

Le contrôle de « l'excès d'appréciation » dans le droit disciplinaire de la fonction publique (*)

Note sous T.A., Rabat, 23 mars 1995, *Boulil*

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

L'intérêt du jugement rendu par le tribunal administratif de Rabat, le 23 mars 1995, réside moins dans la solution donnée par le juge que dans l'attitude que celui-ci a finalement adoptée tout en rejetant le recours. Finalement, parce que cela fait bien longtemps que le juge de l'excès de pouvoir se refuse à contrôler la proportionnalité de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire; et c'est donc avec un étonnement mêlé de satisfaction que l'on peut relever qu'un tribunal administratif annonce un revirement jurisprudentiel longuement souhaité ⁽¹⁾ et que jusqu'à présent, du moins d'après les arrêts publiés, la Cour suprême n'a jamais osé.

Contrôleur-éducateur à la prison centrale de Kénitra, le sieur *Boulil* est impliqué dans une affaire de stupéfiants au terme de laquelle il est condamné à trois mois de prison et une amende de mille dirhams. En application du statut général de la fonction publique, il comparaît devant le Conseil de discipline qui propose sa révocation sans suspension des droits à pension. Le ministre adopte l'avis du Conseil. L'intéressé intente un recours pour excès de pouvoir que rejette le tribunal en précisant que le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de sanction ne fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, tant - et c'est l'élément essentiel du jugement - qu'il n'est pas entaché d'un excès dans l'appréciation. Il ajoute que dans l'affaire qui lui est soumise, il n'y a point d'excès dans l'appréciation étant donné que l'infraction reprochée au requérant est incompatible avec sa fonction dans une institution dont la vocation est l'éducation des délinquants et non l'incitation à la délinquance. Il estime que la décision attaquée est adéquate et conclut au rejet.

Sans cette précision, le jugement n'aurait guère attiré l'attention. Il se serait ajouté aux nombreuses décisions de la Cour suprême rejetant systématiquement tout recours pour excès de pouvoir relatif à la disproportionnalité ou l'inadéquation de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire. Mais il apporte un élément nouveau qui ouvre de larges perspectives s'inscrivant parfaitement dans la logique de l'État de droit: il met en œuvre une technique jurisprudentielle, sans doute fréquente sous d'autres cieux, mais très peu utilisée par la Cour suprême.

* REMALD n° 12, 1995, p. 78 et suiv.

¹ M. A. Benabdallah. *L'adéquation de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire*, RMD 1988, n° 16, p. 26.

- I -

Depuis sa création, et précisément depuis l'entrée en vigueur du statut général de la fonction publique en 1958, la Cour suprême a rendu un certain nombre d'arrêts en matière de répression disciplinaire intéressant dans une grande proportion le domaine des principes généraux du droit, principalement celui des droits de la défense ⁽²⁾, mais également le domaine de deux contrôles importants couvrant la matérialité des faits et leur qualification juridique. Au delà, le juge s'avouait limité.

C'est ainsi que dès 1958 et chaque fois que l'occasion lui était offerte, il prononçait l'annulation sur la base de l'erreur de fait ou l'inexactitude des faits. « *Encourt l'annulation l'arrêté qui, sans énoncer aucun motif, prononce le licenciement d'un fonctionnaire, et à l'appui duquel le ministre ne fournit devant la Cour suprême qu'un grief imprécis dont l'exactitude matérielle ne peut être vérifiée* » ⁽³⁾, une formule analogue est utilisée en 1962 ⁽⁴⁾ ; et, tout récemment par le tribunal administratif de Rabat ⁽⁵⁾. En revanche, le juge prononçait le rejet du recours après avoir procédé au même contrôle ⁽⁶⁾.

C'est ce qui est appelé en doctrine le contrôle minimum ⁽⁷⁾, Il consiste pour le juge à vérifier si les faits sur lesquels s'est fondée l'administration se sont réellement produits.

A un degré plus élevé, celui du contrôle normal ⁽⁸⁾, le juge ne se contente plus du contrôle matériel, mais procède à celui de la qualification juridique des faits. A ce niveau, il contrôle si les faits reprochés étaient de nature à justifier légalement la mesure prise ⁽⁹⁾. Ce faisant, il contribue à la délimitation de la notion de faute professionnelle que le législateur s'est abstenu de définir ⁽¹⁰⁾ sûrement pour ne pas lier l'appréciation de l'administration par une formule insusceptible d'englober tous les cas qui peuvent se présenter. Par ce contrôle, il procure une protection incontestable des droits du fonctionnaire. Car, loin de se fier aux seules allégations de l'autorité administrative, le juge substitue son appréciation à celle de l'administration. Mais pour dépasser ce stade, il a toujours cru devoir s'arrêter.

² CSA 9 juillet 1959, *Ben Youssef*, R., p. 61 ; CSA 9 juillet 1960, *Skali*, R., p. 138 ; CSA 4 décembre 1959, *Bencheckroun*, R., p. 28 ; CSA 14 février 1994, *Mhani*, REMALD, janv-mars 1994, n° 6, p. 69.

³ CSA. 4 décembre 1959, *Bencheckroun*, précité.

⁴ CSA 22 janvier 1962, *Kabbaj*, R., p. 21.

⁵ T.A. Rabat, 27 juin 1994, *Nasri*, REMALD, avril - sept 1994, n° 7-8, p. 153.

⁶ CSA 9 juillet 1959, *Ben Youssef*, R., p. 61 ; CSA 2 juin 1964, *ME.*, GTM 1964, p. 95 ; CSA 30 janvier 1992, *Mtalsi*, REMALD, juill. - déc. 1993, n° 4-5, p. 70.

⁷ J. Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz. 1992, p. 218 et S. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1994, p. 898 et S.

⁸ *Ibid.*

⁹ CSA 15 juillet 1963, *Tadili*, RACAM, 1964, p. 204.

¹⁰ R. El Moussadeq, *Le régime disciplinaire de la fonction publique marocaine*, mémoire cycle supérieur ENAP, 1982, p. 16.

En effet, dans une série d'arrêts ⁽¹¹⁾ qui permettent parfaitement de dégager sa conception, la Cour suprême a adopté une altitude sans aucun doute justifiée à ses yeux, mais en flagrante rupture avec les principes à la base du pouvoir du juge sur l'administration.

Dès lors que la faute était établie, que sa qualification juridique ne soulevait point de problème et que toutes les règles de procédure ont été respectées, l'administration se trouvait libre d'adresser la sanction de son choix au fonctionnaire ayant comparu devant le Conseil de discipline. Ainsi pour une faute mineure, il pouvait voir prononcer à son encontre la sanction de révocation - peine capitale pour sa carrière - sans qu'il n'ait aucune possibilité de faire procéder à un quelconque examen de proportionnalité. La Cour suprême est formelle: « l'autorité disciplinaire dispose d'un pouvoir absolu pour apprécier le degré de gravité de la sanction à prendre à l'encontre du requérant, sans contrôle possible de la Cour suprême » ⁽¹²⁾. Ou encore, « l'adéquation de la sanction au fait sanctionné relève du pouvoir d'appréciation de l'administration et échappe au contrôle de la Cour suprême » ⁽¹³⁾.

En fait, à cette attitude on ne pouvait trouver aucune justification convaincante; d'autant plus que jamais dans aucun arrêt le juge n'a cherché à expliquer, ne serait qu'à demi-mot, dans un considérant, le motif de sa réserve. Le style lapidaire constamment employé et la concision des formules contenues dans chacune de ses décisions ne manquaient pas de susciter chez le lecteur avide de clarté, une suite de points d'interrogations. On était comme enclin à penser que le pouvoir discrétionnaire signifiait pour le juge une cité interdite aux murailles extrêmement élevées et dont les occupants ne toléraient aucune intrusion, du juge fût-elle.

Du reste, l'abstention de la Cour suprême n'était pas sans rappeler celle du Conseil d'Etat français avant son arrêt du 9 juin 1978, *Lebon* ⁽¹⁴⁾ ; elle s'inspirait d'une jurisprudence ancienne et largement révolue ⁽¹⁵⁾ du fait de sa contradiction avec les principes de l'État de droit. C'est dire à quel point, le jugement *Boulil*, du 23 mars 1995, opère une percée, que l'on espère progressive et pas sans lendemain, s'inscrivant parfaitement dans l'esprit qui doit caractériser la logique de contrôle de tout juge administratif.

¹¹ CSA 26 mai 1962, *Eddange*, R., p. 87 ; CS A 15 juillet 1963, précité; CSA juin 1975, *Hadraoui*, voir R. El Moussadeq, *op. cit.*, p. 100.

¹² CSA 6 juin 1975, *Hadraoui*, précité.

¹³ CSA 22 novembre 1986, *Ahmed B.*, RMD, janvier - février 1988, n° 16, p. 36.

¹⁴ CE 9 juin 1978, *Lebon*, AJDA, 1978, p. 573, concl. Genevois; et RDP 1979, p. 227, note J.M. Auby, La jurisprudence *Lebon* a eu une descendance (CE 25 mai 1990, *Kiener*, AJDA, 1990, p. 740, note Salon), annulation d'une mesure de radiation des cadres de la gendarmerie au motif que la sanction était entachée d'erreur manifeste d'appréciation eu égard à "l'indélicatesse" commise par le requérant dans un magasin à grande surface.

¹⁵ CE 27 janvier 1926, *Chank*, Leb., p. 82 ; CE 28 février 1930, *Remoux*, Leb. p. 226 ; CE 22 janvier 1936, *Godard*, Leb. p. 830 ; CE 15 février 1963, *Leray*, Leb., p. 97.

- II -

En réalité, c'est bien de l'introduction de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation qu'il s'agit. Le juge ne l'a sans doute pas dit, mais il l'a pensé. Faisant usage de l'expression employée par la jurisprudence égyptienne (¹⁶), le tribunal administratif de Rabat parle non de la notion d'erreur manifeste, comme le juge français, mais évoque, à l'imitation du juge égyptien, celle d'excès ou d'exagération (¹⁷). Néanmoins, quoi qu'il en soit, on doit relever que, outre que c'est la seule technique qui permette au juge d'exercer son contrôle dans un domaine où le législateur lui a pratiquement fermé les portes, elle offre au requérant une protection tout à fait nécessaire pour que l'on puisse valablement parler d'un contrôle effectif du pouvoir disciplinaire de l'administration à l'égard de ses fonctionnaires (¹⁸).

L'article 66 du statut général de la fonction publique énumère bien les sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires mais sans citer parallèlement les fautes de nature à les justifier. Bien plus, comme nous l'avons déjà signalé plus haut, le législateur s'est abstenu même de définir la faute professionnelle; et eût-il essayé de faire correspondre toute sanction énumérée à une faute déterminée, telle qu'en matière pénale dans la correspondance de la peine avec l'infraction, ou même à une catégorie de fautes, que son imagination, si fertile fût-elle, s'avérerait vite limitée. Ce sont donc des considérations d'ordre pratique qui ont dicté sa conduite et nullement une volonté de laisser les mains entièrement libres à l'administration pour choisir presque souverainement à l'intérieur de toute une gamme, la sanction qui pour elle, semble adéquate. Il revenait, selon nous, au juge de prendre cette contrainte en considération et d'exercer son contrôle là où le législateur n'aurait jamais pu être précis et suffisamment imaginatif. Cette lacune ne pouvait alors être comblée que par le recours à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation ou, comme a préféré dire le tribunal, la technique de l'excès. Autrement de quel État de droit pourrait-on parler dans les relations entre l'administration et son fonctionnaire en matière disciplinaire?

¹⁶ M.K. Marghini, Les principes généraux du droit administratif marocain, Rabat, 1982. p. 535.

¹⁷ Ce sont, pensons-nous, des facteurs tenant à la langue qui ont dû commander cette inspiration. Cela semble d'autant évident que la notion d'excès ou d'exagération dans l'appréciation est apparue dans la jurisprudence égyptienne dès 1951 pour concerner le régime disciplinaire. avant d'être étendue à d'autres domaines, alors que le juge français n'a appliqué la notion d'erreur manifeste qu'en 1953 (CE 13 novembre 1953, *Denizet*, Leb., p. 489. Voir B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*. Dalloz. 1965. ch., p. 121) et elle ne fut utilisée en matière de sanction disciplinaire qu'en 1975 (T.A. Lyon. 10 avril 1975, *Dutrieux*, Leb., p. 704). On comprend donc aisément pourquoi le juge marocain parle d'excès et non d'erreur, mais il s'agit de la même chose, du fait que les deux mènent au même résultat.

¹⁸ Même en France, pendant très longtemps, de nombreux auteurs ont approuvé le refus du Conseil d'État à apprécier la gravité de la sanction infligée au fonctionnaire. Voir J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p. 311.

Le pouvoir discrétionnaire auquel la Cour suprême fait continuellement allusion pour justifier sa réserve, ne signifie nullement pouvoir arbitraire; il n'est rien d'autre que la possibilité pour l'autorité administrative de choisir entre deux ou plusieurs voies s'offrant à elle et suivant sa propre évaluation. Par conséquent, il y a nécessairement une part d'opportunité qui vraisemblablement explique, mais sans justifier, la timidité du juge craignant une incursion, si l'on peut dire, dans l'intimité de l'administration. Cependant, il faut bien comprendre qu'une bonne gestion ne saurait jamais s'accommoder d'une administration dans la situation où tout est programmé à l'avance et que si le législateur n'a pas tout prévu, c'est que l'initiative lui a paru aussi périlleuse qu'impossible. Fallait-il pour autant continuer à déduire que dans le domaine disciplinaire, le contrôle se limiterait à ce qui ne s'apparente pas à l'opportunité? La technique de l'erreur manifeste d'appréciation, ou si l'on veut, d'excès d'appréciation, facteur de renforcement des pouvoirs du juge administratif, permet justement d'introduire un contrôle là où le législateur n'aurait jamais pu créer une compétence liée. A cet égard, il convient de dire que l'heureuse formule employée par le tribunal administratif de Rabat est pleine de substance. Dans sa signification profonde, elle augure d'un avenir où plus jamais l'abus ne pourrait s'abriter derrière le pouvoir discrétionnaire. Car, on nous concédera qu'il n'est guère admissible que l'autorité disciplinaire dispose du pouvoir d'appliquer des peines extrêmes à des fautes sans grande importance, ou même prétendues comme telles par leurs auteurs, devant un juge qui refuse obstinément son contrôle. Certes, les autorités administratives sont généralement honnêtes, mais il ne faut pas oublier que si le droit existe c'est bien parce que sur terre, il y a des gens qui n'ont pas tous le même sens de la mesure. De ce fait, si la justice ne peut s'appliquer en dehors des textes, il faut bien faire une place à l'équité.

Si, en droit administratif, il y a un domaine où l'équité doit s'appliquer, c'est bien, au premier rang, celui du pouvoir disciplinaire de l'administration; surtout qu'il faut reconnaître que, jusque-là, il s'est agi d'une zone où il est difficile de soutenir avec force que le contrôle du juge administratif est complet. Précisément, grâce au contrôle de l'excès dans l'appréciation, le juge pourra aller au fin fond de l'analyse pour éventuellement redresser le tort encouru par le requérant. D'aucuns y verront sans doute un dépassement du rôle du juge, mais il faut bien s'entendre. N'est-il pas déraisonnable que pour une faute tout à fait minime, mais grotesque aux yeux de l'administration parce que son auteur est indésirable, celui-ci se voit révoqué sous prétexte que l'administration veut donner l'exemple; devienne sans emploi, et sans pouvoir aucunement bénéficier du contrôle juridictionnel ?

Dans le cas de notre jugement, et en application du contrôle d'excès dans l'appréciation, le juge a conclu au rejet; mais il est certain qu'il aurait annulé la sanction s'il s'était agi d'une faute légère. En l'espèce, il a considéré que la mesure était adéquate compte tenu de l'incompatibilité de la faute commise avec la fonction d'éducateur. Contrairement à la jurisprudence de la Cour suprême, il a procédé au contrôle. C'est là que réside l'apport du jugement, il mérite qu'on s'y arrête quelque peu.

- III -

L'apport du jugement *Boullil* ne semble pas évident au premier abord, mais pour bien l'appréhender il faut lire entre les lignes. Le dénouement du litige est semblable à celui de toutes les espèces du même genre jusque-là examinées par la Cour suprême; c'est le rejet de la requête. Or, il ne s'agit pas d'un rejet habituel, il est fondé sur une formule peu fréquente. Il y a eu rejet non parce que la sanction prise ressortit au pouvoir discrétionnaire de l'administration échappant au contrôle du juge, mais parce qu'elle n'est pas entachée d'excès dans l'appréciation. Ce qui est différent. C'est là, nous semble-t-il, l'élément important du jugement. C'est une méthode souvent utilisée par le Conseil d'État français, c'est la technique de l'arrêt de rejet ⁽¹⁹⁾ ou, pour ce qui nous concerne, puisqu'il s'agit de tribunal rendant des jugements et non des arrêts, la technique du jugement de rejet.

A n'en point douter, le revirement de jurisprudence constitue, généralement, un progrès dans le traitement des litiges dans la mesure où il s'appuie sur une nouvelle interprétation des textes plus conforme non seulement au droit mais surtout à l'équité. Toute idée devient fautive à partir du moment où l'on s'en contente, disait le philosophe Alain; aussi est-ce un pas vers la perfection, même difficile à atteindre, qu'un juge apporte une autre façon de voir, convaincu de l'inadaptation de l'ancienne. Mais le revirement a ceci de fâcheux que lorsqu'il intervient par surprise, il ne manque pas de bouleverser les données, en suscitant des doutes même quant à son fondement, surtout de la part de ceux qui au terme du procès, perdent les avantages auxquels ils s'attendaient en application de la jurisprudence ancienne. Il est dans la nature des choses que la règle posée par le juge soit rétroactive ⁽²⁰⁾, puisque lorsqu'il statue, la solution qu'il prononce doit s'appliquer dans le passé; mais il peut s'avérer déplaisant que sa solution soit en contradiction avec les cas précédents.

Par la technique de l'arrêt de rejet, le juge dégage une règle nouvelle ou un principe jamais encore appliqué, tout en rejetant la demande au fond. De cette manière, le revirement de jurisprudence reste sans incidence sur le passé, pas plus que sur le présent, il ne vaut que pour l'avenir.

C'est cette technique qui a été employée par le juge français. D'abord par le tribunal administratif de Lyon dans son jugement *Dutrieux* ⁽²¹⁾ qui, à propos de la révocation d'un agent de Chambre de Commerce, avait estimé que compte tenu de la gravité des faits, le Président avait pu « *sans commettre une erreur manifeste d'appréciation* » adopter cette sanction. Ensuite par le Conseil d'État ⁽²²⁾ qui avait estimé qu'en prononçant la mise à la

¹⁹ G. Dupuis et M.J. Guédon, *Droit administratif*, Armand Colin, 199, p. 111.

²⁰ J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, AJDA, 1968, p. 15.

²¹ T.A. Lyon, 10 avril 1975, *Dutrieux*, Leb., p. 704.

²² CE 9 juin 1978, *Lebon*, précité.

retraite d'office contre un instituteur reconnu coupable de gestes indécents sur des fillettes de sa classe, le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste. Enfin, ce n'est que plus tard, que le Conseil d'État fait une application de la solution antérieurement dégagée. Dans un arrêt du 26 juillet 1978, *Vinolay* ⁽²³⁾, il décide à propos de la révocation du directeur des services d'une Chambre d'Agriculture, que les fautes commises, tout en justifiant une sanction, « *ne pouvaient légalement fonder sans erreur manifeste d'appréciation, une sanction de révocation qui constitue la plus sévère des sanctions* » ⁽²⁴⁾.

Lorsqu'on lit avec attention le jugement *Boulil*, on peut relever la même démarche que celle que l'on vient de voir. Les faits reprochés au requérant ont été estimés suffisamment graves pour entraîner la sanction de révocation; ce faisant le juge a profité de l'occasion pour dégager un principe nouveau, celui d'apprécier l'adéquation de la sanction par rapport à la faute commise par le fonctionnaire. « *Le pouvoir discrétionnaire n'encourt pas de contrôle tant qu'il n'est pas entaché d'un excès dans l'appréciation* ». Il s'est montré favorable à l'idée de l'appréciation, tout en rejetant le recours au fond estimant que la faute reprochée était incompatible avec la fonction d'éducateur de son auteur. C'est bien de la technique du jugement de rejet qu'il s'agit.

Est-ce suffisant pour avancer qu'il y a un revirement jurisprudentiel ? Peut-on soutenir que désormais l'inadéquation de la sanction à la faute commise par le fonctionnaire peut entraîner l'annulation de la décision disciplinaire? Au niveau du Tribunal administratif de Rabat, il y a tout lieu d'être affirmatif car en remarquant l'incompatibilité entre l'implication dans une affaire de stupéfiants et la fonction d'éducateur, il a implicitement procédé au contrôle et, de ce fait, s'engage à annuler la sanction dans le cas où elle serait excessive par rapport aux faits reprochés. Il y a alors une suggestion à la Cour suprême d'opérer le revirement si elle le juge nécessaire. Le principe est donc dégagé. Il revient à notre haute juridiction de l'approuver en l'appliquant, le rejeter en soutenant sa propre jurisprudence, ou, tout simplement l'ignorer. Au demeurant, pour conclure, nous ne terminerons pas sans dire qu'il est en parfaite concordance avec les principes de l'État de droit.

*

* *

T.A., Rabat, 23 mars 1995, *Boulil*

« (...) »

... Et que ce pouvoir discrétionnaire n'encourt pas de contrôle juridictionnel ⁽²⁵⁾ tant

²³ CE 26 juillet 1978, *Vinolay*, Leb., p. 315.

²⁴ Sur toute cette évolution jurisprudentielle, voir la note, précitée, de J.M. Auby.

²⁵ Il fallait dire "n'encourt pas d'annulation" et non "n'encourt pas de contrôle juridictionnel". C'est une

qu'il n'est pas entaché d'un excès dans l'appréciation. En l'espèce la décision dont l'annulation est demandée n'est entachée d'aucun excès étant donné que la faute retenue contre le requérant est incompatible avec sa fonction d'éducateur des délinquants et leur retour au droit chemin, et non la participation à favoriser leur délinquance.

Compte tenu de ces données, la décision attaquée est adéquate et non entachée d'excès de pouvoir ».

lapalissade que de constater qu'on ne peut relever l'excès d'appréciation que si l'on procède d'abord au contrôle juridictionnel. Donc, si l'on soutient que le contrôle juridictionnel ne peut avoir lieu que s'il y a excès d'appréciation, on lie le contrôle à une condition qui, de toute évidence, ne peut apparaître que si l'on procède au contrôle et l'on devient captif d'un cercle vicieux. Mais nous sommes persuadé qu'il s'agit d'un simple écart de plume que le juge s'engagera à éviter à l'avenir!