
Note de jurisprudence

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ET D'OPPORTUNITÉ DE MUTATION DES FONCTIONNAIRES

Note sous T.A., Rabat, 12 avril 2012, *Benfsej*

Mohammed Amine BENABDALLAH (*)
*Professeur à l'Université Mohammed V
Agdal-Rabat*

Tout dernièrement, nous avons commenté un jugement (T.A., Rabat, 11 octobre 2012, *Najlaa Ghalbzouri*, REMALD 2014, n° 115, p. 173) portant sur le refus par l'administration d'une demande de démission formulée par une femme médecin. Le juge avait débouté la requérante, considérant que le refus qui lui avait été opposé se fondait sur un motif d'intérêt général alors que l'administration n'avait formulé aucun argument justifiant sa position. De son propre chef, le juge s'était alors fait un défenseur ardent d'une administration qui, bien qu'ayant reçu le mémoire de la requérante par le truchement du tribunal, avait observé un silence total en s'abstenant de prendre part à la procédure contradictoire.

Dans le présent jugement (T.A., Rabat, 12 avril 2012, *Benfsej*, REMALD, 2013, n° 111, rubrique en langue arabe, p. 229), antérieur au précédent, c'est une toute autre attitude qu'il avait adoptée pour donner raison au requérant en annulant la décision de mutation prise à son sujet. Comment se présentent les faits et quel a été le raisonnement du juge ?

Fonctionnaire à la Sûreté nationale, le requérant est muté par décision du directeur général de la ville de Rabat à celle de Fès. Il intente un recours pour excès de pouvoir en avançant que la décision a été prise sans considération pour sa situation familiale en soutenant, avec l'appui d'une attestation médicale, que son fils souffre d'une maladie psychologique et qu'il suit un traitement de longue durée. Il ajoute que sa mutation à Fès constituerait un grand danger pour son jeune fils et que lui-même, son épouse ainsi que ses enfants souffrent aussi d'une maladie mentale et psychologique du fait de leur situation familiale. Il ajoute également que sa condition matérielle est précaire, qu'il a quatre enfants à sa charge et qu'il vit à crédit. En joignant à sa requête des pièces administratives et médicales, il sollicite

* <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

l'annulation de la décision de sa mutation prise, selon lui, sans se fonder sur un motif d'intérêt général et sans prendre en compte sa situation personnelle.

Par mémoire enregistré au greffe du tribunal, la Direction générale de la sûreté nationale rétorque que la mutation a été dictée par l'intérêt général relevant de l'appréciation du pouvoir discrétionnaire de l'administration du fait de la pleine connaissance de ses besoins en ressources humaines et que la situation familiale du fonctionnaire ne peut être prise en considération lors d'une mutation que dans les limites de la préservation de l'intérêt général.

Par l'annulation de cette décision, on peut remarquer que le Tribunal administratif de Rabat a dépassé le cadre du contrôle de la stricte légalité pour se situer à la lisière de celui de l'opportunité. Loin de nous inscrire en faux contre cette démarche tout à fait rassurante pour un épris de justice et d'un contrôle large et efficace de l'administration, on voudrait, dans les lignes qui suivent, montrer en quoi cette décision nous paraît singulière et comment elle peut ouvrir de nouvelles perspectives dans le domaine du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de mutation de ses fonctionnaires.

*

* *

Dans le second alinéa de l'article 64 du Statut général de la fonction publique, on peut lire: « ... *Les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille dans la mesure compatible avec l'intérêt du service.* »

Par cette disposition, le législateur a mis en scène une relation où doivent coexister trois éléments presque contradictoires. Il a parlé de « *demandes formulées par les intéressés* », de « *situation de famille* » et de « *compatibilité avec l'intérêt du service* ». En fait, un triptyque où il a essayé de concilier trois composantes, deux qui se recoupent et une qui leur fait contrepoids, la notion d'intérêt du service, à laquelle la part du lion revient tout naturellement. Et ce n'est pas trop dire quand on sait qu'au nom de cette notion ou une autre qui lui est synonyme – intérêt général, intérêt public ou intérêt du service – le juge n'a aucun mal à légitimer ou à justifier le fondement d'un acte administratif. C'est du moins ce qu'il n'a pas manqué de faire dans plusieurs arrêts qui concernent plusieurs matières de ce domaine (expropriation, voie de fait administrative où en cas de condamnation de l'administration il fait usage de l'adage « *l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas* ») et sur lesquelles il serait inutile de revenir.

Pour en revenir à l'article 64 du Statut général de la fonction publique, on se doit de constater que le législateur a pris en considération le fait que l'encadrement des agents du service public implique impérativement un pouvoir de direction sur leurs emplois. De

cela découle ce qui est de la nature de l'organisation interne de toute administration dont le responsable, répondant de son bon fonctionnement, doit pouvoir procéder aux mutations nécessaires afin que tout agent soit affecté où il peut servir le mieux. Néanmoins, une telle prérogative ne saurait être absolue au point que tout acte en ce domaine puisse se prévaloir d'une présomption de légalité et échapper à tout contrôle juridictionnel.

Il fut un temps, que personne n'oserait regretter, où le juge marocain avait une attitude pour le moins incompréhensible ; il se déclarait incompétent pour contrôler la légalité d'une décision de mutation d'un fonctionnaire (C.S.A., 18 mai 1984, *El Amari*, RMD n° 5, 1986, p. 261) en considérant celle-ci comme une mesure relevant du pouvoir discrétionnaire dévolu à l'administration tant que le demandeur n'aurait pas fourni la preuve d'un détournement de pouvoir (C.S.A., 10 juillet 1986, *Belkhor*, RMD n° 12, 1987, p. 119). Il suffisait alors que l'administration excipe de l'intérêt général pour que le juge s'avoue désarmé et se retourne vers le requérant pour le mettre devant l'examen de donner la preuve d'un détournement de pouvoir extrêmement difficile à établir.

Avec la création des tribunaux administratifs, une autre conception du recours pour excès de pouvoir voit le jour. Le juge se défait de l'obligation de la preuve du détournement de pouvoir pour se tourner vers le contrôle des motifs de l'acte de mutation. En clair, il ne se contente plus de vérifier si l'acte a été régulièrement édicté au regard de la procédure que le régité, mais il exige que l'administration lui fournisse sur quoi elle s'est fondée pour édicter sa décision de mutation. C'est un contrôle non point de la pure légalité dans la mesure où il commence à tutoyer celui de l'opportunité.

C'est ce qu'avait fait le juge du Tribunal administratif de Rabat en annulant la mutation d'une fonctionnaire mutée de Rabat à Ouarzazate tout en substituant presque son appréciation à celle de l'administration : « *Attendu que, même si le besoin prétendu est vrai, il était dans la possibilité de l'administration de nommer un employé d'un établissement qui relève d'elle, proche de la région souffrant du besoin, d'autant plus que la requérante est mariée, mère d'enfants, chargée de leur éducation, sauf si le poste à pourvoir requiert une compétence exceptionnelle qui n'est possédée que par la requérante à l'exclusion de toute autre personne ; ce qui n'a pas été prouvé par l'administration...* », (T.A., Rabat, 19 mars 1998, *Dahani*, REMALD, 1998, n° 24, p. 139).

Des faits de cette espèce, il ressort que le juge a exercé un contrôle des plus restreints sur la décision de l'administration, allant même jusqu'à poser la condition de la légalité de la mutation consistant à exiger que le poste à pourvoir ne puisse être assuré que par la requérante. C'est dire qu'aujourd'hui le pouvoir discrétionnaire de l'administration, particulièrement en ce domaine, est devenu étroitement contrôlé en cas de recours pour excès de pouvoir et que toute décision de mutation, objet d'un recours en annulation, doit

être bien justifiée pour échapper à la censure du juge. D'ailleurs, en ce sens, la Cour d'appel administrative de Rabat n'a pas manqué d'annuler une mutation d'une fonctionnaire, chef de service du secrétariat des informations à l'agence Maghreb Arabe Presse, au service des archives (C.A.A., Rabat, 9 mars 2011, *Agence Maghreb Arabe Presse c/ Harrak*, REMALD, 2011, n° 97-98, p. 221, note Rousset et Benabdallah).

*

* *

Grâce à la nouvelle conception qu'il s'est faite du contrôle à exercer sur l'administration, le juge avait franchi un pas des plus importants qui avait concerné les domaines les plus divers en matière disciplinaire (T.A., Rabat, 23 mars 1995, *Boullil*, REMALD 1995, n° 12, p. 78), d'expropriation (C.S.A., 7 mars 1997, *Abied*, REMALD, 1998, n° 22, p. 113) et même de sursis à exécution d'une décision de mutation (C.S.A., 30 juillet 1998, *Agent judiciaire c/ Zahra Mouhtaraf*, REMALD, 2000, n° 37, p. 163). Ce qui porte à penser qu'il ne s'agissait pas de jugements ou d'arrêtés isolés, mais plutôt, et il faut s'en féliciter, d'une nouvelle politique jurisprudentielle rompant dans une large mesure avec un passé où, quelquefois, dans certains domaines du moins, notamment celui du pouvoir discrétionnaire, le juge retenait son ardeur.

Justement, dans le jugement qui nous retient, il a plus que surpris en s'instituant comme supérieur hiérarchique de l'administration ; et nous ajouterons, pas de n'importe quelle administration, celle de la Sûreté nationale au sein de laquelle l'équation de l'intérêt général – ou l'intérêt du service – ne peut être évaluée et résolue que sur la base de paramètres qui ne peuvent pas être forcément ceux d'un juge appréciant la décision l'administration chargée de la sécurité. Et, pourtant il l'a fait. Comment ?

D'abord, il est parti du principe que tout acte de l'administration, même procédant de son pouvoir discrétionnaire, n'échappe pas au contrôle juridictionnel.

Ensuite, il a relevé que l'administration n'a pas fourni la preuve de l'intérêt général par l'attestation d'un manque en ressources humaines dans le siège de la mutation et d'un surnombre de fonctionnaires dans celui où exerce le requérant.

Puis, et c'est, nous semble-t-il, le point nodal du jugement, il s'est fondé sur le sérieux des conditions familiales du requérant et de l'état de santé de son fils souffrant d'une maladie psychologique qui nécessite un contrôle médical quotidien dans la ville de Rabat.

Enfin, il précise que l'acte de mutation n'est pas fondé sur une compétence discrétionnaire absolue mais qu'il demeure lié par la légalité et l'opportunité. Et, à ce propos, pour apprécier si cet acte a été bien fondé, il procède à un examen complet de la situation pour dire que

le bon fonctionnement du service public impose que tout cadre doit être à même d'exercer dans des circonstances psychologiques et morales valables la mission qui lui est dévolue. Et il conclut que ce n'est pas le cas du requérant.

Il est évident que s'il s'était contenté d'exiger du requérant, comme autrefois, la preuve du détournement de pouvoir, il ne serait pas arrivé à l'annulation. Mais, dans le cas d'espèce, il s'est fondé sur des données et des arguments que les deux parties ont fournis et développés. Il s'est presque interdit de s'arrêter à la vérification du but recherché par la décision de mutation pour étendre sa vue à son contexte général, c'est-à-dire la conjugaison de la situation de famille du requérant avec l'intérêt du service invoqué par l'administration. Dans le langage de la doctrine du contentieux administratif, il s'est institué en juge des faits en exerçant un contrôle de l'adéquation de la décision par rapports aux données qui sont à sa base.

Tout modestement, on se permettra de dire que c'est bien ce que l'on peut attendre d'un juge. Sans se substituer à l'administration, et pour une justice juste et efficace, il doit prendre en considération aussi bien les arguments de l'auteur de la décision de mutation que ceux du requérant qui s'estime lésé, et c'est, du reste, exactement ce qu'il avait fait dans son jugement précité, T.A., Rabat, 19 mars 1998, *Dahani*. Et il va de soi que si les préférences du fonctionnaire ne sont pas compatibles avec l'intérêt du service, il lui revient de les repousser et que si, au contraire, elles sont compatibles, il n'y a aucune raison de ne pas les prendre en considération !

*
* *

Tout au début de cette note, nous avons évoqué que le présent jugement, rendu le 12 avril 2012, a été suivi, six mois plus tard, par un autre du 11 octobre de la même année, par lequel le même tribunal, composé du même président, du même rapporteur et du même membre (REMALD, 2013, n° 111, rubrique en langue arabe, p. 208 et 229), a débouté la requérante qui remettait en cause le refus de sa démission par l'administration alors que celle-ci – et c'est vraiment ce qui dérouté tout commentateur – s'était abstenue d'avancer un quelconque motif justifiant son refus. Il est difficile de s'empêcher d'observer que du point de vue de la procédure contradictoire, il y a un aspect qui interpelle et nécessite un petit arrêt.

Dans le jugement qui nous retient, l'administration a développé tout un argumentaire fondé sur la nécessité de service pour justifier sa décision de mutation, et le juge, en considérant la situation de famille du requérant, a donné raison à ce dernier en se basant sur le fait que l'administration n'a pas fourni la preuve du manque en ressources humaines. Tandis que dans le jugement qu'il a rendu six mois après, bien que l'administration ait gardé

le silence sans avancer un quelconque motif de son refus de démission à la requérante, le même juge, de son propre chef, a lui-même développé des raisons d'intérêt général sans que personne ne les ait suscitées et a donné tort à la requérante (T.A., Rabat, 11 octobre 2012, *Najlaa Ghalbzouri*, REMALD 2014, n° 115, p. 173, note Benabdallah). Le problème est que lorsque l'on est convaincu que l'on ne peut véritablement rendre justice qu'après avoir entendu le requérant et l'administration et que si cette dernière, partie défenderesse, garde le silence, cela doit être à son détriment, on a du mal à trouver un fil directeur ou même une simple ligne de conduite pour faire apparaître les méthodes d'analyse et de raisonnement du juge administratif.

*

* *

T.A., Rabat, 12 avril 2012, Benfsej

« Attendu que si l'administration possède un pouvoir discrétionnaire dans la mutation des fonctionnaires sur la base de leurs demandes ou de l'intérêt général pour garantir le bon fonctionnement du service public, elle demeure contrôlée par la justice administrative si ses décisions sont attaquées pour excès de pouvoir.

Et, attendu que le manque de justification de l'intérêt général par l'administration dans la mutation et ce par la fourniture d'une preuve attestant un manque en ressources humaines dans la région où a été muté le fonctionnaire et le surnombre dans le siège de son administration d'origine, surtout que le sérieux des conditions d'état de santé et des circonstances familiales et sociales de l'intéressé ou de son fils qui souffre d'une maladie psychologique et attestée justifiée par des certificats médicaux et des documents incontestables et qui a besoin, selon une attestation de son médecin traitant, d'un contrôle médical continu nécessitant la présence quotidienne dans la ville de Rabat, démontre l'absence d'opportunité de la décision comme élément de légalité (...).

Et, attendu que les actes administratifs en ce domaine ne sont pas fondés sur une compétence discrétionnaire absolue mais liée par les normes de légalité et d'opportunité, car le bon fonctionnement du service public et son efficacité impose le choix du cadre physiquement adéquat pour combler le manque dont souffre l'administration et à même d'exercer dans des circonstances psychologiques et morales valables la mission exceptionnelle du service de la sûreté ; ce qui fait de l'acte de sa mutation vers la ville de Fès, loin de plus de 200 kms de Rabat, un acte sans motif et justifie son annulation ».