³⁰ G. Vedel, *loc.cit.*, p. 58.

³¹ C.C., n° 37-94 du 16 août 1994, *Taxe sur la parabole*, REMALD n° 9, 1994, p. 9, note Benabdallah ; O. Bendourou, Le Conseil constitutionnel, contexte d'une épreuve, *Libération* du 12 décembre 1994 ; H. Zouitni, La décision du Conseil constitutionnel sur la loi instituant une taxe à l'installation des paraboles : logique et prudence, *Revue de droit et d'économie* n° 12, Fès, 1996, p. 47.

15 – Dans la décision relative à la loi formant code de recouvrement des créances publiques ⁽³²⁾, rendue sur une saisine pour la première fois effectuée par le Premier ministre à propos de la constitutionnalité d'une loi, le Conseil adopta la même attitude que dans l'affaire des paraboles. En soulevant d'office un moyen non invoqué dans la lettre de saisine, il évita de répondre à la question posée qui, en droit constitutionnel marocain était et demeure d'un intérêt dont personne ne saurait récuser l'importance. Sans doute s'est-il épargné l'embarras qu'éprouve tout nouveau venu au sein d'une communauté, mais reconnaissons que ce faisant, il a privé les juristes d'une belle question de droit constitutionnel. Qu'on en juge !

En amendant le projet de loi relative au recouvrement des créances publiques, le parlement avait introduit une disposition considérant *en état d'incompatibilité pour l'exercice d'une fonction officielle ou élective toute personne qui ne s'acquitte pas de créances publiques à sa charge (...)*.

Le Premier ministre saisit le Conseil constitutionnel en soulevant deux griefs à l'encontre de la disposition. D'une part, un tel cas d'incompatibilité ne saurait être institué alors que des nominations à certaines fonctions officielles ont lieu par décision royale. D'autre part, les membres de la Chambre des représentants et les membres de la chambre des conseillers ont un régime d'incompatibilité fixé par loi organique qui ne saurait être modifié par une loi ordinaire.

Au premier chef d'inconstitutionnalité, le Conseil n'a fait aucune allusion. Il l'a complètement ignoré comme si de rien n'était. En soulevant un moyen d'office, il s'est attaché à démontrer, non sans utilité du reste, quelles sont les conditions de la constitutionnalité d'une loi relative à un droit à valeur constitutionnelle en précisant que le législateur commet une incompétence négative lorsqu'il prévoit une dérogation à l'exercice d'un droit sans fixer les modalités de sa mise en œuvre. Puis, il traita du second grief soulevé par le Premier ministre en déclarant qu'effectivement le législateur ne peut pas excéder son pouvoir en exerçant par une loi ordinaire ce qui constitutionnellement ne peut se faire que par une loi organique. Seulement ainsi, à la question de savoir si le législateur peut créer un cas d'incompatibilité relatif aux fonctions officielles alors que parmi celles-ci certaines ont lieu par décision royale, il n'a point répondu ! Ou, plutôt, il a répondu de manière équivoque, dans la mesure où l'on peut dire que, *a contrario*, si le législateur avait respecté toutes les conditions relatives aux modalités de mise en œuvre de la dérogation, sa loi aurait été conforme à la Constitution. Voulait-il dire cela ? Lui seul le sait ! Il nous faudrait une autre saisine et une autre décision pour le savoir. A condition, bien entendu, que le Conseil constitutionnel ne s'empare pas de nouveau d'un moyen soulevé d'office, mais procède à l'examen total de la requête !

³² C.C., n° 382-00 du 15 mars 2000, *Incompatibilité*, REMALD n° 33, 2000, p. 143, note Benabdallah.

L'examen total de la requête

16 – Lorsque le Conseil constitutionnel ne relève aucun moyen d'office dans la loi soumise à son appréciation, il procède de la même manière que s'il s'agissait d'une loi organique, à la différence que celle-ci, il l'examine article par article, tandis que la loi ordinaire, il n'en examine que ce qui est invoqué dans la saisine. C'est du moins ce qu'il a fait jusque-là, mais en réalité et, l'on dira, théoriquement, rien ne l'empêche de considérer que la saisine n'est que le déclencheur d'une série d'opérations qu'il lui revient de conduire en passant au peigne fin la totalité des dispositions de la loi ⁽³³⁾. Un regard sur sa jurisprudence permet de constater que, si l'on exclut les lois organiques, le juge constitutionnel ne se comporte pas d'une façon invariable qui laisse apparaître un fil directeur, qui permette de systématiser sa conduite. Aucune des sept lois ordinaires qui lui ont été déférées n'a fait l'objet d'une étude absolument identique à une autre au point que l'on puisse dire que son comportement est uniforme ; et nous ne pensons pas que ce soit là un témoignage à charge. C'est en même temps le contenu de la saisine et celui de la loi elle-même qui inspirent sa démarche. Juge des lois, le Conseil constitutionnel s'érige en censeur tantôt pédagogue, tantôt péchant par excès de prévenance, tantôt orienteur.

17 – Ainsi, dans une décision du 29 août 2000 ⁽³⁴⁾, suite à une saisine faite par le Premier ministre demandant à la haute juridiction un avis conforme en vue de modifier par décret des dispositions contenues dans la loi organique relative à la Chambre des conseillers et sur laquelle le Conseil avait déjà statué le 26 août 1997, on peut relever que le juge constitutionnel, heureux de trouver une matière dense exhortant à la riche explication, a suivi trois étapes pour dire qu'il avait déjà rendu une décision qui revêt l'autorité de chose jugée.

Il explique d'abord ce qu'est le régime électoral, ajoute qu'il relève du domaine législatif et précise qu'il est régi par loi organique.

Ensuite, il tempère en avançant que certains aspects de ce régime, notamment la détermination de la forme du bulletin de vote, peuvent relever du domaine réglementaire en indiquant que ces aspects ne doivent pas avoir un caractère fondamental et que le législateur se doit d'exercer toutes ses compétences constitutionnelles.

Enfin, tout en insistant sur le fait que le législateur ne saurait, sans commettre d'inconstitutionnalité, se dessaisir au profit du pouvoir réglementaire d'un domaine qui ne peut être régi que par la loi, le Conseil constitutionnel déclare que sur la question, il avait déjà statué et que sa décision de 1997 était revêtue du caractère de l'autorité de

³³ En fait, cela conduit à s'interroger avec M. Blanquer que « *puisque le Conseil constitutionnel a le pouvoir de censurer toute loi en s'appuyant sur tout moyen, ne donne-t-il pas un « brevet de constitutionnalité » à tout ce qu'il ne censure pas ?* » J.M. Blanquer, La sélection de l'espèce : Contribution à l'étude de la réinterprétation des saisines par le juge constitutionnel, Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, *Economica*, 1995, p. 138.

³⁴ C.C., 29 août 2000, *Autorité de chose jugée*, REMALD, n° 34, 2000, p. 103, note Benabdallah.

chose jugée. Ce que tout simplement, il aurait pu dire dès le départ, mais il a préféré, et à juste titre, expliquer pour rejeter alors qu'il pouvait rejeter sans expliquer.

18 – Dans sa décision du 31 décembre 2001⁽³⁵⁾, rendue suite à une saisine de 97 membres de la Chambre des représentants tendant à déclarer inconstitutionnelles certains articles de la loi de finances pour l'année budgétaire 2002, le principal reproche était que l'article 6 de cette loi violait le principe de la non-rétroactivité des lois en ce sens qu'il prévoyait une exonération à compter du 1^{er} janvier 1996. La saisine avait été présentée le 27 décembre 2001 et le Conseil, prenant en considération le fait que la loi de finances devait entrer en application le 1^{er} janvier 2002, et sans qu'il n'y ait eu la moindre demande du Premier ministre invoquant l'urgence et la réduction du délai à huit jours, rendit sa décision en un temps record, quatre jours plus tard, soit le 31 décembre. Car, s'il avait pris ne serait-ce qu'un jour de plus, il aurait fallu un Conseil des ministres pour ouvrir, par décret, les crédits nécessaires à la marche des services publics.

Bien plus, se voulant prévenant et prompt dans sa décision, dans la précipitation, il suivit un raisonnement qui, à notre sens ⁽³⁶⁾, ne manquera pas de se retourner contre lui. Il fonda la rétroactivité de la loi incriminée sur l'intérêt général, notion vague et glissante qui serait de nature à tout permettre comme, par exemple, justifier la création d'une taxe ou d'un impôt non point pour l'avenir mais, dans le passé, à partir d'une date remontant à des années et des années toujours au nom du même intérêt général !

19 – Enfin, par sa décision du 25 juin 2002 au sujet de la loi organique relative à la Chambre des représentants ⁽³⁷⁾, le Conseil constitutionnel affirma son existence en tant que juridiction au service de la constitution, puisqu'il annula des dispositions de la loi alors que le calendrier électoral était plutôt serré, et, outre cela, il joua le rôle du juge qui oriente le législateur. Il faut dire aussi que le sujet s'y prêtait. Trois points de droit étaient soulevés, et au Conseil, il ne revenait pas de les résoudre comme des querelles entre deux justiciables cherchant chacun à avoir gain de cause, mais comme des sujets qui nécessitaient un traitement soigneux et méticuleux. Aux trois points évoqués relatifs à l'incompatibilité et l'inéligibilité, à l'appartenance politique et au vote unique concernant deux listes différentes, il indiqua au législateur ce qu'il avait à faire et apporta des réponses généreuses qui tranchent totalement avec la parcimonie des décisions où, battant en retraite, il se contente de soulever des moyens d'office.

*

* *

20 – Y a-t-il lieu de conclure ? Que dire des dix années de contrôle de constitutionnalité des lois sinon qu'elles ont permis au Conseil constitutionnel de

³⁵ C.C., 31 décembre 2001, *loi de finances 2002*, REMALD n° 43, 2002, p. 99, note Benabdallah ; A. El Kesri, Le principe de non-rétroactivité des lois revisitée par le Conseil constitutionnel, REMALD n° 44-45, p. 57.

³⁶ *Loc. cit.*, p. 102.

³⁷ C.C., 25 juin 2002, *loi organique relative à la Chambre des représentants*, REMALD n° 46, 2002, p. 183, note Benabdallah.

s'installer en tant que censeur de l'excès de pouvoir législatif ? Une installation certes à peine ébauchée ou à peine entamée si l'on en juge par le peu de saisines présentées et le peu d'occasions offertes, mais qui constitue tout de même un pas important au regard de la nouvelle culture que l'on peut en attendre et qui, logiquement, doit en découler. La culture du respect sacerdotal de la constitution et des principes qu'elle contient, sans cela son existence serait sans signification. Sans doute serait-il trop simpliste de verser dans l'optimisme béat et les éloges démesurés en soutenant que cette culture a parfaitement pris corps et que, comme dirait Panglos, tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes. Ce serait flatteur, mais faux ! Gardons-nous cependant de la critique systématique qui se fait à l'aune des expériences qui s'enracinent dans le temps et dans l'histoire. Reconnaissons pour le moment que le dispositif est là et qu'il suffit que tous les acteurs jouent chacun le rôle qui lui revient et, que certaines évolutions nécessitent plus de temps que d'autres.