

**ENSA OCTOBRE 2017 CYCLE PREPARATOIRE**

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

**Pr N. BERNOUSSI**

**JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET ETAT DE DROIT**

**1-Document de cadrage**

<b>La Constitution de 2011 et le juge constitutionnel</b>
---

**In La constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires. CEI.LGDJ.2012.**

**Pr Nadia Bernoussi**

**Avant propos**

**D'évidence, la révision de la constitution n'est pas un acte isolé, technique, ou neutre, mais demeure bel et bien une réponse de formulation juridique à des préoccupations politiques majeures. Souvent fruit de consensus et de concessions, parfois œuvre de compromis entre forces politiques plus ou moins antagonistes au point que parfois, certaines lois fondamentales<sup>1</sup> vont faire le choix de rester vagues et réservées afin obtenir le maximum d'adhésions et ne pas générer d'hostilité. La récente révision constitutionnelle marocaine ne déroge pas à ce principe, essayant de croiser les revendications et les espérances parfois les plus opposées. Pour autant, elle reste l'aboutissement d'une longue maturation de la demande démocratique, accentuée par les impératifs de régionalisation et de modernisation des structures de l'Etat, exacerbée par le printemps arabe et le mouvement des jeunes. La réforme constitutionnelle a ainsi éclos au sein de débats portant sur la transition démocratique, l'Etat de droit et la bonne gouvernance, sur fond**

---

<sup>1</sup> Tel est le cas par exemple de la Constitution américaine qui n'a rien prévu quant au contrôle de constitutionnalité craignant que l'affirmation d'une telle compétence ne suscitât des réactions hostiles dans l'opinion. Voir notamment Le contrôle de constitutionnalité I –Présentation générale- France-Etats-Unis. Documents d'études. Droit constitutionnel et institutions politiques. La documentation française N°1-15.P25

**de réformisme moral et de sursaut éthique<sup>2</sup> doublés d'une forte revendication participative ayant soudainement « affolé » la rue et les réseaux sociaux.**

**Inscrite dans une démarche incrémentaliste et gradualiste entamée autour des années 90, la révision constitutionnelle de 2011 ne surgit pas dans une « terra nullius » normative et institutionnelle. Déjà, en 1992, sa devancière avait apporté des modifications significatives au niveau des droits de l'homme, de la rationalisation des pouvoirs du Roi, de l'accroissement des compétences des organes constitués et de l'émergence de nouvelles institutions telles que la région ou le Conseil constitutionnel pour ne citer qu'eux.<sup>3</sup> La révision intervenue peu après en 1996 avait quant à elle, réouvert la voie au bicaméralisme lequel eut un impact plus ou moins heureux tant sur la procédure législative que sur l'organisation des pouvoirs publics. C'est dire que si la chute du Mur de Berlin n'a pas trouvé d'écho direct ou immédiat dans la majorité des Etats arabes, elle a en revanche, affecté les institutions politiques nationales et creusé des sillons dans les marges du pouvoir politique marocain. Aujourd'hui, le discours politique ambiant s'inscrit à la fois dans cette continuité et cette ouverture, mais tient compte également de « l'impératif délibératif »<sup>4</sup> lequel a exigé de lui davantage de concessions jusqu'à créer par endroit autant d'amorces de ruptures que de fausses continuités. Et les discours royaux et la nouvelle constitution agissent en effet dans l'objectif de redonner confiance, de tenter de re-créeer du lien social, de reprendre langue avec le peuple, de rappeler que la loi est la même pour tous, de promettre que l'impunité sera bannie, que la justice sociale revendiquée devra être le fondement d'une démocratie de fond et non de façade.**

---

<sup>2</sup>Voir Hama Hamami :le chemin de la dignité. In Yadh Ben Achour :la deuxième fatiha .L'Islam et la pensée des droits de l'homme.PUF.Ceres éditions .Tunis .2011.P 1

<sup>3</sup> Voir à ce propos A.Menouni : Lectures dans la Constitution révisée .In Révision de la Constitution marocaine de 1992 .Sous La direction de D.Basri,M.Rousset,G.Vedel .Edification d'un Etat moderne .Imprimerie royale.1992 .P55 à 82

<sup>4</sup>Luc Blondiaux et Yves Sintomer : l'impératif délibératif .Rue Descartes,n°63.Collège international de philosophie.Paris .2009 .In les défis de la démocratie participative.Le Monde diplomatique. Octobre 2011

La nouvelle constitution promulguée le 29 juillet 2011<sup>5</sup> abroge la précédente et prend le soin de prévoir des dispositions transitoires<sup>6</sup> encore en vigueur à l'heure où nous écrivons. C'est la deuxième fois<sup>7</sup> que le pouvoir constituant agit de manière aussi radicale en « balayant » l'ordre juridique ancien. Nourrie des conclusions de l'Instance Equité et Réconciliation et des rapports sur le cinquantenaire et la régionalisation, la nouvelle mouture sera conçue et écrite à l'aune des standards démocratiques universellement reconnus, laissant entrevoir une promesse constitutionnelle généreuse et ambitieuse.

Sur la question de savoir s'il s'agit d'une constitution pérenne ou de transition, les débats restent encore vifs et opposés, les interrogations continuant à faire le succès de forums et de tables rondes ici et là; le Maroc serait-il encore dans une phase de transition démocratique/transition politique ? Peut-être abordons-nous, avec cette nouvelle version, la phase de consolidation ? Plusieurs paramètres semblent aller dans le sens d'une transition encore en cours, le Maroc ayant mis en place une justice transitionnelle, les mesures de discrimination positive en faveur des femmes étant des mesures spéciales temporaires, les interventions du Chef de l'Etat dans le Code de la famille, ou dans l'Initiative nationale du développement humain soulignant la place importante de ce que la science politique appelle le « leader transitionnel »<sup>8</sup>, la constitution de 2011 serait dans la même veine elle aussi, c'est à dire une constitution de transition, loi fondamentale où des moments de « rupture » constitutionnelle apparaissent à côté d'espaces de

---

<sup>5</sup> Dahir n°1-11-91 du 29 juillet 2011

<sup>6</sup> Articles 176 à 180 de la Constitution du 29 juillet 2011

<sup>7</sup> Article 103 : Est abrogée la Constitution promulguée par le dahir n°1-70-177 du 31 juillet 1970

<sup>8</sup> Thomas A. O'Brien : the role of transitional leader : a comparative Analysis of Adolfo Suarez and Boris Yelstin . Leadership, 3(4), 2007 . P 419-432 In A. Maslouhi : la voie marocaine de la démocratisation. Repères transitologiques. Une décennie de réformes au Maroc. Karthala. 2009. P 2

**« continuité » dans un cadre général où il est juste de rappeler que peu de place est laissé à l'arbitraire.**

**Concernant le processus d'élaboration de la révision, force est de souligner l'originalité de son déroulement. Ainsi, l'évolution procédurale serait donc passée d'une position de quasi octroi (62, 70,72) à une attitude plus participationniste par le recours aux memoremundum (92,96) pour aboutir aujourd'hui à une démarche intégrationniste et inclusive dont les ressorts de légitimité sont plurielles, légitimité professionnelle (par la CCRC<sup>9</sup>), partisane (par le mécanisme politique de suivi et de concertation<sup>10</sup>) et populaire (par le recours au referendum).**

**Agenda scrupuleusement respecté ou précipitation délibérée, toujours est il que le texte « préparatoire » fut revisité, retravaillé, amendé au regard des discussions et des divers arbitrages intervenus post « première mouture »<sup>11</sup>. Moment de flottement où le texte n'appartenait plus au domaine de l'expertise mais relevait de celui nettement plus sensible, à savoir le registre stratégique. Tels des sédiments ou des couches géologiques qui envelopperaient un bloc rocheux et poreux, le projet initial va se retrouver nimbé ça et là, là où les limons sont sensibles, de couches dures qui vont altérer l'image et l'harmonie d'ensemble et jeter la lumière sur la constitution matérielle, en mettant en relief les concessions inéluctables de dernière heure.**

**Par ailleurs, comment écrire seul sur ce qui a été conçu collectivement ? Posture délicate, être « dedans » et en « dehors », devoir de réserve et impératif de témoigner, jusqu'où peut aller le devoir de réserve, couvre t il**

---

<sup>9</sup> La Commission consultative de révision de la constitution présidée par A.Menouni

<sup>10</sup> Le Mécanisme politique de suivi et de concertation présidé par M.Moatassim

<sup>11</sup> A titre indicatif et sans doute non exhaustif, il est vraisemblable que les arbitrages provenaient du Roi, des oulémas, des partis politiques, du PJD, des syndicats, du ministre des Habous, du Secrétariat général du gouvernement etc

**l'instantané, le « pendant », la période de travail, ce qui peut paraître évident ou bien concerne t il aussi l' « après », et dans ce cas, jusqu'à quel « après » ? Comment rester neutre, distant par rapport à un travail collectif et préparatoire ?**

**Le thème de la justice constitutionnelle va occuper une place privilégiée au sein de la révision constitutionnelle révélant ainsi le degré d'intimité existant avec le paradigme de l'Etat de droit. En effet, il est généralement établi que la justice constitutionnelle constitue un élément déterminant de l'Etat de droit depuis notamment l'avènement et l'universalité du phénomène autour des années 80, période qui a coïncidé avec le repli des défenseurs du légicentrisme.**

**Il est important de confier que cet espace n'a curieusement donné lieu à aucune polémique, dissension, ou antagonisme particuliers au sein de la Commission. Il allait comme de soi que la justice constitutionnelle devait être retouchée pour la rendre performante et l'ériger en instrument efficient de la protection des droits fondamentaux .L'idée de son faible fonctionnement et de ses moyens limités étant admise, sa réforme devenait dès lors légitime. En outre, l'absence de tension autour de sa « remise en forme » venait peut être également du fait qu'il s'agit d'une institution tenue loin de l'Imamat<sup>12</sup>, contrairement au pouvoir judiciaire que le Roi continue de présider, une institution « civile », dont la capacité de « nuisance » n'est pas encore perceptible, compte tenu de son passé jurisprudentiel effacé. Par ailleurs, l'absence de décision fondatrice fait apparaître l'institution comme une structure bénigne, « sans risque » à l'opposé des principes selon lesquels la justice constitutionnelle ferait basculer les systèmes juridiques du constitutionnalisme au néo constitutionnalisme, des constitutions**

---

<sup>12</sup>On parle à ce propos de la « wilaya el kobra », théorie selon laquelle la justice est une compétence relevant de l'Imamat et qu'elle ne serait que « déléguée » au ministre de la justice. Ce qui pendant longtemps expliquait que le département de la justice soit considéré comme un ministère de souveraineté.

préoccupées par la séparation des pouvoirs aux constitutions à « clefs », du règne des hommes à celui des normes, de la souveraineté de la foi à la souveraineté de la loi puis à celle plus grande et plus haute, celle de la constitution.

L'histoire de la justice constitutionnelle au Maroc est à la fois longue et sans embûches. Elle a intégré le champ institutionnel marocain de manière discrète et graduelle. Déjà le projet de constitution marocaine de 1908 prévoyait un contrôle politique des lois exercé par le Conseil des notables et la constitution de 1962 avait, par souci d'« économie institutionnelle », institué une Chambre constitutionnelle au sein même de la Cour suprême, cette dernière contrôlant la constitutionnalité des lois organiques et des règlements intérieurs des chambres, veillant à la répartition normative entre le domaine de la loi et du règlement, et gérant le contentieux électoral. Il ne lui manquait que le contrôle de la loi ordinaire pour rentrer dans le cercle des Etats disposant d'une véritable justice constitutionnelle. Pas qui sera franchi lors de la révision constitutionnelle de 1992<sup>13</sup> qui créera un Conseil constitutionnel, juridiction indépendante située à l'extérieur du pouvoir judiciaire, gardant les compétences précédentes mais y greffant le contrôle de constitutionnalité de la loi ordinaire, attribution cardinale de toute justice constitutionnelle.<sup>14</sup> Pour autant, le juge des lois sera paradoxalement peu sollicité.

A cet égard, les chiffres sont têtus et parlent d'eux-mêmes : ainsi, en 2010, sur 780 décisions rendues par le Conseil constitutionnel, 621 ont concerné le contentieux électoral, 2 le referendum, 50, le statut juridique des parlementaires, 45, les délégalisations, 22, les lois organiques, 12, les règlements intérieurs et 10, les lois ordinaires<sup>15</sup>. N'eut été le contentieux électoral, le Conseil constitutionnel aurait selon la métaphore de R.Badinter

---

<sup>13</sup> Article 76 et suiv de la Constitution du 9 Octobre 1992

<sup>14</sup> Louis Favoreu : les Cours constitutionnelles . Que sais je n° 2293. Paris .1992.P24

<sup>15</sup> Le Conseil constitutionnel. Service de la documentation et de la Coopération, Rabat.2010.

ressemblé « au château de la belle au bois dormant ». 34 décisions pour les « actes immédiats » de la Constitution que sont les règlements intérieurs et les lois organiques, normes justiciables d'un contrôle automatique, 45 pour les délégalisations, étape préalable à la refonte des vieux textes. 10 décisions pour les lois ordinaires en l'espace de 15 ans ! Comment alors expliquer cette réserve ?

A regarder de près l'origine et le nombre des saisines pour l'année 2010(77 provenant du Premier ministre, 28 du ministre de l'intérieur, 18 du Président de la Chambre des représentants, 13 du wali ,6 des élus et 5 du ministre de la justice), on se trouve à même d'avancer quelques pistes. Ainsi, les requérants se trouveraient dans une logique de régulation des compétences normatives entre les pouvoirs publics<sup>16</sup>, de mise à niveau normative ou de préoccupation de la situation juridique des élus, l'objectif ou le souci de réparation du droit, de redressement des torts ou de protection des droits fondamentaux passeraient en second plan. Les raisons d'une saisine faible de la justice constitutionnelle tiennent autant à des facteurs juridiques dont le quorum exigeant des alliances difficiles à nouer (un quorum de 82 membres est exigé à la Chambre des représentants et de 68 pour la Chambre des conseillers), qu'à des raisons politiques dont on peut citer notamment le consensualisme, cette « insoutenable autonomie du politique », les majorités relatives, la crainte du Gouvernement, l'urgence des échéanciers et l'absence de décision fondatrice.

Comment la justice constitutionnelle est elle perçue au regard des droits fondamentaux? En fait, si l'on admet sans nul doute sa mission de protection des droits fondamentaux, il est loisible de se demander s'il s'agit de la seule institution en charge des droits et libertés.

Le Roi reste en effet « protecteur des droits et libertés des citoyens et des citoyennes et des collectivités »<sup>17</sup> comme dans les constitutions précédentes,

---

<sup>16</sup>Louis Favoreu, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, RDP .1967, p. 5 et suiv.

<sup>17</sup>Article 42 de la Constitution du 29 Juillet 2011

et il est alors toujours permis de s'interroger sur le degré d'implication du Chef de l'Etat dans les espaces à proximité religieuse tels que par exemple le Code de la famille ou celui des successions. Par ailleurs, malgré les tentatives d'autonomisation de la justice qui a muté d' « autorité » à « pouvoir », le juge ordinaire reste dans la nouvelle constitution « en charge des droits et libertés »<sup>18</sup> et non pas protecteur ou gardien comme à titre d'exemple l' « autorité judiciaire française , gardienne des libertés individuelles<sup>19</sup>. « En charge » demeure une expression moins forte et moins engageante que « garant »<sup>20</sup> ou « protecteur ».

En somme, la nouvelle constitution crée ainsi une atmosphère particulière, un nouvel esprit et met en place une batterie de mécanismes et techniques, une ingénierie constitutionnelle inédite. Une partie sociale ou sociologique et une partie « mécano institutionnelle ».

## I UN ESPRIT

Il est en effet important de connaître l'esprit dans lequel va pouvoir se déployer, se mouvoir ou s'imposer la nouvelle cour constitutionnelle. Quelle « climat » habite la nouvelle loi fondamentale ? Peut on dire qu'il y a à cet égard une écriture d'un nouveau contrat social ? Assiste t on à une révolution silencieuse<sup>21</sup> ? Un nouveau pacte social serait il entrain de naître ? En tous cas, plusieurs fées semblent s'être penchées sur le berceau de la constitution, en attestent ainsi les références implicites à Montesquieu, Kelsen, Tocqueville,

---

<sup>18</sup> Article 117 de la Constitution du 29 Juillet 2011

<sup>19</sup> Article 66,2 de la Constitution française du 4 octobre 1968

<sup>20</sup> Ce n'est pas par pur hasard que le Général de Gaulle corrigea le texte qui lui fut soumis par le CCC en « remplaçant la mention « il a la charge » par « il est garant ». In François Luchaire et Gerard Conac: La Constitution de la république française. Economica. Université de Paris I. Panthéon Sorbonne. Centre de droit constitutionnel ; Paris. 1979 .P 133

<sup>21</sup> Mohammed .Cherkaoui :Le Sahara. Lien social et enjeux stratégiques. Oxford. Bradwell Press. 2006



**Habermas, mais aussi les références appuyées et plus ou moins explicites à l'Islam.**

**En fait et au fur et à mesure de la lecture de la constitution, se profile et s'impose une atmosphère entre véritables conquêtes et inéluctables crispations, entre victoires significatives<sup>22</sup> et irréductibles verrouillages, entre concessions courageuses et replis identitaires, un climat d'un « entre deux » spontané ou savamment élaboré, pensé et codifié.**

### **1 Le partage du pouvoir**

**L'idée de séparation des pouvoirs bruyamment réclamée par la jeunesse et revenant comme un leitmotiv dans les doléances des partis politiques et de la société civile, pénètre le nouveau dispositif constitutionnel. Les pouvoirs nouveaux (érection du Gouvernement en Pouvoir exécutif et émergence d'un pouvoir judiciaire en lieu et place de l'ancienne autorité judiciaire) disposent de plus d'autonomie et voient leurs pouvoirs affirmés. Ainsi et afin que le « pouvoir arrête le pouvoir », des mécanismes de contrôle et d'évaluation sont**

---

<sup>22</sup> Voir notamment les mentions relatives au droit à la vie, à la suprématie des conventions internationales, au principe de la séparation des pouvoirs, à celui de la parité, de l'amazighité, de l'amorce de la séparation des pouvoirs spirituel et temporel, des contrepouvoirs, de l'exception d'inconstitutionnalité etc..

établis et facilités notamment par les quorum<sup>23</sup> revus à la baisse. Véritable statut conféré à l'opposition, chapitre entièrement consacré à la bonne gouvernance et à la reddition des comptes, pléthore de conseils dédiés à la régulation, la bonne gouvernance et aux droits humains, tout ceci donnant corps à l'architecture de la nouvelle loi fondamentale.

Dans le même sens, l'idée de séparation se double de l'idée de délégation et de cession. Ainsi, des citadelles pensées imprenables telles que le Conseil des ministres ou le Conseil supérieur de la magistrature ne sont plus aujourd'hui sacralisées, le Chef du Gouvernement pouvant présider le Conseil des ministres autant que le nouveau Conseil consultatif pour la sécurité<sup>24</sup>, en outre, si le Roi garde la présidence du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, il en délègue désormais la vice présidence au Président de la Cour de cassation.

Par ailleurs, si la législation devient du ressort exclusif du Parlement, le pouvoir judiciaire s'autonomise notamment par l'éviction du ministre de la justice de la vice présidence du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire.

En outre, à l'exception des lois organiques et des lois sensibles telles que les lois relatives à l'amnistie ou au domaine militaire, tous les autres projets de lois et décrets sont du seul ressort du Conseil de Gouvernement, lequel initie, faut il le souligner, la conduite de la politique générale de l'Etat.

Toujours dans le sens de la séparation des pouvoirs et du souci de se rapprocher le plus des canons de la monarchie parlementaire, le Roi se met en retrait d'une partie du processus législatif ; bien plus, la constitution nouvelle

---

<sup>23</sup> De la majorité à un tiers pour les commissions d'enquête, de  $\frac{1}{4}$  à  $\frac{1}{5}$  ou 40 membres pour saisir la Cour constitutionnelle, de  $\frac{1}{4}$  à  $\frac{1}{5}$  pour déposer une motion de censure.

<sup>24</sup> Article 54 de la Constitution du 29 Juillet 2011

**fait disparaître le referendum législatif et limite le droit de suppléance aux seuls cas de dissolution ou du recours à l'état d'exception.**

**Dés lors, va apparaître ainsi avec force l'idée selon laquelle les deux fondements de la légitimité royale à savoir la production du sens religieux et le pouvoir de nomination deviennent aujourd'hui partagés, ainsi en est il de la nouvelle gestion du pouvoir religieux avec l'institutionnalisation du Conseil supérieur des oulémas et de la nouvelle organisation du pouvoir de nomination largement soumise au contreseing.**

**Pour consolider le choix de la démocratisation, du partage du pouvoir et du contrôle, nombreux sont les principes nouveaux qui vont être consacrés au gré des articles et des alinéas : le temple constitutionnel s'ouvre en effet à des principes classiques et solides tels que celui de la séparation des pouvoirs mais aussi à des principes nouveaux tels que celui de la subsidiarité, de la libre administration ou de la parité. On peut citer sans prétendre à l'exhaustivité la consécration des principes de modernité, d'ouverture, de tolérance, de participation, de pluralisme, de transparence, de dignité, de non discrimination, de suprématie des conventions internationales, de responsabilité, d'accuntability, de reddition des comptes, de solidarité, de moralisation de la vie publique etc., De nouveaux mots sont rentrés également dans le langage constitutionnel tels que la société et le peuple, lesquels côtoient aujourd'hui les références classiques à la nation, au royaume ou encore à l'Etat.**

## **2La mise en valeur du positivisme**

L'ancrage normativiste et positiviste est sans doute une des autres grandes avancées de la nouvelle constitution. « Que la constitution, rien que la constitution, toute la constitution » semble avoir été une ligne de conduite privilégiée du constituant, même si paradoxe ou concordisme, il faut noter une surcharge religieuse et identitaire survenue au niveau des arbitrages finaux.

La source de la loi demeure « l'expression suprême de la volonté de la nation » et non la Charia, le fikh ou l'Islam comme c'était le cas de nombreuses constitutions d'Etats arabes et comme cela l'est devenu dans la région MENA, sujette aux turbulences croisées du printemps arabe et des automnes islamistes.

Parmi les allégeances au positivisme, il convient de noter la consécration du principe de la supériorité des conventions internationales (même s'il faudra nuancer plus loin une telle avancée) le retrait de la sacralité du Roi, à laquelle a été substituée le respect et l'inviolabilité, l'égalité des sexes en matière de droits civils (à nuancer également plus loin), la justice rendue au nom du Roi et en vertu de la loi, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme, le principe de non discrimination fondée sur les croyances, la soumission de tous les pouvoirs publics à la loi, la notion de hiérarchie des normes, le principe de constitutionnalité, celui de la primauté du droit, la justice rendue en se basant exclusivement sur la loi.

### 3 Les réconciliations

Dès le préambule et plus loin au niveau des deux premiers titres, la Constitution de 2011 tente au moyen de nouvelles références et de nouveaux

droits de « faire la paix » avec son passé et son histoire en reconnaissant les différents affluents de son identité longtemps refoulés, tels que l'amazigh, l'hébraïque, le hassani ou la darija, mais décide aussi de conférer des droits nouveaux à tous les divers éléments de son « moi », à toutes les « catégories » dont les jeunes, les Résidants marocains à l'étranger, les femmes, les mères, les handicapés, les étrangers...

Quoique à ce niveau, on est en droit de s'interroger sur l'attitude des acteurs ou des entrepreneurs normatifs, car en effet, la loi organique relative à la Chambre des représentants<sup>25</sup> a quelque peu dilué les promesses constitutionnelles en faisant une lecture particulière du principe de la parité<sup>26</sup>, et c'est ainsi que la liste nationale anciennement réservée aux femmes a dû y inclure les hommes de moins de 40 ans, et c'est ainsi également que le droit de vote des résidents marocains à l'étranger s'est transformé sous les joutes électorales en vote par procuration.<sup>27</sup> Une telle « mise en œuvre » des droits proclamés justifie que l'on puisse s'inquiéter du sort qui sera réservé aux 19 lois organiques prévues par la constitution.<sup>28</sup>

#### 4L'impératif délibératif

---

<sup>25</sup> Dahir du 14 octobre 2011 portant promulgation de la loi organique n° 27-11 relative à la Chambre des représentants, B.O. n° 5987, du 17 octobre 2011 p. 5053, édition en langue arabe.

<sup>26</sup> N. Bernoussi : Pourquoi faut-il garder la liste nationale exclusivement féminine ? L'économiste . Édition N° 3609 du 06.09.11

<sup>27</sup> Dahir du 14 octobre 2011 Opcit

<sup>28</sup> L'article 86 dispose que « les projets de lois organiques prévus par la présente constitution doivent avoir été soumis pour approbation au parlement dans un délai n'excédant pas la durée de la première législature suivant la promulgation de la dite constitution. »

Conformément aux principes de l'école de Francfort<sup>29</sup> pour lesquels l'Etat de droit repose au moins sur deux piliers que sont la vertu délibérative et la démocratie procédurale, la nouvelle constitution s'engage à ouvrir des espaces délibératifs et à établir des procédures participatives. C'est ainsi par exemple que le suffrage universel direct retrouve sens, les corps constitués régionaux étant élus au suffrage universel direct, que la société civile à travers les ONG acquiert une place inédite dans la constitution, fruit de son implication dans l'élaboration de la constitution, les trois quart de l'écoute de la Commission consultative pour la révision de la constitution ayant été dédiée aux ONG, que la place des partis politiques se retrouve consolidée, que l'observation électorale réglementée et la démocratie participative rehaussée par les conseils de régulation, de bonne gouvernance et de droits humains. Par ailleurs, la démocratie procédurale est concrétisée par l'institution de mécanismes nouveaux tels que le droit de pétition régional et national, l'initiative législative et l'exception d'inconstitutionnalité.

Si la nouvelle constitution renferme un nombre élevé de conseils de régulation, de bonne gouvernance et de droits humains, il faut rappeler à cet égard qu'il y a eu une forte demande à cet endroit. En effet, la majorité des instances écoutées souhaitait trouver place dans la constitution, et à ce propos, convient il de s'interroger sur un tel engouement. Sommes nous face à une sur-détermination du droit là où la *kelma*<sup>30</sup> suffisait, ou bien faut il constater une crise ou une faillite des instances traditionnelles d'agrégation des demandes et de redistribution des normes et des politiques, à savoir, le Parlement et le

---

<sup>29</sup>Voir notamment Jürgen Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, traduit de l'anglais par Rainer Rochlitz, Paris, Les Éditions du Cerf, 1997.

<sup>30</sup>Pour Rahma Bourquia, le « maâkoul », la « niya », « al kelma » et « al haq » semblent encore à la base des rapports sociaux et du négoce. Cf. Rahma Bourquia, *Les valeurs. Changements et perspectives*, Rabat, Rapport sur le développement humain, 2006, p. 67.

**Gouvernement ? Sans doute, les libertés gagnent à être défendues par plusieurs instances et les droits à avoir plusieurs procureurs. Mais faut-il encore pouvoir définir la nature juridique de tels conseils, seront-ils des organes consultatifs ou décisionnels, des organes nommés et/ou élus, et surtout redevables devant quelles instances ? Des instances indépendantes par rapport à qui ?**

## **5 Les références identitaires /religieuses**

**Seize références à l'identité contre quatre en 96, dont les constantes ou « tawabit » qui trouvent une place de choix dans la nouvelle loi fondamentale. La constitution matérielle inonde la constitution « juridique » mettant en relief le poids de l'actuel rapport de forces politiques. On est en droit de s'interroger sur cette multiplication de références religieuses, alors et surtout que le texte initial semblait augurer d'une timide mais prégnante orientation sécularisée<sup>31</sup>. Cependant, faut-il mentionner avec intérêt les dispositions qui qualifient pour la première fois l'Islam « marocain », d'ouvert, de tolérant et de modéré.**

**L'accent religieux est visible au niveau des références aux valeurs, aux institutions, aux normes.**

**Concernant les valeurs, les références visent les constantes fédératrices, les valeurs civilisationnelles, l'identité nationale immuable, l'éducation sur l'attachement à l'identité marocaine et aux constantes nationales immuables, l'attachement identitaire des résidents marocains à l'étranger, etc.**

---

<sup>31</sup> Scission de l'ancien article 19, ou la séparation des « deux mondes ».

Par rapport aux institutions, là où le pouvoir constituant identifiait une sensibilité religieuse, il a tenu à responsabiliser et à impliquer les oulémas, c'est ainsi que le Conseils de régence, la Cour constitutionnelle et le Conseil supérieur de la justice voient parmi leurs membres un représentant du Conseil supérieur des oulémas.

S'agissant des normes, il faut signaler que la fatwa s'institutionnalise et qu'à ce titre, le Roi peut demander une consultation religieuse au Conseil supérieur des oulémas ; il convient de mentionner à ce propos que si juridiquement, le demandeur a la possibilité d'outrepasser l'avis demandé, pour autant, moralement, il n'est pas aisé de ne pas en tenir compte. Dès lors, si la source de la loi reste juridiquement la volonté de la nation, cette dernière peut tirer sa source du droit naturel et ainsi être inspirée par une interprétation religieuse donnée par la fatwa. De ce fait, la loi n'a pas toujours et dans tous les domaines une allure et un fond strictement civils et sécularisés, elle peut être une loi civile mais d'essence et d'inspiration religieuse.

La juridiction constitutionnelle, qui abrite en son sein un Alem, tout comme le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, auront ainsi à tenir compte de cette donnée immanente et transcendante, notamment au niveau des principes de la supériorité des conventions internationales et de l'égalité des sexes en matière civile vu que la constitution ne consacre de tels principes que dans le cadre des lois du royaume, des constantes immuables de la nation, c'est-à-dire dans les seuls cas où il n'y a pas contradiction avec l'Islam.<sup>32</sup>

## II UNE INGENIERIE : L'espace mécano institutionnel

---

<sup>32</sup> Yadh Ben Achour évoque à ce propos le privilège de l'exécutif.



Dans cette nouvelle atmosphère propice à l'ouverture et aux pistes « Etat de droit », la justice constitutionnelle va avoir une place de choix. Il est permis de parier sur une jurisprudence féconde dans la mesure où les éléments constitutifs d'un bloc jurisprudentiel sont présents, à savoir un référentiel fécond, un « plateau continental » riche en droits et libertés, un statut réaménagé, quelques compétences additionnées et une procédure incluant l'individu.

## 1 Un référentiel fécond

Tout d'abord, il convient de souligner qu'une des grandes innovations de la constitution de 2011 réside dans la valeur juridique conférée au préambule<sup>33</sup>. Une telle mention va avoir le mérite de clore définitivement les débats franco français autour de la nature juridique du préambule. Ce dernier rentre sans ambiguïté dans le bloc de constitutionnalité et ce, est d'autant plus pertinent qu'il recèle des dispositions d'importance telles que le principe de non discrimination et celui de la supériorité des conventions internationales, et ceci n'est pas sans importance que ce soit sur la question de l'égalité hommes/femmes mais aussi à propos des autres types de discrimination.

Ensuite, la nouvelle loi fondamentale consacre la supraconstitutionnalité<sup>34</sup> en fixant des limites matérielles au pouvoir constituant. C'est ainsi que toute révision constitutionnelle portant sur la monarchie, l'Islam, la démocratie ou les acquis en matière de droits et de libertés est prohibée. Dès lors, la constitution matérielle se trouve ainsi préservée conformément au discours du 9 mars qui rappelait le socle fondamental du régime, ou clauses d'éternité à savoir, l'Islam et la liberté de cultes, la commanderie des croyants,

---

<sup>33</sup> Préambule de la Constitution du 29 Juillet 2011

<sup>34</sup> Article 175 de la Constitution du 29 Juillet 2011

la monarchie, l'intégrité territoriale et l'unité de l'Etat et enfin la démocratie. Dans le discours, de telles dispositions apparaissent comme relevant du non négociable.

On pourrait ici se poser la question à savoir si la démocratie a été évoquée comme valeur immuable au même titre que l'Islam et la Commanderie des croyants, est ce pour rappeler que les deux extrêmes de l'arc ne sont pas incompatibles et peuvent être conciliés ? La démocratie est elle ainsi devenue le nouveau segment du « compromis historique » à bâtir?

Enfin, lorsque qu'une constitution réserve une place privilégiée aux droits de l'homme, à leur consécration et à leur garantie, on peut dire qu'elle rejoint le cortège des constitutions modernes, contemporaines respectueuses des principes de l'Etat de droit. C'est le cas avec cette nouvelle constitution qui marque un passage significatif en matière de droits de l'homme tant au niveau quantitatif qu'au niveau qualitatif.

Au niveau du volume, le tiers de la constitution s'adresse en effet à l'individu, la constitution est droit de l'hommiste tout comme on peut dire par ailleurs qu'elle est internationaliste dans la mesure où les dispositions en matière de droit international sont significatives par rapport à la constitution précédente.

Le texte est ainsi passé de 18 articles en 1996 à 40 articles, auxquels il faut ajouter notamment le contenu du préambule, les droits des justiciables énumérés dans le titre relatif à la justice et les droits liés à la gouvernance.

Au niveau du contenu des droits de l'homme, celui-ci concerne selon la dualité prônée par Georges Burdeau, l'homme citoyen et l'homme situé, les droits civils ( le droit à la vie, l'interdiction de la torture, le droit de propriété, la liberté de pensée ) les droits politiques ( droit à l'électorat et à l'éligibilité) les droits

économiques , sociaux et culturels( le pluralisme linguistique,le droit à l'éducation,à la santé) les droits des justiciables( la présomption d'innocence et le droit au procès équitable),le genre( la femme a eu dans cette constitution des acquis majeurs,dont le principe de non discrimination,la supériorité des conventions internationales,l'égalité des droits civils,le principe de la parité,les mesures de discrimination positive en matière électorale,l'Autorité pour la parité et la non discrimination,la représentation proportionnelle dans le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire,)les catégories(les populations vulnérables,les handicapés, les Résidents marocains à l'étranger,la jeunesse,la famille)les droits liés à la moralisation de la vie publique( les principes d'égalité,de responsabilité,de neutralité,de transparence ).

Au niveau du contenu des droits fondamentaux, s'il était permis de hiérarchiser, il aurait été tentant d'affirmer ou de confirmer que les deux conquêtes qui paraissent majeures sont l'officialisation de la langue Amazigh et les droits reconnus à la femme, encore faut il être vigilant par rapport aux contenus des lois organiques à venir et par rapport aux lectures plurielles qui risqueraient de neutraliser les promesses initiales. Il faut également rappeler l'influence prégnante des recommandations de l'IER, cette dernière n'étant plus seulement considérée comme un moment important de l'histoire, une justice transitionnelle courageuse, datée et isolée, mais une sorte de manifeste de la dignité qui aura de ce fait des répercussions et des résonances sur l'écriture constitutionnelle.

L'approche genre bien que non prononcée et la place nouvelle faite à la femme constituent un des points forts de la réforme constitutionnelle. Il s'agissait de tracer dans un cadre normatif nouveau les mesures propres à éradiquer ou à prévenir la lutte contre les violences faites aux femmes,violence économique,politique,morale,physique,etc..Il est bon de rappeler que si le statut juridique et politique de la femme marocaine s'est sans doute amélioré ces deux dernières décennies, l'égalité entre les sexes reste encore dans le registre de « l'inaccessible étoile ».

**Il est utile de rappeler que à côté des dispositions expressément dédiées aux femmes, l'ensemble des droits fondamentaux et des mécanismes de garanties de tels droits s'adressent aussi aux femmes et constituent des acquis universels. En effet, la constitution s'adresse à l'homme avec un grand h, à la citoyenneté dans son indivisibilité, à l'un, les principes d'universalité et d'indivisibilité des droits de l'homme étant pris en compte.**

**Quant à la garantie des droits, celle-ci sera du ressort du Roi, des instances de promotion et de protection des droits de l'homme, des juges ordinaires et constitutionnelles et des mécanismes nouveaux de protection des droits de l'homme dont il faut mentionner l'ouverture de la saisine à l'individu lorsque la loi applicable au litige porte atteinte à ses droits fondamentaux inscrits dans la constitution.**

**Face à un tel référentiel, la justice constitutionnelle devrait pouvoir être stimulée, sa performance sera de ce fait, fonction de l'activisme des requérants.**

## **2 Un nouveau statut**

**Pour H.Kelsen, « il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes**

de profession »<sup>35</sup>. Une telle précaution a été rigoureusement prise en compte par le pouvoir constituant. A ce propos, Kelsen évoquait une place adéquate mais non exclusive. Le constituant marocain a bien compris le message, les futurs juges constitutionnels devant dès lors avoir une compétence juridique confirmée mais pouvant provenir de trois horizons différents, à savoir la magistrature, l'université et l'administration ; de ce fait, si l'expertise juridique est exigée, les qualifications requises restent plus souples sauf en ce qui concerne les professions libérales.

Face à la critique « politique » inéluctable à laquelle n'échappe aucune juridiction constitutionnelle, les légistes essaient de contrebalancer le phénomène en tablant sur l'exigence de compétences techniques, en « juridicisant » l'organe par des désignations judiciaires, en équilibrant la représentation politique par l'exigence d'un vote qualifié pour que les juges désignés soient consensuels et en faisant relever les nominations d'autorités différentes.

Il convient de rappeler qu'en 1962 et 1970, les constitutions et les lois organiques relatives à la chambre constitutionnelle exigeaient des qualifications juridiques, il fallait en effet que la Chambre constitutionnelle dispose en son sein d'un professeur de droit et d'un membre de la Chambre administrative de la Cour suprême<sup>36</sup>. Exigence abandonnée au niveau des lois fondamentales postérieures.

A partir des revendications des différents acteurs politiques auditionnés, le pouvoir constituant a décidé de moraliser l'organe, de contrer le clientélisme,

---

<sup>35</sup> Hans Kelsen : La garantie juridictionnelle. RDP. 1928. P 227

<sup>36</sup> Article premier du Dahir N°1-63-137 du 16 mai 1963 portant loi organique relative à la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Il convient de mentionner que les mêmes exigences se retrouvent dans la « fugace » Constitution de 1970, confère l'article 94 de la Constitution du 20 mars 1970 ;

de juridiciser l'institution, de renforcer sa légitimité par l'exigence des qualifications juridiques et des conditions éthiques, techniques largement répandues en droit comparé.

**Election, qualification, éthique ont été le credo du pouvoir constituant.**

Tout d'abord, l'élection de six membres par le Parlement à la majorité des 2/3<sup>37</sup> remplace la désignation par les présidents des chambres après consultation des groupes. Ensuite, des qualifications juridiques sont requises auxquelles il faut ajouter quinze ans d'expérience. Enfin, des conditions éthiques, dont l'impartialité et la probité sont exigées.

Par ailleurs, si les professions libérales sont expressément écartées (Est ce à cause du problème des avocats/juges constitutionnels ? Doit on cette nouvelle condition au souvenir passable des anciens membres du conseil qui venaient du monde libéral ? Conception rigoriste de la règle de l'incompatibilité ? Autant de raisons qui ont poussé le constituant à recentrer les désignations sur le profil juridique.), le Alem fait son entrée dans la structure kelsénienne pour être sans doute présent au cas où se profilerait un éventuel contrôle d'islamité des lois. Des voix autorisées rappellent que les juridictions constitutionnelles précédentes comprenaient toujours un membre appartenant au monde des oulémas.

Il est important de noter que les conditions juridiques et éthiques intéressent de manière égale l'ensemble des juges de la Cour constitutionnelle, quelle que soit l'origine de leur désignation<sup>38</sup>. C'est dire qu'il s'agit aujourd'hui d'une compétence liée générale.

---

<sup>37</sup> Article 130,1 de la Constitution du 29 Juillet 2011

<sup>38</sup> **En droit comparé, il est d'usage d'exercer un contrôle plus strict sur les nominations provenant de l'exécutif, celles du législatif étant moins « surveillées ».**

### 3 De nouvelles compétences

La constitution nouvelle n'innove pas vraiment à cet endroit, la Cour constitutionnelle gardant ses compétences précédentes mais s'ouvrant au nouveau contrôle de constitutionnalité des traités. On est en droit de s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit d'une véritable avancée ou si ce n'est que d'un entérinement d'un état de fait existant.

En réalité, le contrôle de constitutionnalité des traités pouvait être effectué par le truchement du contrôle de la loi d'approbation du traité, le contrôle de constitutionnalité opéré sur la loi « traversant » ainsi le contrôle du traité. Dès lors, si un tel contrôle prévu par les textes n'a jamais fonctionné, ceci peut aisément s'expliquer par le fait que le contrôle de la loi ordinaire plus simple, n'était pas mis en œuvre.

Ce qui est nouveau par contre, et si l'on en croit le texte et l'esprit du constituant qui exige désormais qu'un nombre significatif de traités<sup>39</sup> passe obligatoirement par le Parlement, c'est l'examen des traités qui ne passeraient pas par le parlement. Cette nouvelle disposition permet de veiller à la constitutionnalité de l'ensemble de l'ordonnement conventionnel.

Il convient de rappeler qu'il s'agit d'un contrôle effectué a priori, ouvert aux différentes autorités de saisine (le Roi, le Chef du Gouvernement, les présidents des chambres, le cinquième de la Chambre des représentants ou 40 membres de la Chambre des conseillers.) et susceptible de générer une révision de la constitution en cas de contrariété du traité avec la loi fondamentale.

---

<sup>39</sup> Article 55,2 de la Constitution du 29 Juillet 2011.

**Une nouvelle cause de déchéance est constitutionnalisée dans le registre de la moralisation de la vie parlementaire. En effet, un élu qui changerait d'appartenance politique en cours de mandat sera déchu de son mandat. Il revient à la Cour constitutionnelle de constater l' « infraction » et de déclarer la vacance de siège, le rôle de la cour étant ici assimilé à un rôle strictement « constatatoire », d'enregistrement d'une situation nouvelle.**

**Le contrôle de la répartition des compétences centre/périphérie qui n'est pas prévu par la constitution a été curieusement lu au moment de la restitution télévisée de la révision de la constitution. Il est légitime de s'interroger sur la pertinence d'une telle déclaration alors que cette compétence n'avait pas été inscrite dans la version initiale. Que s'est il passé entre temps? Un tel contrôle aurait pu être légitime et se justifier si la répartition des compétences était inscrite dans la constitution , or, pour l'instant et malgré les références à la libre administration et au principe de la subsidiarité, la régionalisation promise reste plus proche du modèle français que de l'espagnol, là où le tribunal constitutionnel joue un rôle important.**

**Il faut également signaler une nouvelle attribution dans le registre consultatif, à savoir la consultation préalable de la Cour constitutionnelle dans le recours à la réforme constitutionnelle simplifiée, contrôle axé sur la procédure. La juridiction est à cet égard interpellée dans un contrôle de procédure lequel pourrait augurer au moment de révisions ultérieures d'un contrôle sur le fond. Dans ce sens, les références à la supra constitutionnalité invitent la Cour constitutionnelle à opposer un refus à toute révision qui porterait sur les dispositions surélevées, intangibles. Le Maroc s'éloigne de la position française<sup>40</sup> et rejoint ainsi par cette mention et cette prohibition, les Etats qui osent le contrôle de constitutionnalité des lois fondamentales.**

---

<sup>40</sup> En France, depuis la décision du Conseil constitutionnel Maastricht II du 2 Septembre 1992, la question a été tranchée dans le sens où l'idée de toute supraconstitutionnalit  est devenue inacceptable, à cet égard, « l'existence de



#### 4 Une procédure nouvelle

Pour saisir une juridiction constitutionnelle, le poids du quorum reste un indicateur démocratique pertinent, élevé lorsque l'objectif est de compliquer et neutraliser les recours, bas si au contraire le but est de protéger les droits de l'opposition et des minorités, médian si on veut éviter les recours dilatoires . Les allemands ont opté pour un tiers rationnel qui a l'avantage de stabiliser le processus législatif mais a le lourd inconvénient d'exclure les petites formations telles que les verts ou les communistes. Le Liban permet la saisine à partir de 10 élus, la France, 60, l'Espagne, 50, le Maroc avait opté pour un quart en 1992, ce qui revenait à 82 élus pour la Chambre des représentants et 68 pour la Chambre des conseillers.

La nouvelle constitution a baissé le quorum à un 1/5 pour la Chambre des représentants et à 40 pour la Chambre des conseillers, ce qui au moment de l'écriture constitutionnelle, compte tenu du nombre de la Chambre des représentants sortante, à savoir 325, représentait 65 élus, ce dernier chiffre constituant un bon « deal » entre les 82 d'avant et les 33 demandés par nombre de partis politiques et ONG . Cependant, au moment des arbitrages finaux, le nombre de la Chambre des représentants a été revu à la hausse et a atteint 395, ce qui a contribué à neutraliser l'avancée initiale. Le cinquième de la Chambre des représentants aujourd'hui revient à 79 élus pour saisir contre 82 auparavant, 3 de moins ! Illusoire avancée!

---

normes supraconstitutionnelles serait contraire au principe de la souveraineté du pouvoir constituant , ce dernier étant illimité ». Voir à ce propos, Philippe Ardant et Bertrand Mathieu : Institutions politiques et droit constitutionnel. LGDJ. Lextenso éditions. 21<sup>ème</sup> édition. Paris. 2009. P84

**Avec du recul, on est en droit de s'interroger sur la question de la formulation des nombres. En effet, pourquoi avoir prévu une portion pour la Chambre des représentants (1/5) et un chiffre fixe pour la Chambre des conseillers (40) ? Peut être parce que la Chambre des conseillers avait déjà prévu le nombre de ses conseillers (entre 90 et 120), mais si un tel nombre a été prévu, pourquoi ne pas avoir envisagé également un nombre précis pour la Chambre des représentants, ce qui aurait eu l'avantage d'être « équitable » dans la perception de la composition des deux institutions élues et le grand mérite d'obtenir un nombre figé et non modulable.**

**En fait, on reste pour la Chambre des représentants, à quelques élus près sur le statu quo par rapport à 1996 et sur 40 conseillers dans l'autre chambre, cette dernière situation devrait donner une vitalité des recours du côté de la chambre haute, un peu à l'image du Sénat français.**

**L'objectif de Kelsen était de protéger les droits de la minorité contre une majorité éventuellement oppressive et en même temps de pouvoir éviter les saisines infondées ou fantaisistes. Il est apparu nécessaire et fondamentalement démocratique de baisser le quorum pour dynamiser les saisines qui jusqu'à présent nécessitaient pour leur déclenchement la coalition de plusieurs partis politiques.<sup>41</sup>**

**L'option pour l'exception d'inconstitutionnalité, à savoir la saisine confiée à l'individu reste la grande conquête du pouvoir constituant au niveau de la partie consacrée à la Cour constitutionnelle.**

**Recommandations de l'IER, réclamée par la doctrine, par une dizaine de partis politiques et par une frange importante de la société civile, elle fait partie des**

---

**<sup>41</sup>En palliant le risque de paralysie en prévoyant que la Cour constitutionnelle puisse fonctionner qu'avec les membres nommés, voir dans ce sens l'article 130, 2 de la Constitution du 31 juillet 2011.**

standards démocratiques universellement reconnus et protège non plus la minorité ou l'opposition mais l'individu contre une éventuelle complicité majorité/opposition.

Pour autant, le pouvoir constituant n'a pas opté pour la saisine individuelle directe devant la Cour constitutionnelle à l'image du recours allemand, mais a préféré pour des raisons de gradualisme mais sans doute aussi pour des raisons de pure logistique, faire annuler une loi contraire aux droits fondamentaux consacrés par la constitution, sur renvoi des tribunaux ordinaires vers la Cour de cassation puis à la Cour constitutionnelle, la loi se trouvant ainsi, blessée « par hasard »<sup>42</sup>, de manière incidente, les modèles espagnols et italiens ayant été à ce niveau déterminants.

N'importe quel individu, ce peut être un national ou un étranger, une personne physique ou morale, et dans ce sens, la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité, « QPC » marocaine, devra préciser les modalités de la saisine, les délais prévus, les voies de renvoi à la Cour de cassation, les conditions pour faire « monter » l'affaire à la Cour constitutionnelle ainsi que les effets de l'annulation.

Il est important de noter le changement de l'appellation de la juridiction constitutionnelle nouvelle, devenue Cour du fait de son nouveau rôle de juge non plus seulement de confrontation abstraite d'une loi à la constitution, de jugement d'une loi mais de l'application concrète de la loi. De cette mutation appelée à créer du « droit vivant », et de la saisine individuelle, il faudra s'attendre à au moins deux conséquences, d'une part, la « démocratisation » du droit constitutionnel qui ne traitera plus seulement du droit de l'Etat mais de choses aussi « ordinaires » qu'une loi sur les loyers ou sur l'Impôt général sur le revenu, d'autre part, un dialogue ou au pire une guerre des juges si la

---

<sup>42</sup>Selon la référence magistrale de A. De Tocqueville in L. Favoreu : les cours constitutionnelles. Op cit .P6

**Cour de cassation décide de ne pas renvoyer la question à la Cour constitutionnelle ,l'estimant non fondée.**

## **5 Les interprétations**

**Deux pistes ou entrées d'analyse sont offertes sur la question du principe d'égalité « écartelé »entre l'universalité et la spécificité :**

**Soit opter pour une attitude positive et circonscrire les avancées capitales : le principe de non discrimination,la consécration du principe d'égalité,l'engagement de l'Etat à prendre des mesures pour rendre effective le principe d'égalité, la représentativité des femmes, les mesures de discrimination positive, la fixité des acquis en matière de droits humains, l'évocation d'un Islam tolérant, ouvert et modéré, l'autorité de la parité inscrite dans l'article relatif à l'égalité des sexes,le choix démocratique,le pluralisme,etc.**

**Soit rester dans l'expectative vigilante et opter pour le wait and see : à ce niveau, il faut considérer certaines dispositions qui sont libérales en apparence mais qui comportent en elle-même les germes potentiels de leur propre destruction. Le texte avance mais prend en même temps des précautions au cas où une saisine arrive, le juge pourra soit toujours s'agripper « au privilège de l'Islam ».**

**Egalité des sexes selon les constantes de la nation, et conformément à la constitution et aux lois, supériorité des Conventions internationales conformément aux constantes fédératrices de la nation et aux lois, l'autorité en charge de la parité se noie dans toutes les discriminations..**

**Mais alors quelles constantes précisément?**

**L'article 1 de la nouvelle Constitution énumère la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux divers affluents, la monarchie constitutionnelle, le choix démocratique.**

**Comment les juges interpréteront ils la religion musulmane « modérée » ? Quelle lecture feront ils du « choix démocratique » ? Les juges adopteront ils une posture progressiste ou culturaliste ?**

**Par exemple concernant le Code de la famille et des successions, il n'est pas vain de s'interroger sur la position des juges en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée par une des parties à un procès, sachant qu'au moment de l'écriture constitutionnelle, les réserves à la Cedaw<sup>43</sup> ont été levées. A cet égard, les attitudes des juges peuvent diverger. Une lecture peut arguer que les réserves étant levées, on pourrait dès lors s'aligner sur le droit international des droits de l'homme mais une autre lecture pourrait tout autant soutenir que l'article 19 (encore lui !) fait référence directe et expresse à la législation en vigueur et aux constantes immuables de la nation. En somme, devant des dispositions ambiguës, voire opposées, et face à une collision de droits, il reviendra au juge de faire ce que Georges Vedel appelle « une pesée », un équilibre, une interprétation des textes, soit vers l'universalisme comme semble le lui demander la constitution et l'Islam ouvert et modéré ou vers le conservatisme comme le lui permettent les lois encore en vigueur. Cependant, convient il de rappeler que le préambule recèle un « joker » non négligeable en faveur de l'esprit de justice, et qui n'a subi aucune atténuation au moment des arbitrages, à savoir le principe de non discrimination, disposition qui demeure donc absolue.**

---

<sup>43</sup> Voir Retrait partiel des réserves formulées lors de l'adhésion, deuxième paragraphe de l'article 9 et l'article 16.8 avril 2011. C.N. 176.2011. TREATIES-2

Il en est de même pour la question de la supériorité des conventions internationales ; Une requérante peut ainsi faire valoir que la loi sur les successions est contraire à la Cedaw, et au Pacte international des droits civils et politiques. Le juge peut par le biais du contrôle de conventionalité des lois, écarter la loi sur les successions en se basant sur la supériorité des conventions internationales et sur l'interprétation d'un Islam ouvert et modéré et sur le principe de non discrimination.. Un autre juge pourrait aussi écarter la convention internationale en se basant sur la constitution qui n'évoque la supériorité que dans le cadre des constantes de la nation et des lois...

Auparavant, devant le silence des textes, le juge tergiversait, maintenant, les juges des deux camps peuvent justifier leur argumentation, et affûter leur plaidoirie, la balle est dans le camp de la société par l'intermédiaire des juges, c'est à ces derniers de faire jurisprudence soit en étant « sage » et en écoutant les sentinelles prudentes soit en faisant du volontarisme juridique et en tirant vers le haut, en effectuant un Ijtihad des lumières.

## CONCLUSION

Dans les Etats émergents « juridiquement », la justice constitutionnelle a souvent une place délicate, entre réserve et faiblesse « pour ne pas énerver inutilement des espaces en construction démocratique » ou, à l'extrême, entre instrumentalisation et consolidation ou légitimation de processus encore autoritaires..

Des pistes sont irrémédiablement ouvertes, aux divers acteurs de savoir s'y engouffrer avec l'intelligence nécessaire.

Il faudra faire attention à la désillusion qui pourrait survenir après les espérances engendrées par la nouvelle Constitution , d'où l'importance des contre pouvoirs ,la presse ,les partis politiques d'opposition ,les juges qui pourront rappeler aux gouvernants les promesses faites au moment de l'euphorie ,au moment fondateur ,au moment constituant . A cet égard les juges auront un rôle essentiel à jouer par exemple pour que le nouveau Code de la famille ne reste pas lettre morte. Sur cette question précisément, il conviendra de compter sur la conjugaison de plusieurs efforts et vigilances pour créer une concordance entre les promesses constitutionnelles et leur mise en oeuvre concrète et fidèle. Sur « les épaules » des juges va peser une lourde responsabilité et un défi qui ne pourra être relevé que si un travail de fond est effectué sur leur formation,leur statut,leur indépendance et leur propension à l'Ijtihad.

Une constitution est comme une partition de musique, elle est sujette à plusieurs lectures, l'interprète y joue un rôle fondamental, d'où l'importance des actions menées par les acteurs politiques, les élites, la classe politique, les citoyens et les justiciables. Il faut garder à l'esprit que la nouvelle constitution s'appliquera avec les élites en place et avec la culture d'hier...Il reste à savoir par qui et comment sera habitée cette nouvelle constitution. A lire les premières lois organiques votées post révision constitutionnelle, ou à regarder du côté des dernières décisions du Conseil constitutionnel<sup>44</sup>, on est en droit de s'interroger sur le degré de distance, voire de tentatives de perversion des clauses initiales du contrat constitutionnel.

## 2-Bibliographie indicative

---

<sup>44</sup> le juge constitutionnel est il encore moralisateur ?Se tient à une ancienne jurisprudence portant sur la même question et sur laquelle il avait déjà été critiqué ?Voir à ce propos M.Amine Benabdallah : le Conseil constitutionnel moralisateur ? REMALD, 2007, n° 75, p. 133

**D.Melloni** : Le nouvel ordre constitutionnel marocain : De la « monarchie gouvernante » à la monarchie « parlementaire » ? In La constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires. LGDJ.CEI. Lextenso éditions. Paris .2012.P7

**N.Bernoussi** : La Constitution marocaine du 29 juillet 2011,entre continuité et rupture.RDP 2012.N°3.P663

**M.Cappelletti** :Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle. Sous la direction de L.Favoreu :Cours constitutionnelles et droits fondamentaux.Puam.Economica.

**M.Troper** : Le juge constitutionnel et la volonté générale. La volonté dans le processus d'interprétation. P1-12.Université de Paris X Nanterre.1701/01

**L.Hennebel** : Classement et hiérarchisation des droits de l'homme .AIJC.XXVI Volume.2010.Economica. PUAM .2011 .P423

**A.Lamghari** : Les emprunts constitutionnels dans la constitution marocaine de 2011. Contenu et implications d'une révision constitutionnelle.

**M.A.Benabdallah** : Contribution à la doctrine du droit constitutionnel. Remald. 2005.N°60.Collection manuels et travaux universitaires

**M.Benyahia** : Les grandes décisions de la jurisprudence du Conseil constitutionnel(1994-2013)Décisions et textes réunis et coordonnés sous la direction.Remald.2013.31.Collection guides de gestion

**O.Bendourou** : Le conseil constitutionnel et les droits fondamentaux. .Remald.2004.N°56.



