Sur un fondement constitutionnel contestable : Récusation et « indépendance de la justice » (*)

**Note sous C.C. 11 août 2004, décision n° 583/04,
*loi organique relative à la Haute Cour***

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

En déclarant l'inconstitutionnalité de la loi organique relative à la Haute Cour, le Conseil constitutionnel a rendu une décision qui ne manque pas d'intérêt. Loin de ne permettre qu'un commentaire qui ne s'attache qu'à la décision en propre, c'est une décision qui ouvre la possibilité de parler des pouvoirs de la haute juridiction en tant que créatrice de droit. Sans doute, si elle avait été rendue en une période autre que celle des congés, elle aurait fait l'objet de plusieurs commentaires de presse s'interrogeant sur le motif de son inconstitutionnalité. Ce qui, du reste, n'aurait pas été surprenant si l'on se souvient que le jour où le projet de loi organique relative à la Haute Cour fut déposé au parlement, on ne manqua pas d'en faire état en mettant en exergue l'importance de l'institution et son rôle dans le renforcement de l'Etat de droit et de la démocratie. Intervenue donc dans la chaleur de l'été, le 11 août, en une période de grande accalmie ou presque tout le monde est à la recherche légitime de fraîcheur et de divertissement, elle s'est diluée parmi les faits qui passent inaperçus mais qui méritent cependant que l'on s'y arrête. De quoi s'agit-il ?

Dans son titre VIII, la Constitution dispose que les membres du Gouvernement sont responsables des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions et qu'ils peuvent être mis en accusation par les deux Chambres du Parlement et renvoyés devant la Haute Cour. Le nombre des membres de cette institution dont le président est nommé par dahir est composé par parts égales de membres élus au sein des deux Chambres du Parlement ; les modalités de leur élection ainsi que la procédure applicable sont fixées par une loi organique.

Au cours de l'année 2004, cette loi fut votée. Comprenant 42 articles traitant de tous les domaines relatifs à la Haute Cour, institution juridictionnelle par excellence, l'un d'entre eux, l'article 11, soustrait de la procédure de récusation son président et le président de la commission d'instruction prévue en l'article 4 de la loi organique.

Pour la bonne intelligence de ce qui va suivre, on rappellera que la récusation, procédure qui existe en matières civile et pénale, est un droit reconnu aux parties de demander qu'un juge dont elles mettent en cause l'impartialité, ne connaisse pas du procès dont il est saisi et soit remplacé par un autre juge. Les motifs de la récusation sont multiples ; ils vont de l'alliance avec la partie adverse jusqu'à l'amitié ou l'inimitié notoire avec l'une des parties. D'évidence, dans la poursuite d'un membre du gouvernement, l'accusé peut parfaitement estimer qu'au sein de la juridiction, il y a un

* REMALD n°57-58, 2004, p. 151 et suiv.

juge qui, pour l'une des causes énoncées à l'article 273 du code de procédure pénale, peut être récusé. A cet égard, la loi organique soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel le lui permet, sauf en ce qui concerne le président de la Haute Cour et celui de la commission d'instruction.

Loi organique, c'est un texte qui fait partie de ceux qui, conformément au deuxième alinéa de l'article 81 de la Constitution, sont obligatoirement soumis avant leur promulgation à l'appréciation du Conseil constitutionnel. Etant donc une condition de constitutionnalité, le visa du Conseil implique une étude article par article de la totalité de la loi organique votée par les deux chambres et, en même temps, la mise en relief des fondements de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité de leurs dispositions. C'est justement ce qu'a fait en partie notre haute juridiction pour déclarer finalement que tous les articles de la loi organique étaient conformes à la constitution sauf un seul qui est relatif à l'exception des deux présidents, celui de la Haute Cour et celui de la commission d'instruction, de la procédure de récusation. Néanmoins, bien qu'il ne s'agisse que d'un seul article, son inconstitutionnalité fut largement suffisante pour revoir la loi et la compléter dans le sens de la mise en place d'une procédure permettant la récusation des présidents de la Haute Cour et de la commission d'instruction.

Sans aucune intention de se pencher sur l'ensemble du contenu de la décision, exercice qui serait d'ailleurs sans grande utilité, on se propose d'étudier le considérant par lequel la Haute Instance a déclaré inconstitutionnel l'article 11 relatif à la non application de la récusation aux présidents de la Haute Cour et de la commission d'instruction et surtout le principe, puisqu'elle a parlé de *principe à valeur constitutionnelle qui est celui de l'indépendance de la justice*, sur lequel elle s'est fondée pour déclarer l'inconstitutionnalité.

*

* *

Pour l'étude du considérant, il convient de l'avoir sous les yeux.

« Considérant que l'exception de chacun des deux présidents de la haute cour et de la commission d'instruction de la procédure de récusation, bien qu'en comparaison avec leurs autres homologues qui lui sont soumis, ils exercent la même fonction juridictionnelle, voire exercent des compétences plus larges dans le travail judiciaire et ont des responsabilités déterminantes dans la décision, en plus du fait que cette exception ne se fonde sur aucune justification juridique, elle est contraire à un principe à valeur constitutionnelle qui est celui de l'indépendance de la justice, entendu que l'abandon de cette exception requiert qu'il soit accompagné de la révision des dispositions de la loi organique soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, surtout les dispositions du troisième paragraphe de l'article 12 et de l'article 14 et ce dans le but de créer une complémentarité et une harmonisation entre toutes les dispositions de cette loi, et en ajoutant d'autres dispositions de nature à garantir la continuité de la haute cour dans l'accomplissement de ses missions dans le cas de l'acceptation de la récusation de deux présidents précités ... »

Par ce considérant, ou cette motivation, on peut remarquer que le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de relever l'inconstitutionnalité en laissant au législateur le soin d'en tirer les conséquences ; il a plutôt essayé d'expliquer les raisons de la déclaration d'inconstitutionnalité en les fondant sur une comparaison. Pour lui, la récusation est applicable à tout magistrat, il considère que le président de la Haute Cour et le président de la commission d'instruction exercent la même fonction juridictionnelle que leurs homologues des autres juridictions et que, bien plus, leurs compétences sont plus larges et que leurs responsabilités sont déterminantes dans la décision. Dans ce sens, il estime que la récusation doit leur être applicable tout comme elle l'est aux autres membres de la Haute Cour.

De plus, conscient que l'inconstitutionnalité ne peut être supprimée par la simple insertion de la possibilité de récusation des présidents de la Haute Cour et de la commission d'instruction, il a ajouté que d'autres articles devaient être modifiés pour la mise en place d'une procédure applicable en la matière dans la mesure où l'article 12 de la loi organique prévoit que la demande en récusation est adressée au Président de la Haute Cour. Le problème qui surgirait en effet concernerait l'autorité devant laquelle doit être formulée la demande en récusation du Président de la Haute Cour lui-même.

Enfin, il ajouta un mot sur la continuité de la Haute Cour en précisant en filigrane que si son président et le président de la commission d'instruction venaient à être récusés, il faudrait penser à leur remplacement ; en d'autres termes, leur prévoir des suppléants, autrement la loi serait incomplète et, de là, inconstitutionnelle.

Sur un tout autre plan, il convient de signaler que la décision du Conseil constitutionnel, en ne mentionnant pas que les dispositions non conformes à la Constitution sont dissociables de l'ensemble de la loi organique, empêche sa promulgation et, de ce fait, son application. De l'article 24 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel, il ressort en effet que la publication d'une décision du Conseil refusant d'approuver une disposition d'une loi organique ou d'une loi ou du règlement intérieur de l'une des deux chambres du parlement met obstacle à sa promulgation, à moins que le Conseil décide que la disposition inconstitutionnelle est dissociable de l'ensemble du texte qui peut entrer en vigueur sans qu'elle n'y figure. Par conséquent, étant donné que le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré cette dissociabilité, on peut dire que, par son silence, il a déclaré que la loi organique en question ne peut être promulguée.

En fait, c'est un raisonnement qui nous semble couler de source. Car, à partir du moment où la récusation du président de la Haute Cour devient possible, il faut bien que la demande soit présentée devant une autorité bien déterminée et selon une procédure bien arrêtée. Or, à cet égard, la seule suppression du membre de phrase « *à l'exception de leurs présidents respectifs* » entraîne, voire suppose impérativement, l'existence d'une procédure qui fait défaut dans le texte tel que soumis à l'appréciation du Conseil constitutionnel. Donc, à elle seule, la suppression met obstacle à la promulgation.

A propos de la récusation, on remarquera que le dahir du 8 octobre 1977 portant loi organique relative à la Haute Cour (B.O. du 10 octobre 1977) qui devait être abrogé par la publication de la loi organique soumise au Conseil constitutionnel, tout en n'excluant pas le Président de la Haute Cour de la demande en récusation, ne prévoit aucune

procédure le concernant. On peut même dire que s'il est récusé, il est juge et partie. C'est devant lui que la demande est formulée, c'est lui qui provoque les explications du ou des membres dont la récusation est demandée et l'arrêt de la Haute Cour ne peut faire l'objet d'aucun recours ! Nous pensons que si la nouvelle loi organique n'avait pas exclu le président de la procédure de récusation, le Conseil constitutionnel, fidèle à sa jurisprudence, n'aurait pas moins déclaré la loi incomplète tant qu'elle ne contiendrait pas une procédure particulière applicable dans le cas de sa récusation. Il aurait eu recours à la théorie dont il a déjà usé de l'incompétence négative et aurait conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition. C'est du moins ce qui ressort de sa jurisprudence du 15 mars 2000 relative à la loi formant code de recouvrement des créances publiques (M.A. Benabdallah, La constitutionnalité des cas d'incompatibilité, note sous C.C. 15 mars 2000, décision n° 382-2000, *cette Revue* n° 33, p. 143 et suiv.).

Qu'en est-il maintenant du principe à valeur constitutionnelle sur lequel il s'est fondé pour déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 11 de la loi organique ?

*

* *

Pour faire de la récusation une procédure obligatoirement applicable tant aux membres de la Haute Cour qu'à son président et au président de la commission d'instruction, à juste titre et en bon pédagogue, le juge constitutionnel a cherché à fonder la procédure en question sur un principe. Se voulant précis, il a parlé de *principe à valeur constitutionnelle*.

Disons tout de suite ou rappelons qu'il s'agit là du vrai rôle de la Haute juridiction. Il serait complètement aberrant qu'un juge constitutionnel donne l'impression d'inventer un droit au mépris de toute rationalité, en faisant fi de la Constitution et de son contenu. Juge constitutionnel, il porte bien son nom ; il doit veiller à ce que le législateur tout en exprimant la volonté générale de la nation, ne le fasse que dans le respect de la Constitution. Pas plus, d'ailleurs, qu'il ne doit donner l'impression de régler des litiges à visage juridique sur fond politique, des litiges voisins de ceux qui opposent des particuliers où une solution du juste milieu peut les satisfaire pour éviter celle où apparaissent un vainqueur et un vaincu. Dans le contentieux constitutionnel ou, si l'on préfère la justice constitutionnelle, ce ne sont jamais deux parties en litige, mais il y a toujours, d'un côté, le législateur et, de l'autre, la Constitution ! Le rôle du juge constitutionnel c'est de vérifier si le législateur n'a pas outrepassé les limites tracées par le constituant. Quelle utilité aurait la constitution si ses principes n'étaient que des vœux pieux à l'adresse d'un législateur fort de sa légitimité souveraine ? Là est toute la philosophie dont se nourrit la loi organique. Parce qu'elle intervient pour mettre en application un article de la Constitution, elle doit, avant sa promulgation, impérativement passer sous l'œil vigilant du juge constitutionnel auquel il revient de dire si certaines de ses dispositions sont ou ne sont pas contraires aux règles, principes et préceptes contenus dans le texte le plus élevé dans la hiérarchie juridique, la Charte fondamentale.

En paraphrasant Kelsen, on dira que si la loi est une création du droit vis-à-vis du règlement, elle se présente comme une application du droit vis-à-vis de la Constitution ; de ce fait, la vérification de sa régularité doit se fonder sur le rapport d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. A la suite du même grand juriste, père fondateur du contrôle de la constitutionnalité des lois en Europe, on ajoutera que cette correspondance constitue le fondement de l'existence des garanties de la Constitution qui sont considérées comme garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, des garanties de la constitutionnalité des lois.

Constitutionnalité ! Voilà le terme magique auquel il faut restituer l'importance qui est la sienne et reconnaître l'étendue qui le caractérise ! Signifie-t-il uniquement le contenu purement formel de la Constitution ou doit-il intégrer tout ce qui s'y rattache comme principes et règles auxquels le texte constitutionnel fait référence ?

Notre Constitution, comme du reste la plupart des constitutions du monde pour ne pas dire toutes, contient un ensemble de référentiels qui complètent tout ce qu'elle proclame expressément. Naturellement, ces référentiels varient d'un pays à un autre. Ici, cela peut être *l'attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus*, ailleurs, cela peut être *l'attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789* etc. Ici, l'Etat peut être musulman, ailleurs, il peut être laïque. Ici, cela peut être la souscription *aux principes, droits et obligations découlant des chartes des organismes internationaux* dont l'Etat est membre, ailleurs, cela peut être la proclamation *comme particulièrement nécessaires à notre temps de principes politiques, économiques et sociaux*. Bref, et pour ne pas déborder l'objet de la présente note, dans sa mission, le Conseil constitutionnel est un créateur de droits, de normes juridiques et, plus simplement, du droit à partir de la Constitution et surtout de son esprit et des principes ainsi que les valeurs dont elle est tissée ou qui coulent des textes auxquels elle fait référence. La constitutionnalité d'un texte de loi organique ou autre, ne réside pas seulement dans sa conformité à ce qui est expressément énoncé dans les seuls articles de la Constitution, mais à ce qui transparaît au travers de ses dispositions et se manifeste dans la trame de ses lignes. Elle s'apprécie au regard de ce qui constitue le bloc de constitutionnalité.

*

* *

« ...en plus du fait que cette exception ne se fonde sur aucune justification juridique, elle est contraire à un principe à valeur constitutionnelle qui est celui de l'indépendance de la justice... »

Pour une meilleure compréhension de la phrase, on dira que, pour le Conseil constitutionnel, le fait de soustraire le président de la Haute Cour et le président de la commission d'instruction de la procédure de récusation est contraire à un principe à valeur constitutionnelle qui est celui de l'indépendance de la justice.

Il ne fait aucun doute que le juge constitutionnel est totalement libre, intellectuellement et juridictionnellement s'entend, de donner à ses décisions les fondements qu'il désire, tant il est vrai et qu'il est admis qu'il est créateur au sens que l'on vient de voir de droits et du droit. D'ailleurs, ses décisions s'imposent à tous et ne sont susceptibles d'aucun recours. Il est clair que notre Conseil constitutionnel, en parlant de *principe à valeur constitutionnelle, celui de l'indépendance de la justice*, a emprunté, par économie de moyens, un raccourci tendant vraisemblablement à faire application de l'article 82 de la Constitution qui énonce que *l'autorité judiciaire est indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif*. Mais encore faut-il que le fondement jouisse d'un minimum d'intelligibilité, d'une base de rationalité et de cohérence juridiques.

On a beau fixer, scruter, tourner et retourner dans tous les sens la notion d'indépendance de la justice, mais on a peine à y trouver la moindre connexion avec celle de la récusation. Sans doute le Conseil constitutionnel a-t-il une conception de la notion qui lui a semblé évidente au point de lui épargner de plus amples développements. Entendre parler d'indépendance incline à poser une question au son provoquant : « L'indépendance vis-à-vis de qui ? Et l'indépendance, dans quel cadre ? »

Il nous semble que l'indépendance de la justice c'est quelque chose qui existe entre l'autorité judiciaire (en abrégé la justice) et les pouvoirs législatif et exécutif, tandis que la récusation c'est quelque chose qui, nous semble-t-il, a lieu entre le justiciable et le juge. En toute modestie, et dans le cadre du dialogue qui doit exister et être encouragé entre la Haute Instance et ceux qui s'intéressent à sa jurisprudence en la commentant, nous pensons que c'est ailleurs que notre juge constitutionnel devait chercher.

L'indépendance de la justice s'analyse à partir de la relation qu'entretient l'autorité de la justice avec les pouvoirs législatif et exécutif. Parler de l'indépendance de la justice en pensant à une institution fonctionnant en vase clos, sans relation avec les autres institutions, est un non sens car du point de vue constitutionnel la justice n'est pas un pouvoir, c'est une autorité. Qui d'autre que le législateur élabore et approuve les lois qu'appliquent les juges ? Qui fait les multiples codes, tous sans exception aucune, qu'ils ne sauraient ignorer à peine de forfaiture ? Quel juge peut appliquer une norme autre que celle qui découle d'un texte législatif ou même réglementaire ? Qui exerce le droit de grâce ? Peut-on à partir des réponses à ces questions, parler d'indépendance de la justice ? Non qu'on le déplore, mais la Constitution est ce qu'elle est !

Lorsque l'on parle de l'indépendance de la justice ou plutôt de l'autorité judiciaire, pour demeurer conforme aux termes de la Constitution, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, on entend par là l'indépendance des magistrats qui, comme on le sait, sont nommés par dahir et soumis au Conseil supérieur de la magistrature en ce qui concerne leur avancement et leur discipline, vis-à-vis du pouvoir exécutif, encore que vis-à-vis du pouvoir législatif leur indépendance est relative dans la mesure où tout ce qui leur est applicable trouve son origine et son application dans la loi. On entend par là également qu'aucun pouvoir n'a le droit ni de censurer une décision juridictionnelle, si saugrenue ou hérétique semble-t-elle, ni adresser des instructions et encore moins des injonctions aux juges ou se substituer à eux dans leur fonction. A partir de là, si on reprend la notion de récusation qui, comme on l'a rappelé, est un droit reconnu aux parties de demander qu'un juge dont elles mettent en cause l'impartialité, ne connaisse pas du

procès dont il est saisi et soit remplacé par un autre juge, il y a une sérieuse hésitation à trouver un quelconque lien de parenté entre l'indépendance de la justice ou de l'autorité judiciaire et le fait que l'impartialité du juge puisse être remise en cause.

A notre sens, lorsqu'un justiciable récusé son juge, c'est un tout autre principe qui semble devoir être invoqué.

*

* *

C'est, nous semble-t-il, à partir de la définition retenue de la récusation que l'on peut trouver le fondement. Droit reconnu au justiciable de demander qu'un juge dont il remet en cause l'impartialité ne connaisse pas du procès dont il est saisi. A partir de là, il apparaît qu'il s'agit d'une notion qui intéresse en premier chef le justiciable et sa situation dans le procès. En d'autres termes, la gêne que quelqu'un qui est poursuivi pour crime ou délit dans l'exercice de ses fonctions peut éprouver de constater que dès le commencement, son jugement démarre avec un handicap de taille, celui d'avoir un juge contre lui et, de surcroît, un président de la Cour, donc de toutes les séances d'audience, qui, imprégné de l'inimitié qu'il lui témoigne, écouterait d'une oreille peu attentive la défense qu'il développera. Déjà, à ce niveau, on peut remarquer, sans grand effort, l'éloignement par rapport au principe de l'indépendance de la justice. Par contre, on peut relever une relation étroite avec le principe général du droit qui est celui des droits de la défense ou du principe plus large encore du procès équitable. Ne peut-on pas dire que lorsqu'un justiciable veut bénéficier d'un procès équitable, il ne fait tout simplement que revendiquer son droit à être jugé équitablement et à exercer sa défense dans des conditions normales, parmi lesquelles, et au premier rang, l'impartialité du juge ?

Voici plus de quarante ans, la Cour suprême a élevé au rang de principes généraux du droit, c'est-à-dire des principes qui s'appliquent même sans texte, celui des droits de la défense et de tout ce qui est en rapport avec la notion de sécurité juridique. On ne citera pas l'ensemble des arrêts, mais on retiendra certains d'entre eux devenus classiques et qui font désormais partie des mœurs juridiques. Des arrêts, selon lesquels on ne peut prendre une sanction contre un agent sans qu'il ait été à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés (C.S.A. 9 juillet 1959, *Guerra*, R. p. 50 ; C.S.A. 4 décembre 1959, *Mohammed Benchekroun*, R. p. 27 ; C.S.A. 19 décembre 1959, *Moulay Lyazid Elalaoui*, R. p. 92 ; C.S.A. 9 juillet 1960, *Driss ben Abbes Sqali*, R. p. 138 ; C.S.A. 17 avril 1961, *Mohammed El Hihi*, R. p. 56).

Rien n'interdit, bien au contraire, au Conseil constitutionnel de creuser dans ce sens et d'élever au rang de principes à valeur constitutionnelle des principes qui ont un caractère universel. Et l'on sait que les notions de droits de la défense et de procès équitable sont des principes qui sont en relation directe et étroite avec *les droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus*. C'était là l'occasion de faire parler le préambule de la Constitution. On se demande pourquoi notre juge constitutionnel n'a pas cherché à franchir le pas en s'affranchissant d'une lecture textuelle de la

Constitution dans la mesure où, dans le cas d'espèce, il aurait gagné à opter pour une lecture exégétique de son contenu et de ses référentiels !

*

* *

*C.C. 11 août 2004, décision n° 583/04,
loi organique relative à la Haute Cour*

« (...)

Considérant que l'exception de chacun des deux présidents de la haute cour et de la commission d'instruction de la procédure de récusation, bien qu'en comparaison avec leurs autres homologues qui lui sont soumis, ils exercent la même fonction juridictionnelle, voire exercent des compétences plus larges dans le travail judiciaire et ont des responsabilités déterminantes dans la décision, en plus du fait que cette exception ne se fonde sur aucune justification juridique, elle est contraire à un principe à valeur constitutionnelle qui est celui de l'indépendance de la justice, entendu que l'abandon de cette exception requiert qu'il soit accompagné de la révision des dispositions de la loi organique soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, surtout les dispositions du troisième paragraphe de l'article 12 et de l'article 14 et ce dans le but de créer une complémentarité et une harmonisation entre toutes les dispositions de cette loi, et en ajoutant d'autres dispositions de nature à garantir la continuité de la haute cour dans l'accomplissement de ses missions dans le cas de l'acceptation de la récusation de deux présidents précités ;

(...)

Par ces motifs :

Déclare

1 – que l'expression (à l'exception de ses deux présidents) contenue dans l'article 11 de la loi organique n° 63-00 soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel n'est pas conforme à la constitution ;

2 – que le reste des dispositions de la loi organique n° 63-00 ne comporte pas ce qui est contraire à la constitution, avec la prise en considération de ce qui est contenu dans le dernier paragraphe de la deuxième partie consacrée dans cette décision à l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions relatives à la haute cour de justice et à la désignation de ses membres et de leurs situations ;

(...) ».