

« Il faut que les agents soient liés à l'Etat par de fortes chaînes...Il n'y a point d'honneur sans louable ambition. Il n'y a point d'ambition sans carrière. »

(D'Hauterive, rapport Conseil d'Etat, 1806)

Le contentieux de la fonction publique : portée et limites

Le droit de la fonction publique constitue une branche du droit public en général et du droit administratif en particulier. Elle est dédiée à l'étude de la relation professionnelle entretenue entre les différentes administrations (Etat, collectivités territoriales, établissements hospitaliers et médico-sociaux) et leur personnel.

Pour le professeur Chapus, ce personnel que l'on désigne par « Agents publics ¹», ou « Agents de droit public ²», selon l'expression retenue parfois par la jurisprudence, est régi par un statut de droit public et se distingue des salariés du secteur privé, qui relèvent du droit privé³ et même, des salariés qui se trouvent dans la situation de salariés de droit privé liés à l'administration par un contrat de travail⁴ et qui sont qualifiés, par exemple en droit sénégalais, d'agents non fonctionnaires et soumis au code du travail⁵.

Ainsi, au sens exhaustive, la fonction publique, renvoi à l'ensemble des agents des administrations publiques, quel que soit leur statut (statut général⁶ ou statut

¹CE français, Section, du 3 janvier 1958, Levrat, p.2.

² CE français, Section, du novembre 1959, Goett, p.571, RDP 1960, .372 et TC du 27 juin 1966, Seignabou, p.831.

³ Chapus, René, Droit administratif général, T. 2, 7^{ème} Ed., 1994, P. 15. Sur ce point voir aussi : RUZIE, D., Agents des personnes publiques et agents des personnes privées, LGDJ, 1960, étude comparative.

⁴ TC du 25 novembre 1963, Vve Mazerand, p. 792.

⁵ LAMARQUE J., La situation du personnel non fonctionnaire de l'Etat, in « Droit social », 1963, pp.406-418. Voir aussi dans ce sens : Décret n° 2012-284 du 17 février 2012 fixant le régime spécial applicable aux agents non fonctionnaires des Collectivités locales, et Décret du 12 avril fixant le régime spécial applicable aux agents non fonctionnaires de l'Etat à son article premier « Le présent décret s'applique à tous les agents de l'Etat régis par le Code du travail ».

⁶ Au Sénégal nous avons un statut général de la fonction publique avec la loi n°61-33 du 15 juin 1961 relative au statut général des fonctionnaires. Réactualisée version 2005, le statut général de la fonction publique locale et

particulier), qu'ils relèvent d'un service d'Etat, d'une collectivité locale ou d'un établissement à caractère administratif, à l'exclusion des personnels des organismes privés comme de la caisse de sécurité social, des entreprises nationales et des établissements à caractère industriel et commercial⁷.

Cette fonction publique, à la française, en tout cas pour le modèle sénégalais, est marquée par le choix en faveur du système de la carrière que l'on oppose au système de l'emploi connu dans le monde anglo-saxon. Dans ce système, le fonctionnaire est recruté jeune sans contrat et souvent par concours, puis entre dans un corps de l'administration dans lequel il va évoluer avec d'autres agents jusqu'à la retraite accomplissant ainsi une carrière.

Durant cette carrière, s'instaurent une relation spécifique entre relation particulière entre l'administration et ses agents. Cette relation marquée par la quête permanente d'un compromis entre l'administration, qui poursuit un but d'intérêt général, et ses agents, qui sont dès lors soumis à un statut dérogatoire.

Ce dernier se manifeste aussi bien dans le recrutement du personnel, leur carrière, les avantages conférés, la nature des obligations, leur progression et même sur le plan du contentieux. La fonction publique apparaît dès lors comme un monde à part.

Sur le plan historique, le modèle d'administration inspiré de la tradition jacobine française a été repris à l'accession à l'indépendance de nos Etats africains. Cela s'explique par le principe de continuité de l'Etat en matière de succession d'Etat⁸, le fait qu'il existait déjà sur place, au départ du colon, une administration ancrée dans les mœurs et enfin par le fait qu'il existait également à l'époque coloniale un Conseil du contentieux administratif créé par les décrets des 5 août et 7 septembre 1881 et qui était à Dakar pour les colonies de l'Afrique Occidentale française et qui connaissait du contentieux administratif⁹.

des statuts particuliers comme celui des magistrats régis par la loi organique.

⁷ BLANC, Laurent, La fonction publique, collection Que sais-je ?, PUF, 1^{ère} édition, 1971, p. 7.

⁸ FLORY, M., Décolonisation et succession d'Etat, Annuaire français de droit international, Année 1966/12/ PP. 577-593.

⁹ HOLO, Th., Requiem pour la Chambre Administrative, www.unpan1.un.org, consulté le 10 octobre 2018.

Toutefois, il n'est pas question pour nous de nous appesantir sur cette trajectoire historique, pourtant oh combien importante, si on veut comprendre l'autonomie du droit de la fonction publique.

On doit se demander surtout, aujourd'hui, si au fil de cette trajectoire, les relations entre l'administration et ses agents ont été façonnées par le juge. La réponse affirmative, certes ne fait pas doute, mais il faut pousser le raisonnement pour se demander qu'elle est la portée de ce contentieux, c'est à dire la dimension de son apport, et s'il faut déceler des limites, comme dans toute action constructive.

Nous pouvons partir du constat suivant : la relation entre l'administration et ses agents publics, tout au long de la carrière, est souvent marquée par des conflits qui sont soumis à un juge, selon le système d'organisation judiciaire de l'Etat. Très souvent il s'agit d'un juge spécial, le juge administratif, qui applique des règles spécifiques, dans un système de dualité de juridiction, comme en France et repris dans certains pays, comme le Burkina Fasso, ou dans un système d'unité de juridiction au sommet avec cependant une dualité de contentieux avec des chambres spécialisées notamment en contentieux administratif, comme le modèle sénégalais.

Ces juges administratifs, saisis du contentieux concernant des agents publics, sont amenés alors, à consacrer des solutions innovantes en la matière, dictées par la recherche d'un compromis entre ces intérêts qui peuvent s'avérer différents, sinon contradictoires.

Ainsi face aux défis actuels de la fonction publique, comme l'accroissement constant des effectifs des agents, la diversité du régime juridique applicable au fonctionnaire et agents non fonctionnaires, la diversité des textes applicables avec le développement de statuts spéciaux, à côté du statut général de la fonction publique, le juge est amené à jouer un rôle important dans l'autonomisation de cette discipline.

Ainsi, à travers les solutions données aux litiges, le juge contribue, sans nul doute, à donner un contenu à cette discipline. Cet apport est considérable et

peut être constaté dans tous les aspects du droit de la fonction publique, du recrutement à la fin de la carrière du fonctionnaire (I).

Toutefois, malgré cette portée considérable du contentieux dans le développement du droit de la fonction publique, nous pouvons relever quelques insuffisances qui constituent de véritables limites à son rayonnement (II).

I/ La Portée considérable du contentieux de la fonction publique

Dans le contentieux de la fonction publique, on se réfère à une distinction classique retenue par Edouard LAFERRIERE dans le cadre du contentieux administratif, en général, entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction, selon la finalité de la réclamation¹⁰.

Au fil du temps, saisi des deux types de contentieux le juge administratif a forgé le droit de la fonction publique, eu égard au caractère jurisprudentiel de ce contentieux¹¹.

En effet, malgré l'adoption de textes législatifs et réglementaires sur le droit de la fonction publique et la codification de pans entiers du droit du contentieux administratif, particulièrement en Afrique, le juge administratif a participé à la construction du droit de cette discipline.

Cet apport peut être observé notamment à travers l'extension de son champ d'intervention (A), et ensuite à travers le renforcement de son contrôle sur l'administration et les agents publics (B).

¹⁰ LAFERRIERE, E. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1988.

¹¹ VEDEL, G., in « le droit administratif peut-il rester infiniment jurisprudentiel?, EDCG, 1979, P. 31. « A quoi servirait de remplacer cet artisan discret, habile et agissant qu'est le juge, par cet amateur, bien intentionné, mais parfois mal informé et maladroit qu'est le législateur ».

Voir aussi : BOKEL, A., recherche d'un droit administratif en Afrique francophone, Revue Ethiopiques n° 16, octobre 1978 .

A/ L'extension du champ d'intervention du juge administratif dans la fonction publique

Le contentieux administratif de la fonction publique s'est largement diversifié couvrant des pans entiers aujourd'hui du droit administratif. Cela été rendu possible par l'action de ce juge qui a largement ouvert l'accès à son contentieux au fonctionnaire. D'ailleurs en terme statistique, aussi bien en France qu'au Sénégal, ce contentieux de la fonction est l'un des plus importants et les plus dynamiques du contentieux administratif.

Ainsi, on peut noter que s'agissant de la fonction publique, le juge est de plus en plus compétent, élargi la liste des actes susceptibles de recours, défini de manière extensive la notion d'intérêt à agir et offre beaucoup de plus de types de recours au fonctionnaire.

Sur le plan de sa compétence, on a toujours retenu un critère organique permettant de penser que le juge administratif n'est compétent que s'agissant d'un fonctionnaire. Tel n'est plus le cas, fort heureusement d'ailleurs, car de nombreux agents publics ont un lien si étroit avec le service public que le juge s'arroge la compétence de statuer sur leur litige portant soit sur des actes à caractère réglementaire soit des actes à caractère individuel.

Ainsi par exemple en France, en matière de litiges d'ordre individuel ou collectif, le juge administratif connaît de la situation des fonctionnaires, mais aussi de certains agents non statutaires. Désormais, les agents contractuels des personnes publiques travaillant pour le compte d'un service public administratif sont, quel que soit leur emploi, des agents de droit public et relèvent de la compétence administrative (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres*, Rec., n° 3000 [dit « Berkani »], TC, 3 juin 1996, *G.*, Rec., n° 3018 ; TC, même jour, *Préfet des Yvelines*, Rec., n° 3019)¹².

¹² Cette règle, qui concerne l'ensemble des personnes publiques(cf., pour les collectivités territoriales, CE, 26 juin 1996, *Commune de Cereste*, Rec., n° 135453; pour les établissements publics administratifs, TC, 22 sept. 2003, *T.*, Rec., n° 3349, CE, 27 juill. 2005, *A.*, T., n° 232786, CE, 17 févr. 2010, *H.*, T., n° 308852 ; pour les groupements d'intérêt public, TC, 14 févr. 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris*, Rec., n° 3170), est étroitement liée au principe selon lequel l'exécution du service public

Toutefois, au Sénégal cette extension de compétence ne s'est pas faite sur ce plan, car c'est la loi elle-même qui précise que les agents non statutaires relèvent du Code du travail et par conséquent de la compétence des juridictions sociales.

Ainsi par exemple, la chambre administrative de la Cour suprême, saisie d'une requête tendant à l'annulation d'une décision du directeur général de l'ANACIM, mettant fin aux fonctions d'auditeur interne et qualité d'un requérant, a retenu que **« le requérant, agent de l'ANACIM, n'établit pas qu'il a le statut de fonctionnaire ; que dès lors, le contentieux né de ses relations avec son employeur relève de la compétence du tribunal du travail ¹³»**.

De même, concernant toujours l'accès au juge, notre Cour rappelle que le recours pour excès de pouvoir est largement ouvert. Partant de cela, les actes faisant grief et susceptibles de recours ne cessent d'augmenter, de même que l'interprétation de la notion d'intérêt à agir, considéré comme un simple intérêt froissé, selon les termes du Professeur Boubacar Kanté. C'est le cas par exemple d'une mesure préparatoire de la sanction, consistant à la suspension d'un agent, qui a été considéré comme un acte faisant grief et par conséquent susceptible d'être déféré à la censure du juge de l'excès de pouvoir (C.S du 27 mars 1963, Kane Amadou Alpha , Annale africaine, 1973, p.277).

Aussi, un apport considérable peut être noté à travers les différents de types de recours offerts et par lesquels l'agent public peut faire prévaloir ses droits devant le juge Administratif. A côté du traditionnel recours pour excès de pouvoir, plus connu, et du recours de plein contentieux un peu moins connu, aujourd'hui nous avons la procédure d'urgence du référé administratif introduite par la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017, sur la Cour suprême. Cette procédure de référé, même codifiée, connaît une dynamique qui lui est donnée par le juge à travers les différents types de référés que sont le référé suspension de l'exécution de la décision administrative (article 84), le référé liberté fondamentale (article 85), et le référé mesures utiles (article 86). Non seulement le juge administratif est saisi à la seule condition de l'urgence, mais également il

administratif est confiée à des agents publics (CE, Ass., 18 janv. 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, Rec., n° 7636).

¹³ Arrêt n° 60 du 23 novembre 2017, Mouhadou Moustapha DIOP contre l'ANACIM.

statue à bref délai, ce qui constitue une accélération du temps judiciaire. Ainsi par exemple le mécanisme du référé suspension, permet au juge administratif, dans les quarante-huit heures, d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou même un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale¹⁴. On pense notamment aux atteintes à la liberté syndicale, au droit de grève du fonctionnaire.

Ce qu'il faut retenir, ici, c'est que le juge du contentieux de la fonction publique est un juge dynamique ouvert aux influences, en offrant une gamme d'action au requérant fonctionnaire.

Cela est d'autant plus important que cette ouverture du contentieux constitue également un moyen de renforcer son contrôle sur l'administration et sur ses agents.

B/ Le renforcement du contrôle du juge sur l'administration et sur les agents publics

Le juge administratif joue un rôle important dans la fonction publique. Il est chargé de préserver un équilibre entre, d'une part, les objectifs de l'administration, les contraintes liées à son action pour la réalisation de sa mission de service public et d'autre part, les droits et garanties dont bénéficient les fonctionnaires dans l'exécution de leurs missions.

A travers le contentieux de la fonction publique, ce juge administratif tend, d'un côté, à garantir les droits des fonctionnaires, en exigeant que l'action administrative se déroule selon des règles de référence préétablies et non de façon arbitraire ou selon la seule volonté de l'administration. Il y veille à travers un contrôle de plus en plus renforcé de l'action administrative.

¹⁴ FALL, Sangoné, le juge administratif sénégalais et la protection des droits et libertés, in : Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 86.

Mais d'un autre côté, le juge ne cesse de rappeler aux agents publics, l'étendu de leurs obligations dans le cadre de l'exécution des missions de service public. Sur ce plan, l'apport du contentieux est considérable et toute cette portée ne peut être appréciée dans le seul cadre de cette étude. Nous aborderons juste quelques aspects importants.

L'étendu de ce contrôle porte aussi bien sur la légalité interne que sur la légalité externe des actes pris par l'administration contre son agent¹⁵.

Dans le cadre de la légalité externe, il veille tout particulièrement à la compétence des autorités administratives et rappelle que cette compétence est d'ordre public. Il veille également au respect de certaines formalités considérées comme étant d'ordre public.

C'est le cas d'une décision prise par le Recteur après avis du Conseil de discipline de l'université contre un agent en détachement alors que le pouvoir de discipline le concernant appartient au Ministre de la fonction publique sur proposition du conseil de discipline de la fonction publique¹⁶.

Cette fermeté est également notée pour le respect des formalités de consultations préalables, lorsqu'elles sont obligatoires. Par exemple, dans un arrêt du 22 mars 2012, la haute Cour rappelle que « **L'assemblée de faculté donne son avis sur l'attribution des postes d'enseignants [...]. Dès lors, est irrégulièrement composée, l'Assemblée de faculté qui statuant sur le cas d'un professeur agrégé titulaire, comprenait en son sein des enseignants de grade inférieur** ». Déjà en 1975, la Cour Suprême (23 juillet 1975, Souleymane Sidibé et Amicale des administrateurs civils du Sénégal) posait que, « **Le conseil supérieur de la fonction publique donne son avis sur toutes les questions intéressant les fonctionnaires... ; que cet avis est une formalité préalable et obligatoire [...] ; que les requérants sont par suite fondés à soutenir que**

¹⁵ Sur cette distinction entre légalité interne et légalité externe et ses conséquences, voir : G. KOUBI, Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif unilatéral, Thèse droit public, Montpellier, 1984 ; M.-J. GUEDON, « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs : réflexions sur un état des travaux », AJ, 1978.

¹⁶ Arrêt n° 07 du 27 février 2014, Modou NIANG contre Université Alioune DIOP de Bambeye.

lesdites dispositions sont illégales comme ayant été adoptées à la suite d'une procédure irrégulière ».

Plus récemment cette solution sera consolidée concernant un fonctionnaire relevant de la fonction publique locale par la Cour suprême. En effet, dans un arrêt très récent du 12 juillet 2018, la chambre administrative de la Cour suprême a considéré que doit être annulée la décision de licenciement d'un agent municipal qui s'analyse plutôt en une révocation et qui a été prise en violation de l'article 45 de la loi du 30 mars 2011 portant statut général de la fonction publique locale et qui exige pour ce genre de sanctions l'avis du conseil de discipline¹⁷.

Sur le plan de la légalité interne, le contrôle exercé par le juge se manifeste de manière remarquable à travers un contrôle minimum exercé sur les faits ayant motivé la décision notamment leur qualification juridique sauf erreur manifeste d'appréciation. Ainsi la Cour rappelle sans cesse « **que l'erreur manifeste d'appréciation commise par une autorité administrative s'analyse en une erreur apparente et grave rendant la décision inadaptée aux motifs qui l'ont provoquée** » (Arrêt n°57 du 27 octobre 2016, La Société SENECOR S.A. Contre Etat du Sénégal).

La Cour suprême vérifie également que les sanctions infligées au fonctionnaire sont fondées sur des motifs exacts et exempts de vice et qu'elles ne sont pas disproportionnées. Ainsi par exemple notre Cour a décidé que « **l'autorité administrative doit tenir compte des circonstances de l'espèce en analysant le degré de gravité de la faute, sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation** » (Arrêt n°56 du 13/9/12-Omar Cissokho Contre Etat du Sénégal). Cette décision a été confirmée de manière constante notamment dans un arrêt du 13 novembre 2014 et un arrêt n° 24 du 28 avril 2016.

De même, notre Cour a retenu que « **doit être annulée une décision du Ministre de l'Enseignement qui a usé de son pouvoir de mutation sur les agents placés sous son autorité dans un but autre que celui pour lequel ce pouvoir lui a été conféré, ce qui constitue un détournement de pouvoir qui vicie sa décision** ». Il s'agit d'un cas rare d'application par la Cour du détournement de pouvoir¹⁸ et

¹⁷ Arrêt n° 43 du 12 juillet 2018, Latyr DIOH contre Commune de Mpal.

¹⁸ Arrêt n° 19 du 22 mars 2012, Rizare NATRANG contre Etat du Sénégal.

qui a été confirmé par la suite¹⁹ dans une affaire où un agent a été sanctionné pour motif syndical.

Enfin, le juge administratif ne se limite pas à sanctionner l'administration, mais dans beaucoup de cas, il tient à rappeler aux fonctionnaires leurs obligations dans l'exécution du service public.

La Cour suprême a jugé, par exemple que le Recteur d'une université est fondé à prononcer la cessation définitive de service d'un enseignant qui, sans attendre la réponse de l'autorité à sa demande de mise en disponibilité, s'est rendu à l'étranger où il a séjourné pendant plus d'un an et n'a pas rejoint son poste pour assurer ses enseignements, ce qui constitue un abandon de poste²⁰.

Elle a également retenu que le refus de recevoir une demande d'explication, les actes de défiance, d'insubordination et d'indiscipline notoire à l'égard du supérieur hiérarchique justifie l'application des sanctions du premier degré.²¹

Cette décision a été confirmée s'agissant toujours d'un professeur de physique qui procédait à des actes d'endoctrinement des élèves et qui défiait l'autorité du Proviseur tout en refusant de recevoir la demande d'explication dans ce sens²².

Plus récemment ces décisions seront confirmées par un arrêt n° 12 du 12 juillet 2018, s'agissant d'un agent de police qui n'a pas réintégré le corps des forces de police à l'issue de la durée de sa mise en disponibilité, malgré une mise en demeure servie par son ministère, ce qui constitue un abandon de poste²³.

Sur ce plan également la Cour rappelle qu'un fonctionnaire qui a atteint la limite d'âge pour aller à la retraite, ne peut prétendre au maintien dans ses fonctions, en application de l'article 87 du statut général de la fonction publique qui prévoit la règle de la rupture de plein droit entraînant la radiation des cadres et la perte

¹⁹ Arrêt n° 50 du 2 juillet 2015, Cheikh SECK contre Ministère de la Santé et de l'action sociale.

²⁰ Arrêt n° 24 du 28 avril 2016, Sandickou NGOM contre Université Assane SECK de Ziguinchor, BA n°11-12, mai 2018, P. 221.

²¹ Arrêt n°14 du 27 mars 2014, Ndèye Basa BA contre Etat du Sénégal (refus de faire ses cours, injures contre le proviseur, refus d prendre une demande d'explication etc).

²² Arrêt n° 18 du 10 avril 2014, Mamadou NDIAYE contre Etat du Sénégal.

²³ Arrêt n° Arrêt n du 12 juillet 2018, Moussa KOME contre Etat du Sénégal. Voir aussi arrêt n° 32 du 25 août 2009, Mamadou SECK contre Etat du Sénégal.

de qualité de fonctionnaire²⁴.

Ces quelques aspects, du reste, non exhaustifs, de la jurisprudence de la Cour suprême du Sénégal sur le contentieux de la fonction public, nous donnent un aperçu sur sa portée incontestable et considérable.

Toutefois, ce tableau cache des zones d'ombre. En effet, il y'a encore quelques limites, que nous pensons surmontables, du contentieux de la fonction publique que nous tenterons de cerner.

II/ Les limites surmontables du contentieux de la fonction publique

Les limites du contentieux de la fonction publique sont intrinsèquement liées à celles du contentieux administratif dont il dépend. Ces limites méritent une attention toute particulière pour apporter les correctifs nécessaires au développement de ce contentieux.

Elles peuvent être constatées au niveau des pouvoirs juge en matière de fonction publique qui s'avèrent assez limités (A), mais aussi au niveau de l'organisation judiciaire elle-même, qui paraît de plus en plus inadaptée (B).

A/ les pouvoirs limités du juge administratif en matière de fonction publique

L'utilité du recours contentieux est également fonction du respect des décisions juridictionnelles par l'Administration. En effet, la fonction judiciaire tire son efficacité des garanties d'exécution des décisions de justice.

En principe, les décisions du juge administratif ont un effet erga omnes. Cette caractéristique s'étend à l'objet et aux parties de l'affaire, et comporte aussi une autre conséquence : la rétroactivité de la décision, ce qui implique le rétablissement total ou partiel de la situation juridique originelle des parties.

²⁴ Arrêt n° 66 du 22 décembre 2016, Amady DIOP contre Etat du Sénégal.

Or, en théorie comme en pratique, le juge du contentieux de la fonction publique ne dispose d'aucun pouvoir sur l'exécution de ses décisions aussi bien en matière d'excès de pouvoirs que de recours de plein contentieux²⁵.

Au Sénégal, en application des dispositions des 194 du code des obligations civiles et commerciales et 74 du Code des obligations de l'administration, il n'y a pas d'exécution forcée ni de possibilité d'astreinte ou de pouvoir d'injonction contre l'administration.

Cette immunité de l'administration au regard des voies d'exécution du droit privé rend vaine en droit administratif l'autorité de la chose jugée. Parfois par exemple, l'annulation même de la décision de l'autorité administrative a une vertu purement symbolique car intervenant le plus souvent bien après du fait de la lenteur des procédures.

Il n'existe, en effet, dans notre droit positif aucun équivalent de la loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, ou du décret du 30 Juillet 1963 relatif à l'amélioration des conditions d'exécution des décisions du juge administratif.

L'exécution des arrêts de la chambre administrative de la Cour suprême dépend de la bonne volonté de l'administration, ce qui est loin d'être une panacée dans nos Etats. Très souvent, même condamnée, elle refuse délibérément d'exécuter la décision, poussant les requérants à se tourner vers le médiateur de la République qui ne cesse de rappeler que la plupart de ses saisines concerne l'inexécution des décisions de justice.

Ainsi dans son dernier rapport de 2017, Le Médiateur souligne que « **Les difficultés d'exécution des décisions de justice sont symptomatiques de l'exigence de défaillances qui affectent l'édifice de l'Etat de droit. Elles appellent la poursuite salutaire des dispositions prises et des options**

²⁵ Françoise Sichler-Ghestin, L'exécution des décisions du juge administratif, Civitas Europa 2017/2 (N° 39), p. 272.

volontaristes à envisager dans le sens d'amener l'Etat à s'astreindre volontairement à déférer à leur respect²⁶ ». Hélas, le Médiateur ne dispose pas, non plus, de pouvoirs qui dépasseraient ceux du juge suprême.

Pourtant l'illégalité d'un acte administratif est également constitutive d'une faute de service commise par l'autorité administrative compétente et susceptible d'engager sa responsabilité administrative dans le cadre du contentieux de pleine juridiction (c'est le cas des révocations illégales)²⁷. De même, l'article 142 du Code des obligations de l'administration permet d'engager la responsabilité de l'Etat, sans rechercher sa faute, dans le cadre d'un refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice²⁸.

Mais en pratique, les requérants fonctionnaires ne font jamais recours à ces régimes de responsabilité du fait de la complexité du recours de pleine contentieux et de sa lenteur.

Nous pensons que c'est au juge administratif lui-même, tenant compte des circonstances de chaque espèce, de faire œuvre prétorienne et faire avancer les choses pour contraindre l'administration à s'exécuter sans s'immiscer dans les fonctions exécutives.

C'est également ce qui est attendu du juge face à l'inadaptation de l'organisation judiciaire.

B/ Une organisation judiciaire inadaptée au rayonnement du contentieux de la fonction publique

Dans notre pays et d'autres de la sous-région, à l'exception du Burkina Fasso, les Etats ont opté pour le choix en faveur d'un système de l'unité de juridiction au

²⁶ République du Sénégal, Médiateur de la république, rapport annuel de 2017 adressé au Président de la république, <http://www.mediaturedelarepublique.sn/wp-content/uploads/2018/08/Rapport-Annuel-MEDIATURE-2017.pdf>.

²⁷ BOCKEL, Alian, Droit administratif, NEA, 1978, P. 124.

²⁸ Ibid., p. 368. Il s'agit en réalité de la reprise dans cette législation de l'arrêt Couitéas du Conseil d'Etat français du 30 novembre 1923, GAJA, n°45.

sommet. Au Sénégal, la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême a consacré la renaissance de cette juridiction suprême, un modèle qui existait déjà après les indépendances avant d'être abandonné en 1992.

Ainsi la Cour suprême est juge, en premier et dernier ressort, de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités territoriales. Elle n'est compétente qu'en cassation pour le recours de plein contentieux²⁹.

Ce choix du législateur semble être dicté par des impératifs de rationalisation budgétaire, plutôt que par un souci d'efficacité. Dans tous les cas, cela ne milite pas en faveur du développement du contentieux administratif en général et du contentieux de la fonction publique en particulier, et cela pour plusieurs raisons.

En effet, on n'a noté un déplacement du centre de décision qui est souvent éloigné des réalités des fonctionnaires justiciables. Ainsi, l'on peut constater que la plupart des recours sont introduites par les agents de l'administration qui résident dans la capitale.

Il s'y ajoute que ce système ne milite pas en faveur de la spécialisation des juges chargés de ce contentieux qui peuvent ignorer les techniques et méthodes du juge administratif de la fonction publique. Cela peut impacter sur la qualité des décisions et même aboutir à une marginalisation du contentieux de la fonction publique. Peut-on alors comme le Professeur OHLO parler de « Requiem pour la

²⁹ Article premier. « - Sous réserve des matières relevant de la compétence d'attribution d'autres juridictions, la Cour suprême se prononce sur les pourvois en cassation dirigés contre :

- ▶ les jugements et arrêts rendus en dernier ressort par toutes les juridictions ;
- ▶ les décisions définitives des organismes administratifs à caractère juridictionnel ;
- ▶ les décisions émanant des conseils d'arbitrage des conflits du travail ;
- ▶ les décisions du président du tribunal d'instance relatives au contentieux des inscriptions sur les listes électorales ;
- ▶ les décisions de la Cour des Comptes.

La Cour suprême est juge, en premier et dernier ressort, de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités territoriales.

Elle est compétente, en appel, dans le contentieux de l'élection des membres des assemblées autres que nationale.

La Cour suprême, statuant sur les pourvois en cassation, ne connaît pas du fond des affaires. »

Chambre Administrative ³⁰» ?; L'avenir nous le dira et le vent commence à tourner dans certains pays.

En tout cas, on peut relever deux exemples, qui sans forcément avoir un lien direct avec le système d'organisation judiciaire, montrent les limites du juge administratif sénégalais, en matière de contentieux de la fonction publique.

Dans le premier exemple, il s'agit de la question de la motivation des actes administratifs. Notre Cour considère de manière constante que **« L'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions, sauf si un texte particulier le prévoit »**. Cette position est systématiquement rétorquée au requérant qui invoque un défaut de motivation de la sanction administrative prononcée contre lui (Arrêt n°09 du 3/3/11, Birassy GUISSÉ et autres Contre Recteur de l'Université Gaston BERGER ; (Arrêt n°05, du 31/01/13 Ada Ndiaye Camara Contre Etat du Sénégal). Dans cette dernière affaire par exemple, la requérante a soulevé un moyen tiré de l'absence de motivation, en ce que la décision critiquée n'a pas précisé les griefs qui lui sont reprochés et n'a pas expliqué que la révocation prononcée est la conséquence de sa mauvaise gestion. Le juge s'est contenté de retenir **« Considérant qu'il est de principe que l'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions, sauf si un texte particulier le prévoit ; Qu'en l'espèce, aucun texte n'oblige l'administration à motiver sa décision ; Qu'il s'ensuit que le moyen est mal fondé ; »** (Arrêt n°05, du 31/01/13, Ada Ndiaye Camara Contre Etat du Sénégal).

Cette motivation du juge administratif est tout à fait simpliste et peut paraître inexplicable. En effet, l'absence de précision sur les motifs d'une décision administrative défavorable est généralement frustrante pour l'agent qui a été sanctionné.

En réalité, cette conception de notre Cour correspond à la situation d'avant l'avènement de l'arrêt BAREL³¹ du Conseil d'Etat français de 1954, à l'époque où

³⁰ Théodore, OHLO ; Requiem pour la Chambre Administrative, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ofpa/unpan012750.pdf>, consulté le 16 octobre 2018.

³¹ CE Ass. 28 mai 1954, *Barel et autres*, GAJA, 17^e édition, 2009, p. 454.

l'obligation de motivation n'existait pratiquement pas, l'administration toute puissante, bénéficiant du privilège du préalable et du privilège d'exécution d'office, n'étant pas tenue de donner les raisons de fait et de droit qui sous-tendent sa décision³².

Il faut le reconnaître, cette position encourage la non transparence de l'action administrative et ne permet pas à l'agent sanctionné de bien se défendre, ce qui peut porter atteinte même aux droits de la défense.

Il est vrai qu'en France, c'est le législateur qui est venue, par la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, organiser cette motivation en l'exigeant pour une liste d'actes dont les mesures de sanction³³. Mais, cela n'empêche pas au juge administratif sénégalais, de faire œuvre prétorienne, pour faire évaluer cette conception à travers sa jurisprudence et cela, au moins pour les actes qui sont défavorables ou qui font griefs à l'agent public, comme les décisions qui prononcent une sanction ou qui limitent les droits du fonctionnaire³⁴.

Le deuxième exemple qui montre les limites du système à travers la jurisprudence, est l'absence d'une culture des droits de l'homme et une absence d'ouverture aux mécanismes internationaux notamment ceux du BIT.

³² Jean-Louis Autin ; La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens ; Revue française d'administration publique 2011/1 (n° 137-138), p. 328.

³³ La motivation qui est la formulation dans la décision administrative de ses motifs, n'est nullement obligatoire. Le Conseil d'État refuse en effet de dégager un principe général du droit qui l'imposerait à tous les actes administratifs (CE, sect., 26 janv. 1973, [req. n° 87890](#)). En la matière, le principe est donc la non-motivation des décisions administratives. En vertu de ce principe, les actes individuels favorables à leurs destinataires et les règlements, pour ne prendre que ces deux exemples, n'ont pas à être motivés.

À défaut d'un principe général de motivation des actes administratifs, il existe quelques exceptions au principe de non-motivation qui pour certaines sont d'origine jurisprudentielle, pour d'autres sont instituées par des textes. Le texte instituant l'exception la plus importante au principe de non-motivation est sans conteste la loi du 11 juillet 1979.

³⁴ Wierner, Cécile, La motivation des décisions administratives en droit comparé ; Revue internationale de droit comparé Année 1969 21-4 pp. 779-795

Le bloc de légalité du juge du contentieux de la fonction publique est le plus souvent constitué de normes de droit interne. C'est rare, que le juge saisi de ce contentieux fasse une référence, au principe généraux du droit de la fonction publique³⁵, aux règles de droit communautaire et surtout aux conventions internationales et plus particulièrement le droit international des droits de l'homme applicable en la matière comme les normes de l'OIT.

S'agissant par exemple du droit international, comme du droit communautaire, à l'instar du professeur Alain Bockel, on peut légitimement se poser la question suivante : « les conventions internationales constitue-t-elles une source du droit administratif en Afrique ? ³⁶ ». L'étude du contentieux de la fonction publique, révèle que les références faites à ces normes par le juge sont faibles et on note plus particulièrement que le droit international des droits de l'homme est moins développé, pourtant nos Constitutions reconnaissent ces normes. D'ailleurs certaines de ces règles sont de véritables jus cogens, donc impératives (conventions 87 et 98 de l'OIT)³⁷.

Pour, illustrer cet exemple, nous pouvons faire référence à cette affaire au cours de laquelle deux fonctionnaires des douanes ont été sanctionnés pour avoir souhaité la mise en place d'un syndicat des agents de la douane lors d'un colloque international, et qui poursuivait l'annulation du décret les ayant omis du tableau d'avancement pour ces faits.

³⁵ Timsit Gérard , Les principes généraux du droit français de la fonction publique fonction publique ; Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval, 1978, 339–358.

Toutefois, dans un arrêt n° 01 du 9 janvier 2014, notre Cour a retenu que le principe d'égalité devant la loi et les règlements impose de traiter de manière identique des situations similaires. Dès lors, encourt l'annulation,, pour violation de ce principer, la décision qui refuse au requérant de le nommer, en raison de son statut de professeur associé, aux postes de chef de service et de responsable des enseignements, alors que des professeurs associés ont été proposés et nommés à ces postes.

³⁶ Bockel, Alain, les sources internationales droit administratif : l'exemple du droit international des droits de l'homme, in : Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique ; Presse universitaire de Toulouse, 2018, P. 21 à 29.

³⁷C087 - Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948

(Entrée en vigueur: 04 juil. 1950) Adoption: San Francisco, 31ème session CIT (09 juil. 1948). C098 - Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949

Convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (Entrée en vigueur: 18 juil. 1951) Adoption: Genève, 32ème session CIT (01 juil. 1949)

Les requérants ont saisi la Cour suprême en invoquant la violation de l'article 3 alinéa 2 de la convention 87 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur la liberté syndicale, en ce que leur omission au tableau d'avancement est consécutive à leur participation à la réunion du comité de suivi du forum régional des agents des Douanes de l'espace UEMOA, tenue les 1^{er} et 2 décembre 2011 à Dakar à l'issue de laquelle, ils ont été victimes de mesures arbitraires, disproportionnées et injustes, notamment, en restant treize (13) mois inactifs avant d'être affectés, par note de service du 12 décembre 2013, alors que selon ce texte, les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter le droit syndical ou à en entraver son exercice légal.

Il faut juste préciser au passage que les requérants avaient soulevé l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 8 de la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel des douanes qui dénie aux agents de ce corps paramilitaire aussi bien la liberté syndicale que le droit de grève. Le conseil Constitutionnel a répondu que ni la liberté syndicale ni le droit de grève ne sont absolue et l'intérêt général est à même de justifier l'interdiction par le législateur du droit de grève et du droit syndical au personnel des douanes³⁸.

La Cour suprême du Sénégal, se fondant sur cette interprétation, répond que les requérants, Inspecteurs des Douanes, qui ne jouissent pas du droit syndical ne peuvent invoquer la convention de l'Organisation Internationale du Travail qui en interdirait la limitation ou le libre exercice³⁹.

La lecture des décisions rendues dans cette affaire, montre que la Cour aurait pu faire privilégier le droit international s'agissant d'une norme impérative sur le droit interne et non s réfugier sur les limitations apportées par le droit interne. Même, si la position de la Cour n'est pas erronée, elle semble dénoter d'une méconnaissance de l'importance du droit international des droits de l'homme en la matière, notamment de la liberté syndicale, du droit de grève ou de la non discrimination.

³⁸ Décision n° 2/C/2013 du 18 juillet 2013.

³⁹ ARRÊT N°13, du 27/03/14 Ndiaga SOUMARE contre Etat du Sénégal et ARRÊT N°16, du 10 mars 2016, Ndiaga SOUMARE contre Etat du Sénégal

Notre Cour Suprême et le Conseil Constitutionnel auraient pu s'inspirer de la démarche du juge constitutionnel béninois qui, dans une décision remarquable, se fondant sur la Constitution de la République du Bénin à son article 3 et sur le droit international notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dont le Bénin est Etat partie, qui oblige en son article 8-d, les Etats à assurer le droit de grève, a considéré que « **seul le constituant peut interdire l'action syndicale et le droit de grève, le législateur n'étant habilité qu'à encadrer leur exercice** »; **qu'il en découle que toute disposition législative ou réglementaire qui interdit le droit de grève ou l'action syndicale est contraire à la Constitution** ⁴⁰».

Cet exemple dénote simplement d'une absence, non seulement de culture des droits de l'homme dans l'application du droit de la fonction publique, mais également d'une faible constitutionnalisation⁴¹ de cette branche du droit administratif, ce qui constitue une limite à son rayonnement alors même, que la référence à ces normes tend à renforcer la protection des droits fondamentaux du fonctionnaire.

Conclusion

Le contentieux de la fonction publique, malgré les quelques limites qui ont été relevées, est marqué par un dynamisme constant. La portée de ce contentieux de ne souffre d'aucune contestation au fil des années.

Au moment où le droit administratif célèbre ces cinquante ans en Afrique, le développement de ce contentieux de la fonction publique subit de nombreuses influences parmi lesquels on peut relever, l'influence constante du droit privé, le rapprochement constant entre le système de la carrière et le système de

⁴⁰ DECISION DCC 18-003 DU 22 JANVIER 2018, http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2018-003.pdf, consulté le 15 octobre 2018.

⁴¹ Antony TAILLEFAIT - Professeur agrégé de droit public à l'Université d'Angers ; **Constitution et fonction publique, NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37 (DOSSIER : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT ADMINISTRATIF) - OCTOBRE 2012**

l'emploi, la massification de la fonction publique, la raréfaction des ressources publiques, etc.

Le Professeur Babacar Kanté, apportant sa contribution lors du colloque sur les cinquantes du droit administratif en Afrique, relève que l'on peut noter deux tendances du droit administratif : d'une part, un phénomène de diversification notamment avec la montée de la loi, du droit constitutionnel et du droit international, d'autre part, un mouvement de privatisation, marqué le partenariat public privé, par l'appel aux modes alternatifs de règlement des différends, ou encore par la multiplication des autorités administratives indépendantes.

Ces rencontres ont également permis de noter une tendance de prétention à l'impunité des agents publics africains et une insuffisante responsabilité de l'Etat.

Dans ce contexte général, en Afrique, il appartient aux institutions judiciaires de mutualiser leurs efforts pour appréhender ces enjeux et pour apporter des réponses cohérentes à travers la définition de standards en matière de gestion du contentieux de la fonction publique.

Ce dialogue fécond est un passage pour une véritable autonomisation du droit de la fonction publique.