

Le contrôle du pouvoir de l'administration en matière de mutation des fonctionnaires (*)

Note sous T.A., Meknès, 22 juin 1995, Tahiri

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

Le jugement rendu le 22 juin 1995 par le tribunal administratif de Meknès constitue une ouverture très importante en matière de contrôle des actes de mutation prévus par l'article 64 du statut général de la fonction publique ⁽¹⁾. Il s'inscrit tout droit dans le sillage de l'arrêt de la Cour suprême, auquel d'ailleurs le juge fait référence dans ses motivations, rendu le 18 mars 1993, *Kasri* ⁽²⁾.

Il s'agissait d'un fonctionnaire dont la mutation avait été annulée au motif qu'elle intervenait suite à trois autres, édictées en l'espace de deux ans et neuf mois. La Cour suprême y avait vu une espèce de persécution, de harcèlement et une absence d'intérêt du service révélée par le fait que l'administration avait proposé à l'intéressé d'accepter sa mutation et jouir de nouveaux avantages ou de la décliner et demeurer sans responsabilité. Cette jurisprudence, saluée avec révérence et grande satisfaction ⁽³⁾, constituant à coup sûr un saut qualitatif en matière de recours pour excès de pouvoir, semble faire école et augure d'un avenir extrêmement favorable à un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration, tout particulièrement dans le droit de la fonction publique. Aussi, pour bien mesurer la portée du jugement appliquant cette jurisprudence et formuler quelques observations, nous semble-t-il opportun de présenter, quoiqu'à grands traits, la configuration de la jurisprudence antérieure.

- I -

Dans plusieurs arrêts, la Cour suprême avait nettement affirmé sa position. Elle considérait que la notion d'intérêt du service à elle seule pouvait justifier une mutation et que cet intérêt ne pouvait être apprécié que par l'administration elle-même, disposant en ce domaine d'un pouvoir discrétionnaire échappant à tout contrôle du juge tant qu'aucune preuve d'excès de pouvoir ne pouvait être fournie par le requérant. Ainsi en fut-il dans l'arrêt du 18 mai 1984 *El Amari* ⁽⁴⁾.

* REMALD n°12, 1995, p. 78 et suiv.

¹ L'article 64 énonce : « *Le ministre procède aux mouvements des fonctionnaires relevant de son autorité.*

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"

² CSA 18 mars 1993, *Kasri*, cette revue, n° 9 p.67

³ REMALD n° 11, p.12.

⁴ A. Benabdallah, *L'affectation du fonctionnaire dans intérêt du service*, R.M.D. n° 5, nov-déc.1986 p. 241.

"Attendu que l'article 64 du statut général de la fonction publique ne fait pas une obligation de la consultation du fonctionnaire si l'intérêt du service exige sa mutation d'un service à un autre ; attendu que l'arrêté de mutation entre dans le cadre du pouvoir d'appréciation dévolu à l'Administration, que le requérant n'a pas apporté la preuve que l'administration a commis un excès en usant de son pouvoir "

Cette jurisprudence n'était pas isolée, elle était la continuité, si l'on peut dire, d'une politique jurisprudentielle ⁽⁵⁾. Néanmoins, la Cour suprême admettait de prononcer l'annulation en cas de détournement de pouvoir ⁽⁶⁾, notamment, lorsque le requérant fournit la preuve que la décision de sa mutation revêt le caractère d'une mesure disciplinaire sans qu'il n'ait bénéficié des garanties édictées par la loi en matière des droits de la défense.

Cela étant, on ne répétera jamais assez que le détournement de pouvoir n'est pas facile à établir car pour ce faire, le juge ne doit pas se contenter des faits apparents de l'espèce mais doit franchir le cap en sondant l'intention profonde ⁽⁷⁾, en devinant un élément subjectif, le "mobile psychologique" comme disait Eisenmann, de l'auteur de l'acte. Aussi, lorsqu'il avance que l'appréciation de l'intérêt du service relève du pouvoir discrétionnaire dévolu à l'administration et qu'il ne saurait le contrôler, il semble démissionner d'une fonction lui revenant par nature. Cette attitude, constante pendant une vingtaine d'années, a été assouplie par la Cour suprême dans l'arrêt *Kasri*, précité, puisque le juge ne s'est pas limité à l'analyse de l'arrêté d'une mutation prétextée par la vague notion d'intérêt du service, mais a, à juste titre, remonté la filière pour s'enquérir des antécédents du requérant avec son administration et constater le détournement de pouvoir. C'est, précisément, cet assouplissement que le tribunal administratif de Meknès a capitalisé en allant au-delà de la brèche ouverte par la Cour suprême.

- II -

La dame *Tahiri*, institutrice en surnombre à l'école *Abdelmoumen Al Mouahidi* à Meknès est mutée par arrêté du 16 septembre 1994 à l'école *Ibn Abbad*, à la même ville. Elle intente un recours pour excès de pouvoir contre cette décision intervenue, d'après elle, en méconnaissance de son ancienneté comme institutrice en surnombre, du principe d'égalité et de la notion d'intérêt du service. Sans entrer dans les détails du jugement, tout à fait superfétatoires pour ce qui est essentiel et qui va au cœur de la question de mutation dans l'intérêt du service, nous ne nous attarderons, pour le moment, que sur le dernier

⁵ CSA 17 mars 1972 *M'hamdi* "Les arrêts de la Cour suprême 1971- J 972, sec. d'Etat aux aff. adm. p.183 ; CSA 14 juillet 1972, *Amrani*, *ibidem* p.316 ; CSA 20 février 1976, *Merrouchi*, non publié.

⁶ CSA 10 juillet 1986, *Belkhor*, RMD n° 12, avril-mai 1987, p.119, note Benabdallah.

⁷ Vidal, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, RDP 1952 p.275 ; J.Lemasurier, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, RDP 1959 p.36

considérant du jugement.

"Considérant que si la mutation dans l'intérêt du service relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration, elle n'est pas moins subordonnée au principe de l'égalité devant la loi; et que si la requérante se distingue par rapport à ses collègues par ce qui a été visé plus haut (ancienneté de 15 ans dans l'institution, arabisante enseignant en section arabe), la mutation la concernant particulièrement sans démonstration de l'intérêt général, sans révélation des motifs qui ont conduit l'administration à prendre son acte, sans respect des éléments d'ancienneté et de spécialité et sans rapport avec l'intérêt général, tout cela implique que cet acte est entaché de détournement de pouvoir, ce qui impose son annulation, sans qu'il soit besoin d'apprécier les autres griefs (voir CSA 18 mars 1993, Kasri ⁽⁸⁾).

Considérant que la demande de retour au poste d'origine est un effet de la décision de l'annulation, il n'est pas besoin de le préciser dans le dispositif du jugement".

L'acte de mutation est une prérogative reconnue au ministre. C'est sans conteste un pouvoir qui relève de son appréciation, mais cela ne veut pas dire qu'il peut en user selon son bon plaisir, ou à une fin autre que l'intérêt du service. D'ailleurs, sur ce point, le législateur est catégorique; il fait de cette notion la cause et le but de tout acte de mutation, en fonction desquels, celui-ci peut être soit refusé, soit ordonné. L'intérêt du service, c'est donc le fait déterminant qui classe l'acte de mutation dans une catégorie légale en ce sens que l'acte en question ne peut être conforme à la légalité que s'il est inspiré par des considérations d'intérêt général. Il était donc tout à fait inconvenant que le juge continuât à laisser cette appréciation à l'administration seule en se déclarant inhabilité à dire si effectivement il y avait ou non intérêt du service. Ce fut malheureusement sa position jusqu'à l'arrêt *Kasri*, où il n'a fait, comme nous l'avons déjà dit, certes qu'assouplir sa jurisprudence mais où, par rapport au passé, il a enregistré un progrès des plus grands. D'une absence totale de contrôle, comme si l'appréciation de l'intérêt du service constituait un tabou, un domaine interdit, il est passé à un stade plus en conformité avec sa fonction, celui, faute de pouvoir apprécier l'opportunité de la mutation, de procéder à l'analyse profonde de tous les éléments du dossier. Dans cet esprit, il remarque que si des faits antérieurs inclinent à penser que l'administration nourrit une certaine inimitié à l'égard du fonctionnaire, la mutation de celui-ci devient douteuse et susceptible d'annulation. C'est alors une attitude tout à fait louable où le juge ne se contente plus des faits saillants de l'affaire mais cherche à percevoir la partie occulte de la décision. Bien que le détournement de pouvoir s'inscrive dans l'avenir, puisque c'est un but autre que celui qui légalement doit être poursuivi, c'est dans le passé que le juge cherche pour le détecter ; l'opération est absolument nécessaire dans la mesure où l'on ne peut véritablement apprécier un but élément subjectif - que si l'on palpe les motifs réels à la base de l'édition de l'acte –facteurs objectifs- ⁽⁹⁾. Au reste, on peut se

⁸ L'arrêt est cité dans le dispositif du jugement.

⁹ J. Lemasurier, *op. cit.* p. 57 : "Le juge du détournement de pouvoir n'exerce pas un contrôle de la moralité administrative (...) s'il recherche l'intention subjective de l'agent "il ne sonde pas ses reins et son cœur", mais seulement ses actes (...) c'est à des éléments d'ordre objectif qu'il demande la preuve du but subjectif

rendre compte de la grande précarité de la notion de détournement de pouvoir qui, dans la jurisprudence française, a dû céder le pas au contrôle des motifs, nettement plus simple à manier et représentant moins d'incertain ⁽¹⁰⁾.

Dans le même sens, le tribunal administratif de Meknès a dû lui aussi pour conclure au détournement de pouvoir, se résoudre à voir à partir d'un certain environnement si l'acte en question n'était pas en contradiction avec d'autres principes. Ce qui est totalement différent car dans le détournement de pouvoir, c'est l'intention qui est appréciée et non les antécédents ou l'environnement, ce qui n'empêche pas, du reste, que la connaissance de ceux-ci est fort utile à la bonne appréciation, de celle-là. C'est dire qu'il existe une liaison étroite entre le motif et le but dans un grand nombre de cas. Mais dans le jugement qui nous retient, il y a un petit détail !

En effet, le tribunal administratif de Meknès a conclu au détournement de pouvoir non en appréciant que l'acte de mutation devait être édicté pour un certain but, par exemple pourvoir à une carence, assurer la marche normale du service public, mais en considérant qu'il est intervenu en méconnaissance de facteurs relatifs à l'ancienneté de la requérante et de sa spécialité. Institutrice en surnombre à l'école *Abdelmoumen* depuis quinze ans, une autre institutrice était moins ancienne qu'elle et devait faire l'objet de la mutation avant elle. De plus, arabisante enseignant en section arabe, elle a été remplacée par une institutrice bilingue.

"Considérant que, au surplus, l'acte attaqué n'a pas pris en considération les situations similaires des autres instituteurs au sein de la même institution en ce sens que la mutation d'une fonctionnaire de formation arabe (...) et son remplacement par une institutrice de formation bilingue, qui était une simple secrétaire et récemment nommée pour enseigner, et que cette mesure constitue une atteinte au principe de spécialité (...)".

- III -

On peut alors remarquer qu'à bien y réfléchir, il ne s'est pas agi à proprement parler de détournement de pouvoir mais plutôt de violation de la loi ⁽¹¹⁾. Le détournement de pouvoir ne devait pas en l'espèce s'apprécier au regard du poste que la requérante devait quitter, mais au regard du but poursuivi par l'auteur de l'acte. Or, si l'on s'en tient à la motivation du

poursuivi par l'administration".

¹⁰ A. De Laubadère, J.C. Venezia. Y.Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1992 p.480 ; voir cependant, L.Y.Fernandez-Maurian, *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, Mélanges J.M. Auby, 1992, p.239.

¹¹ R.Chapus, *Droit administratif général*, Ed. Montchrestien 1994, p.878 ; A. De Laubadère, J.C.Venezia, Y.Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 1992, p. 480; J.Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*; Dalloz, 1994, p.216.

jugement, le tribunal a conclu à l'annulation sur la base de deux arguments. D'une part, la rupture du principe d'égalité; la requérante étant plus ancienne que d'autres qui n'ont pas été touchées par la mutation, particulièrement une de ses collègues, et la règle en vigueur étant que la mutation doit concerner d'abord les nouveaux en surnombre avant les anciens. D'autre part, l'atteinte au principe de spécialité; la requérante, arabisante enseignant en section arabe ayant été remplacée par une institutrice nouvellement recrutée et, de surcroît, bilingue alors que, dit le jugement "*la pratique en vigueur ne permet de confier un enseignement en section arabe à un instituteur bilingue qu'en cas d'extrême nécessité ou en l'absence d'un instituteur arabisant et cela dans le but de préserver le principe de spécialité dans la formation et l'encadrement*".

Le tribunal a donc axé la motivation de son jugement non sur le fait que la mutation a été édictée pour satisfaire un intérêt privé ou pour un but autre que celui pour lequel elle devait être prononcée - et ç'aurait été le détournement de pouvoir ⁽¹²⁾ - mais sur le fait qu'elle n'avait pas respecté deux principes absolument importants, en vigueur dans l'enseignement. Il y a donc hésitation à dire qu'il s'agissait de détournement de pouvoir.

L'hésitation est d'autant plus fondée que si l'on raisonne *a contrario* en supposant, par exemple, que l'intéressée avait été mutée en respect du principe d'égalité et de celui de spécialité, il n'y aurait certainement pas eu annulation. Cependant, dans le même élan de raisonnement, on nous concédera qu'il y aurait eu détournement de pouvoir, si en respect de ces mêmes principes, l'intéressée avait été mutée de l'école *Abdelmoumen* à l'école *Ibn Abbad* à la suite d'un différend avec son supérieur qui veut lui infliger une sanction déguisée sans la faire bénéficier de ses droits disciplinaires ou, tout bonnement, l'éloigner pour libérer le poste en faveur d'une de ses collègues. C'est sur ce dernier point qu'aurait dû s'appuyer le juge pour parler de détournement de pouvoir; et c'est, à notre sens, celui autour duquel pouvait se construire ce chef d'annulation.

Au demeurant, il faut reconnaître que la notion d'intérêt du service est très difficile à cerner ⁽¹³⁾ et, par conséquent, à vérifier par le juge sans qu'il ne s'appuie sur une appréciation de l'opportunité de la décision, domaine pratiquement interdit ⁽¹⁴⁾. Sans doute, pour éviter ce

¹² R.Chapus, *Droit administratif général*, éd. Montchrestien, 1994, p. 887 et suiv.; J.Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 1992, p.214 et s. ; M.Rousset et autres; *Droit administratif marocain*, Rabat, 1994 p.640 et s. ; M.Marghini Khaïri, *Les principes généraux du droit administratif marocain*, Rabat, 1982, en arabe, p. 528; A. Baïna, *Les pratiques du contentieux administratif au Maroc*, Toubkal, 1988, en arabe, p.80. De l'ensemble de ces ouvrages, cités à titre d'exemple, il ressort que le détournement de pouvoir est une cause d'annulation de l'acte administratif lorsqu'il s'avère que l'auteur de celui-ci l'a pris en exerçant ses compétences à des fins autres que celles pour lesquelles il devait agir. Dans un but intérêt privé, voir l'arrêt très connu et très ancien, CE 16 novembre 1900, *Maugras*, S. 1901, 3, p. 57 note Hauriou, cité dans tous les ouvrages de droit administratif; dans un but intérêt général mais différent de celui pour lequel le pouvoir a été confié, voir CE 4 juillet 1924, *Beaugé*, R. 641 ; pour le cas marocain, le très célèbre arrêt CSA 21 mai 1960, *Lahcen Ben Abdelmalek Soussi*, R.105. Il existe une troisième variante, c'est le détournement de procédure où l'autorité administrative pour arriver à une fin, recourt à une procédure autre que celle devant être utilisée, CSA 30 janvier 1970, *Frej*, jurisprudence de la Cour suprême, en arabe, 1970 p. 101.

¹³ A.Baldous, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, RDP 1985 p.913.

¹⁴ M.Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1958 ; C.Pasbecq, *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du*

canal et de crainte qu'on l'accuse d'immixtion dans la gestion administrative, en faisant acte d'administrateur, contrôlant, par exemple, s'il y a lieu de muter ou pas, préfère-t-il se saisir du détournement de pouvoir - cas d'ouverture fondé sur l'intention, donc à partir de l'abstrait - alors que dans bien de cas, il peut conclure à l'annulation en se fondant sur le grief du manque de base légale - absence de motif, justifiant la mutation - ou tout simplement, tel qu'il aurait pu le faire, sur le vice de l'objet de l'acte ou de la violation de la loi qui ne sous-entend pas seulement le respect du droit écrit mais également celui des principes généraux du droit applicables en dehors des textes ⁽¹⁵⁾ et susceptibles de regrouper même les pratiques suivies par l'administration envers ses fonctionnaires en relation avec les principes d'égalité et de spécialité.

*

* *

En conclusion de ce bref commentaire ne remettant nullement en cause la solution apportée par le Tribunal administratif de Meknès, mais tendant plutôt à lui donner plus de poids et de précision, observant que le chef d'annulation du détournement de pouvoir se marie mal avec les arguments invoqués par le juge, il convient de relever que le jugement *Tahiri* ouvre une brèche beaucoup plus grande que celle opérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Kasri*. Il emprunte la voie du respect des principes devant être observés par l'administration lorsqu'elle doit procéder à la mutation d'un fonctionnaire. Il est à espérer qu'il soit suivi par les autres tribunaux administratifs du Royaume et entériné en cas d'appel par notre haute juridiction.

*

* *

T. A., Meknès, 22 juin 1995, *Maria Tahiri*

« 1 - Il revient au juge administratif d'apprécier l'apparence d'opportunité pour s'assurer de l'absence de tout vice d'illégalité dans l'acte administratif sans apprécier l'opportunité en elle-même.

2 - Si la mutation dans intérêt du service relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration, cela est conditionné par le principe d'égalité devant la loi.

3 - La mutation d'une fonctionnaire jouissant d'une ancienneté globale de 27 ans et d'une ancienneté de 15 ans au sein de l'institution de l'enseignement sans que cette

juge de l'excès de pouvoir; RDP 1980 p. 803 ; P.Delvolvé, *Existe-il un contrôle de l'opportunité?* Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque Univ. Paris II. LGDJ- Montchrestien, 1988 p.269.

¹⁵ R.Chapus, *op.cit.* p.71 ; J.Rivero et J. Waline, *op.cit.* p.66 ; A. De Laubadère, *op.cit.* p.557.

mutation ne concerne ceux qui sont plus récents qu'elle, et sans révéler le but de intérêt général, constitue un détournement de pouvoir et expose l'acte à l'annulation ».