

LE CONSEIL D'ETAT DU SENEGAL ET LE PRINCIPE DE L'EGAL ACCES DES CITOYENS A UN EMPLOI PUBLIC : A PROPOS DE L'ARRET DU 29 JUIN 2000, ASSOCIATION NATIONALE DES HANDICAPES MOTEURS DU SENEGAL CONTRE ETAT DU SENEGAL (ARRET N° 12)¹

Moustapha NGAIDE

Maître-Assistant en droit

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université Cheikh Anta Diop, Dakar (Sénégal)

« Puisque l'injuste ne respecte pas l'égalité et que l'injustice se confond avec l'inégalité, il est évident qu'il y a une juste mesure relativement à l'inégalité ».

Aristote, Ethique de Nicomaque

L'arrêt n° 12 du Conseil d'Etat du Sénégal est l'exemple d'une décision dont l'intérêt politique est certain. En effet, il revenait au juge de donner plein effet au principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public relativisant ainsi ce qu'une partie de doctrine avait considéré prématurément comme “ le déclin du principe d'égalité dans les concours ”².

Le concours, “ rite d'initiation et mythe collectif ”³, est généralement considéré comme un procédé de recrutement de droit commun⁴, car il apparaît comme l'une des

¹ L'arrêt annexé à cette contribution est publié dans le *Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat*, n° 2, années judiciaires 1998-1999-2000, (année 2000), pp. 28-30.

² G. Morange, Le déclin du principe d'égalité dans les concours, *Mélanges Waline*, T.II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 621-633.

³ J. Moreau, “Le système français de la fonction publique”, in *Droit Public*, dir. J. Moreau, T.2, Paris, Economica, 3ème éd. 1995, p. 812.

⁴ Si en France, il s'agit du procédé de recrutement de droit commun depuis 1946, au Sénégal, ce n'est encore qu'une modalité de recrutement parmi les autres. Mais cette position est critiquable, car elle semble “ correspondre à une interprétation laxiste du principe d'égal accès aux emplois publics ”, F.-Melin Soucramanien, Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence constitutionnelle, *RFDC*, n° 18, 1994, p. 265.

techniques les mieux éprouvées, à même de garantir à l'administration un recrutement qualité⁵.

Toutefois, malgré les précautions souvent prises, l'équité et l'impartialité ne peuvent pas être respectées dans ce mode privilégié de recrutement des agents publics.

Tel est le cas dans l'affaire du 29 juin 2000, opposant l'Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal (ANHMS) à l'Etat, qui constitue un moment important de ce contrôle.

Le juge devait se prononcer, sur les conditions d'application du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, permettant par la même occasion, de préciser l'étendue de ses pouvoirs à l'égard des décisions d'un jury de concours.

Les données de l'espèce méritent d'être succinctement rappelées telles qu'elles ressortent en filigrane du premier et troisième considérant de l'arrêt.

Avant de les évoquer, il n'est, peut être, pas inutile de souligner d'abord, une difficulté apparente de procédure liée à l'impression qui se dégage de l'arrêt. En effet, il semble que les délais du recours pour excès de pouvoir n'ont pas été respectés, alors qu'il n'en est rien dans la réalité. La procédure est simplement un peu plus complexe que ce qui ressort expressément de la décision. La note qui accompagne le rapport apporte certaines précisions pour une meilleure compréhension des différentes étapes de la procédure⁶.

En application de l'arrêté n° 5588 du 15 juin 1995 portant création du Projet des Volontaires de l'Education (P.V.E.) et fixant les conditions de sélection, de formation et de prise en charge des volontaires de l'éducation, un concours a été organisé afin de combler le déficit en enseignants⁷. Le sieur Boubacar Fadiya, handicapé physique et membre de l'ANHMS subit les épreuves écrites dudit concours et il est classé second sur une soixantaine d'admissibles, mais à l'épreuve d'admission dénommée confirmation, sa candidature est écartée par le jury qui estime que l'infirmité dont il est atteint est incompatible avec la fonction de volontaire dans l'enseignement.

Le sieur Fadiya sollicite du Conseil d'Etat l'annulation pour illégalité de la décision du jury. C'est ainsi qu'il donne mandat à l'ANHMS afin qu'elle agisse en son nom. C'est la requête de l'association qui donne lieu à l'arrêt de la première section⁸ du Conseil d'Etat du Sénégal du 29 juin 2000⁹.

⁵ On peut consulter notamment, Dabaziès, Le problème du droit à concourir, *RDP* 1967, pp. 1139-1189. et 0. Gohin, Le droit des examens et concours. Les apports de la jurisprudence récente, *RDP* 1988, p. 1644.

⁶ Le rapport non publié a pu être consulté. Nous en profitons pour remercier le greffe du Conseil d'Etat.

⁷ Le recrutement au sein de la fonction publique est arrêté depuis ces dernières années dans la plupart des pays africains, il fallait trouver des mécanismes souples afin de faire face à la lutte contre l'analphabétisme. C'est ainsi que l'Etat a décidé d'utiliser la formule des volontaires de l'Education. Entre 1996 et 1999, 4800 volontaires ont été recrutés et le taux d'alphabétisation a pu ainsi passer de 54 à 65, 5 %, chiffres du Ministère de l'Education nationale; Voir journal *Wal Fadjri* du 3 et 4 juillet 1999.

⁸ La loi n° 96- 30 du 21 octobre 1996 (*JO* du 18 janvier 1997, p. 57) avait dans un premier temps prévu deux sections dont la première était spécialisée en matière de recours pour excès de pouvoir et la deuxième était compétente en matière de comptabilité publique. Mais cette loi a été modifiée par la loi n° 99-72 du 17 février 1999 (*JO* du 6 mars

Après l'exclusion du sieur Fadiya, un recours hiérarchique est adressé au Ministre de l'Education nationale par l'ANHMS le 14 juin 1999, qui transmet la lettre, objet dudit recours à l'inspecteur d'Académie de Tambacounda. Par une autre lettre n° 1012 du 21 juillet 1999, l'inspecteur confirme la décision du jury, rejetant ainsi explicitement le recours administratif préalable. Cette décision envoyée par le gouverneur de Tambacounda et reçue par l'Association Nationale des Handicapés Moteurs le 26 août 1999 a permis d'envisager la voie contentieuse.

Entre-temps, et plus exactement le 27 septembre 1999, l'inspecteur d'Académie de Tambacounda est cité en correctionnelle par le sieur Fadiya pour injure devant le tribunal régional de Tambacounda. Mais, il est relaxé le 8 décembre 1999. C'est dans cette atmosphère grave que le recours pour excès de pouvoir est exercé. L'émoi suscité par cette affaire a été largement relayé par la presse¹⁰.

La requête est enregistrée le 12 octobre 1999 au greffe du Conseil d'Etat. Cette juridiction suprême¹¹, conformément à l'article premier de la loi n° 96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'Etat, modifiée, est “ juge en premier et dernier ressort de l'excès de pouvoir des autorités exécutives... ”. C'est ainsi que le Conseil est saisi d'un recours en annulation de la décision de l'inspecteur d'Académie de Tambacounda confirmant l'acte du jury. L'acte de l'inspecteur d'Académie est un acte confirmatif car, il permet simplement d'assurer la publicité adéquate de la décision du jury qui a été attaquée¹².

Le recours contentieux a été introduit moins de deux mois après la réponse de l'autorité administrative, car le requérant avait jusqu'au 27 octobre 1999 pour saisir le juge¹³. Par conséquent, la demande de l'association était recevable selon le raisonnement implicite du juge au sujet de la condition liée au respect du délai du recours pour excès de pouvoir. L'amende est consignée et la requête signifiée à l'agent judiciaire de l'Etat le 29

1999, p. 841) afin de tenir compte de la création de la Cour des Comptes. Dans la formulation actuelle de l'article 6 de la loi, il n'y a aucune spécialisation des deux sections qui exercent des compétences communes.

⁹ Il a fallu au juge environ sept mois pour se prononcer, ce qui constitue encore un délai relativement long pour une juridiction qui est peu saisie. Par exemple, entre 1960 et 1992, seuls 216 arrêts ont été rendus par l'ancienne Cour Suprême, D. Sy, Réflexion sur la création du Droit administratif par le juge sénégalais, *Revue de l'Association Sénégalaise de Droit Pénal*, n° 3-4, janvier-décembre 1996, p. 11. Cet article a aussi été publié dans *La création du droit en Afrique*, dir. D. Darbon et J. du Bois de Gaudusson, Paris, Karthala, 1997, pp. 395-408. Dans le rapport de 1997 du Conseil d'Etat, il est précisé que “ sur un nombre total de 211 dossiers enregistrés de 1993 à 1997, 178 ont abouti à une décision ”, *Rapport annuel au Président de la République* 1997, p. 27. Dans le dernier rapport, il est précisé que 45 arrêts ont été rendus par le juge ; voir Conseil d'Etat, *Rapport annuel*, 2000, p. 12.

¹⁰ Voir Cafard Libéré du 29 septembre 1999, p. 5 et Wal fadjri du 23 septembre 1999, p. 24.

¹¹ Sur l'organisation du contentieux administratif au Sénégal, voir EL. Mbodj, Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif au Sénégal, *Revue de l'Association Sénégalaise de Droit Pénal*, n° 2, juillet-décembre 1995, pp. 13-39.

¹² Dans l'affaire du Conseil d'Etat, Mme Tolédano-Abitbol, le juge a considéré qu'une lettre du Ministre de l'Education nationale faisant connaître à une personne que sa candidature a été rejetée par la section compétente du comité consultatif des universités pour une promotion dans le cadre des maîtres de conférences, constitue une notification de la délibération. Par conséquent, une demande dirigée contre ladite lettre n'est pas en principe recevable. Toutefois, le juge a précisé que le recours pour excès de pouvoir introduit contre l'acte du ministre, doit être regardé comme étant dirigé contre la délibération de la section de droit privé du comité consultatif des universités, CE 25 mai 1979, Dame Tolédano-Abitbol, *Rec.* p. 228.

¹³ Le rejet du recours administratif est notifié le 26 août et le requérant avait deux mois à partir de cette date pour intenter un recours pour excès de pouvoir.

novembre 1999. Le juge pouvait ainsi se prononcer sur les autres éléments indispensables à la recevabilité de la requête.

Le Conseil d'Etat, fidèle à la jurisprudence restrictive de l'ancienne Cour suprême, se prononce dans le second considérant sur la condition de recevabilité liée à la qualité du requérant, plus exactement à la recevabilité des actions des groupements agissant au nom de leurs membres¹⁴. Pour le juge, la requête est recevable eu égard à la qualité dont se prévaut le requérant, car “ l'association requérante (est) dûment mandatée par ” le Sieur Fadiya¹⁵. En effet, à côté de l'action individuelle, les actions corporatives ne sont admises que si le recours est en rapport avec l'objet social de l'association¹⁶. Les groupements ne pouvant attaquer les mesures individuelles concernant leurs membres que s'ils bénéficient

¹⁴ Cette action collective est possible, d'une part pour les associations déclarées : CS 23 mars 1966, La Fédération Nationale des Travailleurs Postes et Télécommunications, *Revue de la Jurisprudence Administrative Sénégalaise* (1960-1974), p. 21, *Grandes Décisions de la Jurisprudence Administrative Sénégalaise*, T. 1, Dakar, éd. de la RIPAS, 1981, pp. 467-470.; CS 5 juillet 1978, Mamadou Laity NDiaye et Amicale des fonctionnaires du cadre des Affaires étrangères, GDJAS, op. cit. pp. 467-470; CS 13 juillet 1980, Amicale des attachés d'Administration et des secrétaires adjoints des Affaires étrangères (GDJAS ... op.cit. pp.508-513) et surtout l'affaire de la CS 25 mars 1981, Syndicat Unique et Démocratique des Enseignants du Sénégal. GDJAS. .. op.cit. pp. 543-546; D'autre part, l'action collective est envisageable pour les associations non déclarées : CS, 5 janvier 1978, Cheikh Anta Diop, CS, 1er avril 1987, CGTDS contre Etat du Sénégal (non publié). M. M. Diagne dans sa thèse, critique cette attitude de la Cour Suprême qui consiste à déclarer les recours des groupements irrecevables “ lorsque ceux-ci entendent, au nom des intérêts collectifs, se pourvoir contre une mesure individuelle ”, M. Diagne, *L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'administration sénégalaise*, Thèse de Doctorat en droit, FDSP, Université d'Aix-En- Provence, 1990, p. 93 ; Voir aussi sur cette question, M. Debène, l'action syndicale devant la Cour Suprême du Sénégal, *Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal*, n° 3, janvier-mars 1982, pp.151-159 ; Mme M. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de doctorat d'Etat en droit, FSJP de l'UCAD, 1995, pp. 171-174, Mme M. Diagne, La contribution du Conseil d'Etat du Sénégal à la construction de l'Etat de droit, *RA spécial* n° 6, 1999, p. 84. Le nouveau Code de l'Environnement ne tient pas compte des recours des groupements non déclarés, car l'article 107 L de la loi du 29 décembre 2000, dispose “ les collectivités locales et les associations de défense de l'environnement, lorsqu'elles sont agréées par l'Etat dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement, peuvent introduire des recours devant les juridictions compétentes selon la procédure administrative ou la procédure de droit commun ”.

¹⁵ De même dans l'affaire Fatim Keita Diouf du 30 mars 1994, le Conseil d'Etat du Sénégal avait rappelé qu'un “ recours ne peut être exercé par un syndicat en l'absence d'un mandat spécial ” au nom de ses membres : la requérante qui était secrétaire général de son syndicat et qui avait fait l'objet de la mesure de licenciement n'a pas jugé nécessaire de donner un mandat à son syndicat et la requête a été déclarée irrecevable, Conseil d'Etat, *Bulletin des arrêts*, n° 1, juillet 1998, p. 60.

¹⁶ Dans l'affaire du 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges, le juge a précisé que “... s'il appartient aux syndicats professionnels de prendre en leur nom la défense des intérêts dont ils sont en charges..., ils ne peuvent intervenir aux noms des intérêts particuliers sans y être autorisés par un mandat spécial ”, CE 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-coiffeurs de Limoges, *Rec.* p. 977, S. 1907.3.23, conclusions Romieu. Mais d'autres arrêts sont venus pour mieux fixer cette jurisprudence : CE 14 mai 1948, Syndicat des cadres de l'industrie radio-électrique et confédération générale des cadres, *Rec.* p. 209 ; CE 4 novembre 1977, Syndicat national des journalistes. Section ORTF et autres : dans cette dernière décision, le Commissaire de gouvernement précise dans ses conclusions que “ la recevabilité de la requête d'un groupement même formée contre un acte négatif se mesure au degré d'atteinte portée aux intérêts collectifs dont le groupement considéré est en charge ”, *AJDA* 1978, pp. 113-118, concl. Massot, note Barthélémy; CE 23 octobre 1981, Fédération des groupements autonomes de l'enseignement public de l'Académie de Strasbourg, *AJDA* 1982, p. 81 et 99 ; Voir Liet-Vaux. La recevabilité des groupements à former un recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs individuels, *RA* 1950, p. 584 ; R. Laligant, La notion d'intérêt à agir et le juge administratif, *RDP* 1971, p. 43 ; M. Hécourt-Théron, De l'intérêt collectif, *AJ* 1986, p. 65 ; P. Charlot, L'actualité de la notion de “ qualité donnant intérêt à agir ”, *RFDA*, mai-juin 1996, n° 3, pp. 481-491 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997.

d'un mandat spécial. Cette prise en charge de la requête par l'association est logique, car les administrés isolés ont souvent des difficultés pour saisir le juge correctement¹⁷.

L'association conteste en excès de pouvoir la régularité de la décision au fond et soulève, à l'appui de la requête, trois moyens de légalité interne : tout d'abord, le fait d'avoir éliminé le sieur Fadiya à l'entretien de confirmation constitue une violation de l'égal accès des citoyens à un emploi public, garanti par la Constitution et les traités internationaux relatifs aux droits humains¹⁸ ; ensuite, il y a une violation des droits acquis et enfin la décision manque de base légale.

Le juge devait répondre à la question suivante : Y a-t-il une violation du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, si la candidature d'une personne est rejetée en raison de son infirmité ? En d'autres termes, le jury qui écarte une candidature en se fondant sur l'appréciation d'une infirmité qu'il considère comme étant incompatible avec l'exercice de certaines fonctions, applique-t-il correctement la loi par rapport aux circonstances de l'espèce ou commet-il une mauvaise appréciation des faits ? Le Conseil d'Etat du Sénégal était amené à vérifier si le handicap du Sieur Fadiya était de nature à justifier son exclusion.

Le juge en procédant à cette opération, annule la décision qui exclut le Sieur Fadiya à l'épreuve de confirmation. Cette position est motivée dans ce qui constitue le considérant déterminant de l'arrêt, par le fait que la nature de l'infirmité dont le sieur Fadiya est atteint est maladroitement qualifiée par le jury. Le juge a ainsi substitué sa propre appréciation à celle du jury. La décision prise n'étant pas justifiée par les faits tels qu'ils existent.

Ainsi, à travers le contrôle de la qualification juridique des faits, la concrétisation du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public est assurée, permettant par la même occasion de préciser le rôle d'un jury de concours. Mais cette décision n'en soulève pas moins d'autres questions aussi importantes.

Ces observations préliminaires témoignent de l'importance de l'arrêt du 29 juin 2000. Sans mésestimer la plupart des questions soulevées par l'arrêt, l'attention sera portée en particulier sur la manière dont le principe d'égalité est appréhendé par le juge.

La sanction de l'atteinte au principe d'égalité commise par le jury est incontestablement la leçon essentielle de cet arrêt. Le juge précise la portée du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public (I). En outre, l'étendue des pouvoirs du juge est déterminée par rapport à l'analyse des faits qu'un jury de concours exerce sur les aptitudes d'un candidat (II).

¹⁷ C'est ce qui a justifié notamment pendant des années, le maintien du Ministère d'avocat au Sénégal. L'obligation de recourir à un avocat a été supprimée avec l'avènement du Conseil d'Etat du Sénégal. Cf article 35 alinéa premier de la loi n° 96-30 du 21 octobre relative au Conseil d'Etat.

¹⁸ En réalité, il s'agit à ce niveau de deux moyens : la violation de l'égal accès des citoyens à un emploi public d'une part et la violation de la Constitution et des traités internationaux d'autre part.

I - LA SANCTION DE L'ATTEINTE AU PRINCIPE DE L'EGAL ACCES DES CITOYENS A UN EMPLOI PUBLIC

L'arrêt du 29 juin 2000 est riche à un double titre. Il pose le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, consacré dans des textes de nature différente, et que le jury a violé (A). Mais, avant de parvenir à cette solution, le Conseil d'Etat du Sénégal a dû, s'interroger sur l'existence de certaines discriminations admises, et qui sont de nature à amoindrir le principe d'égalité. Cette possibilité enfermée dans des conditions précises donne en conséquence une portée relative au principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public (B).

A - Un principe violé par le jury

Le jury a procédé manifestement à une mauvaise appréciation des faits de l'espèce, ce qui a conduit à la remise en cause d'un principe garanti par les textes : celui de l'égalité dans l'accès aux emplois publics. Mais, le juge n'a pas réellement déterminé la place de ce principe dans la hiérarchie normative.

1° - *La mauvaise appréciation du jury*

S'il revient au juge, selon la formule usuelle, "de vérifier si les faits tels qu'ils existent présentent toutes les caractéristiques justifiant, la décision prise" ; cette opération a abouti à la disqualification de l'appréciation du jury.

L'arrêté n° 5558 du 15 juin 1995 portant création du Projet des Volontaires de l'Education et fixant les conditions de sélection, de formation et de prise en charge des volontaires de l'Education de base détermine les attributions jury. Ainsi, le jury du concours, présidé par l'inspecteur départemental de l'éducation nationale est chargé "d'assurer l'organisation du test, de proclamer les résultats et de procéder à l'entretien de confirmation" (article 9 et 10).

Le jury est un organisme collégial dont le rôle est d'apprécier la valeur des candidats. Il se prononce en toute impartialité et de manière souveraine¹⁹. Les pouvoirs du jury sont ceux de tout jury classique, mais l'article 12 de l'arrêté, dont le non-respect est allégué par l'association requérante, précise en outre " (qu'en) cas d'infirmité notoire, incompatible avec la fonction d'enseignant, le candidat est éliminé et remplacé par le suivant immédiat sur la liste d'attente ". C'est en se fondant sur cette disposition d'apparence anodine, que le jury a estimé que le sieur Fadiya qui a souffert de poliomyélite, qui boite et qui utilise en même temps des béquilles pour faciliter ses déplacements souffre d'une infirmité avérée incompatible avec la fonction d'enseignant. Le pouvoir du jury est de ce fait subordonné à l'existence d'une infirmité manifeste susceptible de justifier l'élimination du candidat.

Mais le juge ne s'est pas contenté de l'appréciation du jury. Il est allé au-delà, en vérifiant si l'état du sieur Fadiya justifiait son exclusion, c'est à dire si le handicap du sieur Fadiya était de nature à justifier la décision de l'administration ?

¹⁹ Sur cette question, on peut lire avec intérêt, J. Laveissière, Les mal notés et le juge. Réflexions sur le pouvoir de notation à propos d'une jurisprudence récente, *AJDA* 1981, p. 120.

Le Conseil d'Etat dans le cadre de l'affaire ANHMS avait décidé de refaire toute la démarche intellectuelle du jury, par rapport à l'appréciation de la compatibilité de l'infirmité du sieur Fadiya avec la fonction d'enseignant. Cette opération de requalification est subjective et touche à certains principes garantis par la Constitution. En effet, le juge ne s'est pas borné à dire si les faits étaient de nature à justifier l'exclusion du sieur Fadiya, mais il a aussi déterminé de manière précise si le jury a pris la décision qu'il fallait en vérifiant l'adéquation de la décision par rapport aux faits qui le justifient.

En vérifiant si les faits tels qu'ils existent présentent toutes les caractéristiques justifiant la sanction, il opère un contrôle de la qualification juridique des faits. Le résultat auquel cette analyse a abouti a permis de préciser que l'appréciation à laquelle le jury s'était livrée est erronée. En effet, la décision du jury repose sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier légalement l'élimination du sieur Fadiya selon le juge.

Mieux, le contrôle de la qualification juridique des faits permet de substituer l'appréciation du juge à celle du jury. Le caractère manifeste de l'infirmité ne pouvant autoriser l'élimination que si une seconde condition est remplie, celle de son incompatibilité avec la fonction de volontaire. L'appréciation à laquelle le jury s'est livrée pour déterminer cette seconde condition n'étant pas du tout convaincante. Mais, il n'est pas inutile de préciser que “ le juge de l'excès de pouvoir ne discute point du diagnostic porté sur l'infirmité, (et) se contente de dire si celle-ci entre dans la catégorie juridique des infirmités incompatibles avec les emplois publics visés ”²⁰. Cette confusion dans le jugement conduit manifestement à la violation du principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, dont le fondement mérite d'être précisé.

2°- *Le fondement du principe*

Le concours par rapport aux autres modes de recrutement a un avantage immense, c'est qu'il assure incontestablement le respect du principe d'égalité. Dans l'affaire de l'ANHMS, l'association requérante “ invoque la violation de l'égal accès des citoyens à un emploi public”. La violation de ce principe, d'essence fondamentalement politique, par le jury n'étant nullement une simple allégation non fondée dans cette affaire, contrairement à ce que le juge avait affirmé dans d'autres décisions²¹.

²⁰ S. Kistaki, L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, Paris, LGDJ, 1991, pp. 40-41.

²¹ Dans plusieurs affaires, le juge a refusé de sanctionner l'atteinte au principe d'égalité en se fondant sur l'insuffisance des éléments d'appréciation qui lui étaient soumis : CS 23 mars 1966, Samba NDoucoumane Gueye contre Etat du Sénégal : absence de violation du principe d'égalité devant la loi, *Revue de la Législation et de la Jurisprudence*, 1966, 7ème vol., p. 94 ; CS 23 novembre 1966, Abdel Kader NDiaye *GDJAS*, p. 283 et 306 ; CS 23 novembre 1966, Oumar Diallo contre Etat du Sénégal : le juge précise que “ attendu que (le requérant) ne donne aucune précision permettant à la Cour suprême... de vérifier que le principe qu'il invoque a été violé (égalité des citoyens devant la loi), dès lors ne peut être utilement invoqué ”, *GDJAS*, p. 299 ; CS 29 juillet 1981, Magatte Thiam contre Etat du Sénégal, *GDJAS*, ... op. cit. pp. 562-565 ; CS 1er juin 1985, Babacar Seck et autres (non publié). Dans l'affaire du Conseil d'Etat du Sénégal du 29 novembre 1995, Fatimata Bintou Diallo contre Université Cheikh Anta Diop de Dakar, le juge a refusé de retenir la violation du principe d'égalité des citoyens devant la loi car, “ la requérante se borne à faire de simples affirmations sans pour autant apporter la preuve de ses allégations ”, (arrêt non publié). Dans l'affaire Mado Macalou Cissé et autres, du 24 février 1999, le Conseil d'Etat du Sénégal a affirmé,

Mais, au préalable, la définition de ce principe républicain²², qui se ressource dans l'équité²³, s'impose.

Le principe d'égalité, largement expliqué dans la théorie juridique²⁴, signifie naturellement " que les personnes se trouvant dans une situation identique ont droit à un traitement identique " ²⁵. Le principe d'égalité a pour corollaire, celui de non-discrimination étant donné que, c'est l'absence de discrimination pour quelque motif que ce soit, qui conduit à l'égalité. Il est vrai qu'il existe de difficultés d'ordre conceptuel qui s'attachent au terme de discrimination²⁶.

Le principe d'égalité trouve différentes applications²⁷. Dans l'affaire de l'ANHMS, le requérant s'y est référé. La violation du principe d'égalité est l'argument qui a emporté la conviction du juge. Il s'agit plus précisément de l'égalité dans l'accès à un emploi public, que le juge constitutionnel n'a pas manqué de consacrer en France²⁸. Par ce principe, il est permis à tout individu d'avoir " un droit égal à occuper un emploi public dès l'instant qu'il satisfait aux conditions exigées par la législation " ²⁹.

à juste raison, qu'il n'y a nullement de rupture de principe d'égalité des candidats à un concours, si une épreuve est " proposée à des candidats appartenant au même corps de fonctionnaire et à la même hiérarchie administrative ", (non publié).

²² M.H. Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 4ème éd. 1984, pp. 199-313.

²³ T. Lambert et autres, *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, 146 p.

²⁴ Voir notamment, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 189-190 ; G. Pelissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, Coll. Systèmes, 1996, 144 p.

²⁵ A. Van Lang et autres, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 2ème éd. 1999, p. 120.

²⁶ D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination*, *DS* 1987, p. 778.

²⁷ Sur les différentes applications du principe d'égalité, voir J. Puisoye, *Les divers aspects du principe d'égalité dans la fonction publique*, *AJDA* 1961, p. 413 ; A. Wemer, *Le précédent administratif, source de la légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité*, *AJDA* 1987, p. 435 ; G. Braibant, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, in *Conseil constitutionnel, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris, PUF, 1989, p. 101. En effet, les principes qui procèdent de l'égalité sont les plus nombreux : Principe d'égalité devant les charges publiques (CE 30 novembre 1923, Couitéas, Rec. p. 789 ; CE Ass. 14 janvier 1938, Sté Anonyme des produits la Fleurette, Rec. p. 25 ; CE, Ass. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie, Rec. p. 74, *AJDA* 1958, p. 2 ; CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won, *AJDA* 1982, p. 440) ; P. Dévolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, 467 p, principe de l'égalité devant l'impôt (CE Ass. 22 février 1974, Association des maires de France, Rec. p. 136). Le principe d'égalité fiscale (CE 5 mai 1922, Fontan, Rec. p. 386. 23 novembre 1936, Abdoulhoussen, Rec. p. 1015); le principe de l'égalité des citoyens devant la justice (CE Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, Rec. p. 371 ; CE Ass. 30 juin 1995, Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Rec. p. 279, *AJDA* 1995, p. 688, Chr. Stahl et Chauvaux, *RFDA* 1995, p. 1245), le principe d'égalité des usagers dans le fonctionnement du service public (CE 1er juillet 1936, Veyre, Rec. p. 713 ; CE. Ass. 1er avril 1938, Sté de l'alcool dénaturé de Coubert, Rec. p. 337 ; CE Ass. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. p. 151 ; CE. 28 juin 1996, Groupement français de l'hélicoptère, *LPA*, n° 25, 26 février 1997, pp. 22-23 ; CE 28 juin 1996, idem, p. 23), principe de l'égalité des usagers du domaine public (CE, 2 novembre 1956, Biberon, Rec. p. 403, concl. Mosset), principe d'égalité des citoyens devant le suffrage (Ch. Geslot, *Chronique de jurisprudence. Le contrôle du Conseil d'Etat relatif au découpage des cantons le principe d'égalité des citoyens devant le suffrage* "CE 13 novembre 1998, Commune d'Amoy et autres M. le Déaut et autres ; M. Amalric ; Commune de Saint-Louis et Département de la Réunion) (4 espèces) et CE, sec. 6 janvier 1999, M. Lavaurs, *RDP* 1999, pp. 1515-1543", principe d'égalité entre les candidats au concours (CE Ass., 29 décembre 1978, Association générale des attachés d'administration, Rec. p. 535).

²⁸ Voir, V-Fabre-Alibert, *Le principe d'égal accès des citoyens aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle*, *RDP* 1992, p. 425 ; F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel...* op.cit. , pp. 241-294.

²⁹ M. Rousset et autres, *Droit administratif marocain*, Rabat, Imprimerie Royale, coll. Edification d'un Etat moderne, 5ème éd. 1992, p. 287.

Le requérant dans son argumentation estime qu'il y a une violation de ce principe qui est consacré par la Constitution d'une part et certains traités internationaux d'autre part³⁰.

Ainsi, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789³¹, dont l'intégration dans le bloc de la constitutionnalité ne fait plus aucun doute³², fait référence au principe d'égalité. L'article 6 de ce texte dispose "...tous les citoyens étant égaux à ses yeux (loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents". La mise en œuvre du principe d'égalité dans le domaine de l'emploi est assurée expressément par cette disposition constitutionnelle. Cette dernière impose qu'il ne soit tenu compte dans le recrutement que de la capacité, des vertus et du talent. Elle est renforcée par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948³³ en son préambule, articles premier, 2 et 21 notamment³⁴. Ces deux textes étaient visés par la Constitution du 7 mars 1963, de même que par la nouvelle Constitution. Le principe d'égalité trouve un fondement constitutionnel à travers ces différents textes³⁵.

³⁰ A propos du rapport entre ces deux sources du droit, voir I. Diaité, Les Constitutions africaines et le droit international, *Annales Africaines* 1971-1972, pp. 33-51 ; A. Sall, Le droit international dans les nouvelles Constitutions africaines, *RJPIC* n° 3, septembre-décembre, 1997, p. 341.

³¹ Ch de la Mardière, Retour sur la valeur juridique de la déclaration de 1789, *RFDC*, n° 38, août 1999, pp. 227-255. Il faut préciser qu'il y a une sorte d'hypocrisie de la part des rédacteurs de ce texte qui tout en mettant l'égalité et la liberté sur le même pied d'égalité n'en tirent pas des conséquences identiques. L'égalité n'étant pas considérée au même titre que la liberté comme un droit naturel et imprescriptible de l'Homme. Voir aussi, pour l'analyse de certaines dispositions de la Déclaration, La revue de théorie juridique, *Droits* n° 8, 1988 consacré à ladite Déclaration ; G. Conac, M. Debène et G. Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, 365 et Ch. Debbasch et autres, *Constitution de la Vème République, Texte-Jurisprudence-Pratique*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 3-4 ; 12-23.

³² En France, c'est depuis la décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC, Liberté d'association du 16 juillet 1971 que le préambule est considéré comme faisant partie intégrante de la Constitution (*RDP* 1971, p. 117, commentaire J. Robert). Le Conseil constitutionnel du Sénégal, dans la Décision n° 11/1993 dans le cadre d'une affaire relative à l'exception d'inconstitutionnalité a considéré implicitement le préambule comme faisant partie intégrante de la Constitution et dans la Décision n° 12/1993 du 16 décembre 1993 relative à l'interprétation du traité sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a considéré explicitement le préambule comme faisant partie intégrante de la Constitution (Décisions publiées dans *Jurisen*, La *Constitution de la République du Sénégal et les avis et décisions du Conseil constitutionnel*, Dakar, éd. Jurisen, 1994, pp. 47-52). Par ailleurs, cette position a été confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat du Sénégal dans l'affaire Prosper Guéna Nitchen, précitée. Dans la Constitution adoptée le 7 janvier 2001, il est précisé dans le préambule que le préambule fait partie intégrante de la Constitution.

³³ Dans l'affaire de la CS du 1er juin 1988, Souhel Filfil, le requérant avait soulevé la violation de la Déclaration universelle des Droits de l'homme et le juge précise " attendu que le requérant soutient que l'arrêté d'expulsion viole... la déclaration universelle des droits de l'homme à laquelle fait référence la Constitution du Sénégal. " (non publiée).

³⁴ Le Préambule précise en son premier paragraphe " Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ", l'article premier dispose " Tous les êtres humains naissent libres et égaux en droits. Ils sont doués de raison et de conscience... ", l'article 2 précise " Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune... " et l'article 21 est plus explicite en précisant que " Tout citoyen a le droit et la possibilité ... d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ".

³⁵ La Constitution de la Côte d'Ivoire du premier août 2000 est plus explicite, car en son article 17 alinéa 2, elle dispose " L'accès aux emplois publics ou privés est égal pour tous ", *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* du 3 août 2000, p. 530. Sur le principe d'égalité dans certains pays, Voir E. Picard, *Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone*, Bruxelles, IDEF, pp. 294-419. B. Ray, Le droit des travailleurs handicapés en France et aux Etats-Unis. Un accès différent au monde du travail, *RRJ*, n° 4, vol. 25, 2000, pp. 1613-1652.

La Constitution de la 3^{ème} République du Sénégal, adoptée par référendum le 7 janvier 2001 et promulguée le 22 janvier³⁶, est allée plus loin³⁷. Elle affirme solennellement l'attachement “ aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989³⁸ et la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 ”.

En se référant aux instruments internationaux, la nouvelle Constitution intègre aussi bien les sources formelles que les sources matérielles du droit international. Cette conception large des sources du droit international est de nature à mieux prendre en compte certaines normes, telles que les actes de certaines instances internationales susceptibles de consacrer le principe d'égalité³⁹.

Parmi les textes visés explicitement par la nouvelle Constitution, certains se rapportent aux droits des handicapés. C'est le cas de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples qui consacre des droits fondamentaux, en portant une attention particulière aux droits des handicapés. Cette convention interdit toute forme de discrimination et c'est ainsi que l'article 31 stipule “ Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi ” et l'article 18.4 concrétise cette prescription concernant notamment les handicapés en stipulant : “ Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux ”.

Des conventions relatives aux personnes handicapées ont été adoptées sous l'égide de certaines organisations internationales. L'Organisation Internationale du Travail (OIT) a joué à cet égard un rôle très important en permettant l'adoption de plusieurs conventions⁴⁰. Ainsi, la convention n°111 de l'OIT est relative à la discrimination en

³⁶ Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant Constitution, JO n° spécial du 22 janvier 2001, pp. 27-42.

³⁷ C'est aussi le cas de plusieurs Constitutions africaines datant des années 1990. On peut citer la Constitution du Cameroun du 2 juin 1972, révisée par la loi n° 96-06 du 18 janvier 1996, qui dans son préambule “ Affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration Universelle, la Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées.. ”, Voir *Lex Lata*, Spécial Constitution, Bulletin bimensuel d'annonces légales, de chronique juridique et d'affaires du Cameroun, no 23-24 février-mars 1996, p. 3.

³⁸ Publiée dans le *Journal Officiel* du 11 août 1990, pp. 378-386. Cette convention garantit en son article 23, les droits des personnes handicapées.

³⁹ C'est ainsi que l'Organisation des Nations Unies a adopté le 20 décembre 1993 des “ Règles standards pour l'égalisation des chances des personnes handicapées et la réadaptation à la base communautaire ”. La règle 17 relative à l'emploi précise que “ les Etats devraient connaître le principe selon lequel les handicapées doivent avoir la possibilité d'exercer leurs droits fondamentaux, en particulier dans le domaine de l'emploi ”. Texte publié dans la revue *Handicaps et société*, n° 36, novembre 1998, pp. 3 -4 1.

⁴⁰ Le Sénégal a ratifié au moins trois de ces conventions :

-La convention n° 111 relative à la discrimination en matière (emploi et profession) adoptée par la conférence générale de l'OIT en sa 42^{ème} séance à Genève en 1958.

- La convention n° 116 portant révision de certains articles en 1961.

- La convention n° 117 sur la politique sociale (objectifs et normes de base) adoptée à Genève en 1962.

matière d'emploi et de profession⁴¹. La discrimination y est définie comme “ toute distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs... ”.

De manière plus générale, le Pacte International relatif aux droits civils et Politiques du 19 décembre 1966 précise que “ tout citoyen a le droit et la possibilité... d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ”.

Pour l'association requérante, toutes ces normes contenues dans des instruments différents ont été violées⁴². Le Conseil eu égard à tous ces arguments a sanctionné l'atteinte au non-respect du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public.

S'il est certain que le raisonnement du juge redonne au principe d'égalité un aspect concret, il ne semble pas le rattacher à une source précise.

3°- Le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public et la hiérarchie des normes

La question qui se pose à ce niveau est la suivante : le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public résulte-t-il de la découverte du juge et peut-il en tant que principe général du droit, avoir une valeur infra-législative et supra-décree⁴³, ou bien s'agit-il d'un principe qui a une valeur hautement constitutionnelle ? Car, on peut affirmer sans risque majeur que « la hiérarchie des normes constitue sans doute la question fondamentale de la science juridique »⁴⁴.

Dans l'affaire de l'ANHMS, le juge a sanctionné l'appréciation du jury qui a estimé que l'infirmité dont le sieur Fadiya est atteint, n'est pas incompatible avec la fonction d'enseignant. Il n'a pas jugé nécessaire d'ajouter que le jury a violé des textes ayant un statut constitutionnel ou qu'il s'agit plutôt de la violation de principes généraux du droit.

En France, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à considérer ce principe comme ayant une valeur constitutionnelle⁴⁵, sans passer par le détour jurisprudentiel. En effet, les

⁴¹ Loi n° 64-13 du 24 janvier 1964 autorisant le Président de la République à ratifier la convention, *JO* du 19 mars 1964, p. 370 et décret no 68-817 du 19 juillet 1968 ordonnant la publication de ladite convention, *JO* du 3 août 1968, pp. 951-952.

⁴² On peut à titre comparatif mentionner pour la Tunisie, la loi n° 81-46 du 29 mai 1981 relative à la promotion des handicapés, modifiée. L'article 13 de cette loi dispose “ le handicap ne saurait être un empêchement pour l'accès d'un citoyen à un emploi dans le secteur public ou privé s'il a les aptitudes nécessaires pour l'exercice ” (*Journal Officiel de la République de Tunisie* du 2-5 juin 1981, p. 11). Pour plus de développements sur cette question, N.B. Karaoui, *Les droits des handicapés en Tunisie*, Tunis, 1998, 105 p.

⁴³ Cette thèse a été développée essentiellement par le Professeur René Chapus, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif, *D.* 1966, chr. XX, pp. 99-106.

⁴⁴ D. Bechillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Paris, *Economica*, 1996, p. 3.

⁴⁵ CE, 2 mars 1988, J.F. Blet et F. Sabiani, *DA*, 1988, n° 250; CE Ass. 16 décembre 1988, Bléton, *AJDA* 1989, p. 102 ; CE Ass. 21 décembre 1990, Amicale des anciens élèves de l'ENS de St-Cloud et autres et association des anciens élèves de l'ENA, *RFDA*, 1991, p. 214 ; *RA* 1991, p. 34. Auparavant, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 1959, Syndicat Général des ingénieurs-Conseils (GAJA, 11ème éd. 1996, p. 560), le Commissaire du Gouvernement Fournier avait dégagé une distinction entre les principes généraux du droit ayant une valeur constitutionnelle et ceux ayant valeur de principes d'interprétation que le juge n'hésite pas à considérer comme des règles, tel que le principe selon lequel, on ne peut être juge et partie. Pour la défense de la thèse de la valeur constitutionnelle du principe

principes généraux du droit⁴⁶ peuvent changer de catégorie sans changer de contenu⁴⁷. Pendant des années, le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public a été considéré comme applicable sans texte, c'est à dire “ un principe général du droit... et (prenant) place pour cette raison au faite de la hiérarchie des normes juridiques, parmi les sources non écrites de la légalité administrative ”⁴⁸. Le principe d'égalité, au même titre que la plupart des autres principes, a été construit “ pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens ”⁴⁹. La constitutionnalisation du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public permet d'assurer une protection supplémentaire aux personnes handicapées.

Par ailleurs, même si le sort de certains instruments est incertain, cette attitude n'est pas de nature à porter préjudice aux principes qu'elle contient. Il appartient à la jurisprudence de suppléer au défaut de clarification politique.

Le juge a tenu à préciser aussi, que le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, peut néanmoins subir des érosions. Une considération extrême, l'intérêt général justifie cette relativisation.

B - Les restrictions instituées dans un souci d'intérêt général

Dans le 5^{ème} considérant de l'arrêt, le juge pose le principe de la légalité de dérogations marginales au principe d'égalité. En effet, “ l'autorité administrative peut sans méconnaître le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, instituer dans un souci d'intérêt général, certaines restrictions... ”. Le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public n'a pas de portée absolue.

A l'analyse de l'arrêté n° 00558 du 15 juin 1995 créant le projet de volontaires de l'Education nationale, il apparaît que certaines restrictions aux conditions d'accès sont imposées, eu égard à la difficulté de la tâche. L'enseignement est avant tout un sacerdoce, il est naturel que les personnes voulant exercer cette fonction remplissent en particulier

d'égalité, voir G. Braibant, L'arrêt Syndicat Général des ingénieurs Conseils et la théorie des principes généraux du droit *EDCE* 1962, pp. 67-71, G. Braibant, *Le Droit Administratif français*, Paris, FNSP et Dalloz, 3^{ème} éd. 1992, pp. 212-216.

⁴⁶ Selon la formule heureuse du Doyen Vedel, “ les principes généraux du droit sont dans une certaine mesure l'œuvre du juge qui les dégage de la gangue du milieu juridique ; ils ne sont pas une œuvre arbitraire car ils sont extraits du droit positif existant à un moment donné ”, note sous CE Ass. 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, *JCP* 1952.11.7138.

⁴⁷ “ Le principe d'égalité est considéré comme un principe général de droit par le juge administratif et comme un principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel ”, J. Meunier, “ Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative ”. *Eléments de cartographie*, in *Mélanges R. Goy, Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme*, Rouen, Presses Universitaires de Rouen, 1998, p. 198 ; Voir aussi, G. Moreau, Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, *RDP*, 1977, p. 761.

⁴⁸ J. -M. Breton, *Droit de la fonction publique des Etats d'Afrique francophone*, Paris, Edicef/Aupelf, Coll. Universités francophones, 1990, p. 80.

⁴⁹ T. Bouffandeau, Discours pour le cent-cinquantième du Conseil d'Etat, juin 1950, Cité dans le rapport public du Conseil d'Etat de 1996, *EDCE* 1997, p. 27 ;

certaines conditions d'aptitude intellectuelle pouvant être notamment renforcées par des aptitudes physiques déterminées.

En outre, les volontaires travaillent dans des conditions très difficiles, car ils sont appelés à enseigner avec des moyens parfois rudimentaires. Une personne frappée d'une infirmité avérée ou notoire pouvant difficilement exercer dans certaines conditions, comme le précise l'arrêté, il appartient à l'autorité administrative de vérifier sous le contrôle du juge, si toutes ces conditions sont remplies. Le juge s'est livré à cette opération.

C'est ainsi que le contrôle exercé par le juge peut l'amener à admettre certaines discriminations, car le contentieux de la légalité des actes admet une relativisation du principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public dans certains cas⁵⁰. Tel se présente ce principe dans toute son ambiguïté⁵¹. Par ailleurs, comme l'a précisé le Conseil d'Etat français dans son rapport public de 1996, la réalité sociale étant différente, il serait à la limite absurde “ d'imaginer des lois et règlements s'imposant de manière uniforme à tous les acteurs et à toutes les situations ”⁵².

Dans une affaire du Conseil d'Etat français du 12 novembre 1965, Sieur Davéo, le juge avait estimé légale une décision de mise en disponibilité d'un praticien, car, “ eu égard à la nature des fonctions de chef de service de maternité... le fait d'être amputé de l'avant bras constituait pour lui, une incapacité professionnelle faisant obstacle à l'exercice desdites fonctions... ”⁵³. Dans ce cas précis, le respect du principe d'égalité entre les médecins ne s'impose pas de manière absolue et les restrictions résultant notamment de la mise en disponibilité de certains d'entre eux se justifient. L'intérêt général vient concurrencer sans mettre en échec le principe d'égalité.

C'est ainsi que dans l'affaire de l'ANHMS, le juge tout en admettant ces restrictions, précise qu'elles ne sont admises que “ dans un souci d'intérêt général... au regard de l'objectif visé par la réglementation...”. La référence à l'intérêt général donnant une finalité

⁵⁰ On peut citer le cas des emplois à la discrétion du Président de la République. Par exemple, la nomination à la fonction d'ambassadeur ou la fin d'exercice de ladite fonction relève du pouvoir discrétionnaire du Président de la République. Ce qui peut amener ce dernier à ne pas tenir compte dans ce cas du principe d'égalité, voir CS 4 mai 1976, Amadou Lamine Diallo, *Penant* 1978, p. 354.

⁵¹ M. Waline, Paradoxe sur l'égalité devant la loi, *D.* 1949, Chr VI, p. 25-28.

⁵² *EDCE* n° 48, p. 25.

⁵³ *Rec.* p. 611. voir aussi, CE 21 novembre 1962, République malgache contre Mme Rasafindranalay, *Rec.* p. 618 : annulation du refus à une catégorie d'agents publics de bénéficier d'un congé en raison de leur origine ethnique ; TA de Bordeaux, 14 juin 1988, El Rhazouain, *Rec.* p. 618, : annulation d'un acte interdisant l'accès de l'école publique aux étrangers, CE 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, le professeur Waline précise que “l'égalité consistant ... à traiter inégalement les situations inégales, l'égalité apparente peut être sacrifiée au profit d'une égalité réelle, lorsque les avantages particuliers accordés à certains usagers se justifient, soit par des situations de fait différentes, soit par des contreparties différentes”, *Rec.* p. 274, *AJDA* 1974, p. 298, M. Franck et M. Boyon, *D.* 1975, p. 393, note Tedeschi ; *RA* 1974, p. 440, note F. Moderne ; *RDP* 1975, p. 467, note Waline. Dans l'affaire du CE, Ass. du 5 décembre 1997, le juge a aussi précisé qu'il y a une absence de rupture d'égalité entre agents publics, s'ils sont dans une situation différente. En effet, “ Considérant que les militaires mariés et rémunérés en solde mensuelle et percevant par suite tous deux l'indemnité pour charges militaires, se trouvent au regard de la législation en cause, dans une situation différente des militaires mariés à un civil ou à un militaire non rémunéré en solde mensuelle, lesquels ne peuvent bénéficier de ladite indemnité, que par suite, le moyen tiré de l'inégalité de traitement entre agents publics n'est pas fondé”. Dans l'affaire du 16 octobre 1991, Préfet de Police de Paris contre Manno, le CE a considéré comme légale la décision d'un Préfet de Police estimant incompatible une scoliose avec l'exercice de fonctions relevant des services actifs de la police (Requête n° 105116).

aux infléchissements que peut subir le principe d'égalité. Cette préoccupation est rappelée notamment par le 5^{ème} considérant de l'arrêt. L'administration ne pouvant pas, en principe, se fonder sur des formules vagues, telles que “ les nécessité de service ”, notamment pour justifier ces restrictions.

Cependant, des personnes qui sont dans une situation différente⁵⁴, nonobstant l'identité statutaire, peuvent faire l'objet de mesures distinctes. L'égalité ne se confond nullement avec l'uniformité, des situations différentes doivent être traitées différemment. C'est ce que le Rivero appelle, à juste raison, “ l'égalité par la différenciation ”⁵⁵.

L'intérêt général, notion clé du droit administratif⁵⁶, irrigue toute cette discipline et justifie en particulier l'intervention des autorités publiques. Cet intérêt public dont le Conseil du Sénégal se prévaut est souvent invoqué par la jurisprudence⁵⁷. La régularité de toute décision est soumise à cette exigence légitime minimum, car “ l'administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général ”⁵⁸ dans chacune de ses interventions.

Mais, l'intérêt général est souvent invoqué abusivement pour infléchir le principe d'égalité, en raison de l'incertitude de ce concept. Le contenu de l'intérêt général, tel qu'il ressort du raisonnement du juge dans notre affaire, n'est pas aisé à déterminer en raison du caractère évanescent de ses contours. En effet, “ l'intérêt général est une notion relativement floue ”⁵⁹. Elle relèverait plutôt d'une catégorie fonctionnelle⁶⁰ dans la mesure où “ le juge peut à son gré... (faire) entrer telle situation juridique à laquelle il, souhaite faire produire telle conséquence juridique ”⁶¹. Par conséquent, il n'y a pas d'intérêt général en soi, la notion est assez contingente.

L'intérêt général autorise l'administration à traiter différemment des administrés ne se trouvant pas dans une situation identique. C'est ainsi que dans l'affaire du Conseil d'Etat du Sénégal du 31 août 1994, Prosper Guéna Nitchen et autres contre Université Cheikh Anta Diop de Dakar, relative à l'augmentation du droit d'inscription des étudiants étrangers, le juge a précisé qu'une “tarification différenciée fondée sur l'intérêt général et sur la situation objective des requérants ”⁶² est tout à fait possible. La différence de

⁵⁴ CE, 27 janvier 1970, Said Ali Tourqui et autres, *Rec.* p. 138 : “ Le principe d'égalité devant le service public ne s'oppose pas à ce que des dispositions différentes soient appliquées à des personnes qui se trouvent dans des situations différentes ”.

⁵⁵ J. Rivero, Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français. Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international. *Travaux de l'Association Henry Capitant*, T. XIV, Paris, Dalloz 1965, p. 350.

⁵⁶ Voir contribution sur l'intérêt général, Rapport public du CE, 1999, Paris, Documentation française, 449 p.

⁵⁷ CE 22 janvier 1901, *Rec.* p.44.

⁵⁸ G. Pelissier, Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir, Thèse pour le Doctorat d'Université Paris I, 1995, p. 101.

⁵⁹ D. Truchet, *La fonction de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977, p. 22. Voir aussi, J. Carbajo, Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public, *AJDA* 1981, pp. 177-181.

⁶⁰ Pour certains, l'intérêt général “ est plus politique que juridique, ce qui explique que le juge en fasse usage avec une certaine distance tout en reconnaissant sa nécessité... ”, *EDCE* n° 48, p. 44.

⁶¹ D. Loschak, Le rôle politique du juge administratif français, Paris, LGDJ, 1972, p. 28.

⁶² Conseil d'Etat, *Bulletin des arrêts*, n° 1, op. cit. p. 83.

situation doit être seulement une limite à l'application du principe d'égalité sans le dénaturer. Mais le raisonnement du juge est discutable. Pour deux raisons au moins :

- la première est relative à l'invocation du motif d'intérêt général qui renvoie à la poursuite d'un but légitime. A la limite, le juge aurait pu invoquer un motif d'intérêt général convaincant⁶³. En effet, en fondant la distinction objective, sur le fait apparemment d'être étranger, il y a déjà l'introduction d'une discrimination. Par ailleurs, on peut se demander s'il n'est pas souhaitable que les limitations au principe d'égalité soient uniquement du ressort du législateur⁶⁴.

- la deuxième trouve son fondement dans une décision d'une juridiction régionale. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a, dans l'une de ses affaires, précisé que la différence de tarification ne peut être légale que si elle est fondée aussi bien sur “ son caractère objectif (que) raisonnable ”⁶⁵. Le caractère raisonnable de l'augmentation des droits d'inscription n'est apparemment pas respecté⁶⁶.

- Par conséquent, toutes les conditions justifiant une discrimination légale ne sont pas remplies⁶⁷.

Dans l'affaire de l'ANHMS, le Conseil d'Etat estime que les restrictions imposantes des sujétions doivent être non seulement nécessaires, mais acceptables aussi. Ce qui renvoie dans cette dernière hypothèse à la nécessité de leur caractère raisonnable.

On peut même aller plus loin, car la différence de situation justifie certaines discriminations considérées comme positives et qui ont pour objet la réduction des inégalités. En effet, “ le principe d'égal accès s'accommode de certaines discriminations compensatrices, qui ont pour but de remédier aux effets de certains handicaps de santé ou sociaux ”⁶⁸. C'est ainsi que la discrimination positive, dont l'utilisation est courante⁶⁹, “

⁶³ C'est suite à certaines critiques de la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg que ces insuffisances dans la législation française ont notamment été mises en évidence ; Voir M. Sousse, le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français, *AJDA* 1999, p. 987.

⁶⁴ En France, le Conseil constitutionnel a précisé qu'il ne peut être dérogé au principe d'égalité que “ pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier ”, CC. Déc. n°86-207 DC des 25-26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Sirey, 7ème éd. pp. 655-678.

⁶⁵ CEDH, 21 février 1986, James et autres, Série A, n° 98, par. 75 ; voir aussi, M. Sousse, le principe de non discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français... op. cit. p. 986. La Cour avait admis, quelques années plutôt dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, que “ l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention ”, arrêt du 23 juillet 1968, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1968, p. 833. En droit allemand, on admet notamment une discrimination si elle est fondée “ sur des raisons particulièrement justificatives ”, O. Jouanjan, L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, *EDCE* n° 48, p. 428.

⁶⁶ Les droits d'inscription des étrangers s'élevaient à 50.000 frs CFA et l'Assemblée de l'Université, dans une séance du 2 octobre 1998, a multiplié ces droits d'inscription par trois, alors que les nationaux continuaient à payer 4800 frs CFA. (1 EURO = 657 FRs CFA).

⁶⁷ La différence de tarification doit être fondée d'abord sur une situation objective, ensuite elle doit être en rapport avec l'objet ou le but de la loi ou du règlement qui l'établit(CE 31 octobre 1990, Union des Chambres Syndicales de l'Industrie du Pétrole, *Rec.* p. 304) et enfin elle doit être suffisamment nette pour justifier une différence de traitement. Pour plus de développements sur la question ; Voir Rapport du Conseil d'Etat 1996, op. cit. p. 428.

⁶⁸ J-M. Auby, Agents publics, in *Jurisclasseur de Droit Administratif*, Fonction publique, fascicule 18 1, vol. 2, 1990, p. 5. Voir aussi, R. Erg, “ Les inégalités compensatrices ”, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté*

visé à protéger une catégorie précise de personnes de manière provisoire ou permanente mais pour des raisons objectives... en prenant en compte la situation de faiblesse de certaines personnes... »⁷⁰. Les discriminations positives pouvant notamment favoriser l'accès des handicapés aux emplois publics⁷¹. L'inégalité de droit compensant ainsi l'inégalité de fait.

D'ailleurs, cette préoccupation légitime trouve un ancrage constitutionnel, dans la mesure où le Sénégal est une « République..sociale ». Ainsi, l'égalité « par la loi » dont le contenu est matériel vient renforcer l'égalité « dans la loi »⁷² qui est plutôt formelle.

Au Sénégal, si la loi n° 61-33 du 15 juin 1961, portant statut général de la fonction publique, semble ignorer pour le moment, la catégorie des emplois réservés⁷³, l'arrêt attire l'attention implicitement sur l'urgence qu'il y aurait à mettre en œuvre des mesures concernant certaines catégories sociales. C'est ainsi que l'article 25 *in fine* de la Constitution dispose : « Des lois particulières fixent les conditions d'assistance et de protection que l'Etat et l'entreprise accordent aux travailleurs ». Cette disposition pouvant justifier l'utilisation de la technique des emplois réservés.

Il apparaît ainsi que les limitations au principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics malgré leur nécessité, doivent être circonscrites de manière précise. C'est ce que le juge a tenu à expliquer.

Mais, à travers l'arrêt, est précisé en même temps, l'étendue des pouvoirs du juge sur les actes de l'administration, sans remettre en cause, ses prérogatives les plus importantes.

II - L'EXTENSION DU CONTROLE JURIDICTIONNEL SUR LES ACTES DES JURYS DE CONCOURS

francophone, Colloque international 29, 30 septembre, 1er octobre 1993 à Port-Louis, Montréal, éd. AUPELF-UREF, 1994, pp. 87-92.

⁶⁹ Sur les incertitudes liées à la notion de discrimination positive, voir F. Mélin-Soucramanien, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, n° 5, septembre-octobre 1997, p. 910.

⁷⁰ A. Cissé, Les infortunes du principe constitutionnel d'égalité dans les rapports entre les personnes privées, *Revue de l'Association Sénégalaise de Droit Pénal*, n° 3-4, janvier-décembre 1996, p. 112.

⁷¹ Il faut néanmoins, à cet égard, préciser que la discrimination positive ne doit pas dépasser certaines limites. Ainsi, dans l'affaire Kalanke du 17 octobre 1995, la Cour de Justice des Communautés européennes a dit à propos d'une loi que «...lors du recrutement dans les services publics, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles ont été sous-représentées », a affirmé qu'une « réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances » (affaire 450/93).

⁷² F. Luchaire, Un janus constitutionnel : l'égalité, *RDP*, 1986, p. 1231. Voir aussi, P. Foriers, et Ch. Pelerman, *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 1971, p. 187 ; C. Leben, Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi, *RDP* 1982, p. 331.

⁷³ En France, voir la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, *JORF* du 12 juillet 1987, p. 7222, S. Salon, J.-C. Savignac, *Chronique générale de législation. Fonction publique d'Etat*, *AJDA* 1987, pp. 648-656. Mais cette notion d'emplois réservés est entendue de manière restrictive. Ainsi une instruction réservant des emplois dans certains établissements militaires à des personnes provenant d'établissements privés en difficulté a été annulée pour non respect du principe d'égalité, CE 14 février 1990, Fédération syndicaliste Force ouvrière de la défense, *AJDA* 1990, p. 650.

Par cette décision, le juge manifeste de manière non équivoque, l'extension de l'étendue de ses pouvoirs sur l'administration, plus précisément sur le jury d'un concours (A). Mais, cette décision comporte certains inconvénients qui méritent d'être analysés. Ces limites font ressortir les difficultés de la fonction contentieuse (B).

A - L'étendue des pouvoirs du juge

Dans cette affaire, l'audace du juge est perceptible à un double titre. Non seulement, il a exercé un contrôle sur le pouvoir discrétionnaire en approfondissant le contrôle qui n'est plus uniquement formel, mais il a aussi utilisé largement ses pouvoirs d'investigation.

1°- *Le contrôle approfondi du pouvoir discrétionnaire*

Dans un Etat de droit, il ne peut pas y avoir d'actes entièrement discrétionnaires. C'est ainsi que cette théorie a été abandonnée dès le début du XXème s.⁷⁴. Les progrès notables de l'Etat de droit ayant facilité sa disparition. Le pouvoir discrétionnaire, qui ne se confond nullement avec le pouvoir arbitraire, et dont l'importance n'est plus à démontrer en droit administratif⁷⁵, correspond à la marge d'appréciation, dont dispose l'administration (ici le jury) quand elle est amenée à prendre une décision. Le pouvoir discrétionnaire est justifié selon Hauriou, “ par l'impossibilité en face de laquelle se trouve le législateur... de prévoir la complexité des situations particulières et d'indiquer à l'administration, en chaque hypothèse, de quelle manière et à quel moment elle doit agir ”⁷⁶. L'indétermination de l'action précise qui doit être accomplie par l'administration caractérise ainsi le pouvoir discrétionnaire. Et c'est malheureusement souvent “ dans l'utilisation du pouvoir discrétionnaire que résident les risques d'arbitraires les plus évidents ”⁷⁷, justifiant ainsi le contrôle exercé par le juge⁷⁸. L'intervention du juge n'a nullement pour objet de paralyser l'action de l'administration, “ mais de s'assurer que tout en agissant dans le cadre de l'opportunité que la loi lui a fixé, elle respecte un minimum de règles ”⁷⁹.

Dans cette situation, le juge contrôle aussi bien les éléments de légalité externe que ceux touchant à la légalité interne. Dans le premier type de contrôle, le rôle du juge est essentiellement formel, alors qu'en contrôlant la légalité interne, le juge approfondit son contrôle.

⁷⁴ CE 31 janvier, 1902, Grazietti, S. 1903.3.113: annulation pour erreur de droit d'un décret du chef de l'Etat prononçant la dissolution d'un conseil municipal.

⁷⁵ Il suffit de rappeler M. Waline qui précise que “ s'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais, laissant de côté la partie purement descriptive d'institutions qui se rencontre dans cette branche du droit comme dans les autres, qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives... ” ; M. Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE 1956, p. 25.

⁷⁶ A. Hauriou, “ Le pouvoir discrétionnaire et sa justification ”, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 233-240.

⁷⁷ D. Lochak, *La justice administrative*, Paris, Monchrestien, Coll. Clefs Politique, 2ème éd. 1994, p. 113.

⁷⁸ C.J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, LGDJ ; S. Grévisse, *Rapport français cinquième colloque des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes des Etats Membres des communautés européennes*, EDCE 1976, pp. 287-298.

⁷⁹ J. M. Nzouankeu, *Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais*, RIPAS n° 9, janvier-mars 1984, p. 32.

Le contrôle des motifs de fait concerne les considérations de fait sur le fondement desquels l'administration a pris sa décision ou plus exactement, “ ceux tirés de l'existence de certains faits dont la réalité s'avère indispensable pour que l'administrateur puisse prendre sa décision au regard des textes concernés ”⁸⁰. Ce contrôle est parfois assez poussé⁸¹.

Souvent, le contrôle des motifs de fait⁸², par le biais de l'exactitude matérielle des faits, ne pose pas de difficultés particulières au juge, dans la mesure où le contrôle concerne la légalité de la décision du jury au sens strict et que l'établissement de la matérialité des faits est une opération qui peut être menée aisément⁸³.

Il n'en est pas de même concernant le contrôle de la qualification juridique des faits, nonobstant le fait qu'il soit devenu classique du fait de son ancienneté⁸⁴. A travers la qualification juridique des faits, il appartient au juge de classer certains faits dans une catégorie déterminée, pour leur appliquer certaines conséquences juridiques.

Le juge est dans une situation parfois délicate liée au fait que “ de nombreux termes définissant les conditions d'utilisation d'un pouvoir administratif sont vagues et présentent à peine le caractère d'une condition juridique ”⁸⁵, nonobstant le fait “ que la norme de référence soit déterminée ”⁸⁶.

Cette dernière remarque peut aisément s'appliquer à l'arrêt de l'ANHMS. En effet, si l'article 12 de l'arrêté n° 00558 du 15 juin 1995 permet au jury d'exclure un candidat atteint d'une infirmité devant être nécessairement incompatible avec la fonction d'enseignant, l'appréciation par les membres du jury de cette condition est forcément subjective ; même si par ailleurs, l'arrêté précise les circonstances dans lesquelles la prise de décision est possible. En l'espèce, si les conditions légales ont été fixées par les textes, leur contenu doit être clairement défini par le juge. Ce qui n'est pas le cas dans cet arrêté.

A la limite, il est difficile de distinguer ce qui relève de la compétence liée ou du pouvoir discrétionnaire. Dans notre espèce, l'administration doit déclarer un candidat éliminé, s'il est infirme. Il s'agit d'une compétence liée.

Mais l'appréciation de la gravité de l'infirmité susceptible d'entraîner l'élimination d'un candidat, introduisant une dose de discrétionnalité, exige l'examen d'éléments de

⁸⁰ Ch. Lapeyre, Le contrôle des motifs par le juge de l'excès de pouvoir au Sénégal. Réflexions sous l'arrêt Segal Seck Fall rendu par la Cour Suprême le 29 janvier 1975, *Penant* 1975, p. 436. Pour Eisenmann, les motifs de fait sont les “ considérations qui servent de prémisses logiques à la décision ”, Ch. Eisenmann, *Cours de Droit administratif*, T. 2, Paris, LGDJ, 1989, p. 486. Pour plus de développements sur cette question, on peut consulter G. Dupuis, *Les motifs des actes administratifs*, EDCE 1975, p. 15 et B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Clermont-Ferrand, Paris, LGDJ, 1977.

⁸¹ Il faut néanmoins préciser que le Conseil d'Etat français refusait dans ses premières décisions de connaître les motifs d'une exclusion d'un candidat à un concours, CE 5 juillet 1951, Rouget, *Rec.* p. 498.

⁸² M. Fromont, “ L'examen des faits par le juge administratif (France et Allemagne), in *Mélanges Sayagües Laso*, Madrid, 1969, p. 896.

⁸³ Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits est un moyen admis depuis longtemps par la jurisprudence, CE 14 janvier 1916, Camino, GAJA, 11^{ème} éd. p. 171.

⁸⁴ Voir arrêt de principe CE 4 avril 1914, Gomel, *Rec.* p.488 ; *J.* 1917, III, 25, note Hauriou.

⁸⁵ J. -M. Woehring, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, *RA* n° spécial 7, 1999, p. 78.

⁸⁶ S. Kistaki, L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, *op. cit.* p. 340.

preuve, relève d'une appréciation relativement complexe. Quand le juge décide de se prononcer sur l'appréciation de la qualification juridique des faits opérée par le jury, il doit déterminer si l'infirmité notoire du sieur Fadiya entre dans une catégorie juridique distincte de celle proposée par le jury⁸⁷.

Par conséquent, il ne se situe plus dans le cadre de son contrôle classique, et, par la même occasion, il rend la frontière entre la légalité et l'opportunité encore plus incertaine⁸⁸. Car ce subjectivisme pousse “ le juge à confronter sa propre appréciation à celle de l'administration et à la faire prévaloir en cas de contradiction ”⁸⁹. On peut se demander si le subjectivisme du juge est préférable à celui de l'administration ?

Pendant plusieurs années, le juge par rapport à l'étendue du contrôle qu'il exerçait sur le pouvoir discrétionnaire, s'auto-limitait, car il se contentait d'un contrôle minimum⁹⁰, refusant ainsi d'utiliser toutes ses compétences. En effet, cette attitude résultait d'une conception dépassée du pouvoir discrétionnaire de l'administration qui était “ revêtu d'un caractère sacro-saint...abusivement assimilé à un pouvoir soustrait au contrôle du juge ”⁹¹. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration est respecté scrupuleusement par le juge, empêchant ainsi la répression efficace des actes par la technique de l'excès de pouvoir. D'ailleurs, l'étude du pouvoir discrétionnaire au Sénégal, contrairement en

⁸⁷ M. Bernard, Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires, *EDCE* 1957, pp. 53-62.

⁸⁸ En effet, “ lorsqu'une condition légale fait figurer l'appréciation de faits dans le champ de la légalité, l'opportunité de cette appréciation est contrôlée par le juge...dans ce cas légalité et opportunité s'interpénètrent et, bien que le juge substitue sa propre sa propre appréciation des faits à celle de l'administrateur, il le fait sans outrepasser son rôle ”, C. Pasbecq, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, *RDP* 1980, p. 803. p.829.

⁸⁹ J. Massot et autres, *Le Conseil d'Etat*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 119.

⁹⁰ Le contrôle minimum par rapport à la légalité interne concerne selon une partie de la doctrine : l'exactitude matérielle des faits, l'erreur de droit, le détournement de pouvoir et exceptionnellement l'erreur manifeste d'appréciation. D'ailleurs le juge refusait de se prononcer sur l'erreur manifeste d'appréciation. Sur les éléments constitutifs du contrôle minimum ; voir: G. Vedel et P. Dévolvé, *Droit administratif*, T. 2, 11ème éd. 1990, p. 336 ; *GAJA*, 11ème éd ... op.cit. p. 173 ; Dictionnaire de droit administratif, ... op. cit. p. 88 ; R. Chapus, *Droit Administratif Général*, T.1, Paris, Monchrestien, 1999, p. 1016.

⁹¹ B. Kanté, *Unité de juridiction et droit administratif: l'exemple du Sénégal*, Thèse pour le Doctorat d'Etat de Droit Public, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université d'Orléans, 1983, p. 343. Cette remarque, résultait de l'analyse de certains arrêts de l'ancienne Cour suprême du Sénégal relatifs aux agents publics : CS 5 mars 1969, Ousmane Sy où le requérant avait été révoqué pour être intervenu auprès de ses collègues en faveur de son frère arrêté pour contrebande, le juge précise que les “ faits constituent à eux seuls une faute suffisamment grave pour justifier qu'une sanction disciplinaire, dont l'appréciation incombe à l'administration, soit prise à l'encontre de l'intéressé ”, *RJAS* (1960-1974), p. 48, *Annales Africaines* 1973, p. 251 ; Dans l'affaire de la CS du 4 mai 1976, Amadou Lamine Diallo, le juge en refusant de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire par rapport à un acte dont le motif est inexact en arrive à utiliser maladroitement les catégories juridiques, *Penant* 1978, p. 3 54 ; CS, 25 février 1981, SOCAS contre Etat du Sénégal où la cour déclarait “ toute faute quel que soit son degré de gravité, peut être sanctionnée par un licenciement du travailleur dès lors que les faits qui lui sont imputés sont établis et sont constitutifs d'une faute ”, *RIPAS* n° 10, avril-juin 1984, pp. 627-631 ; CS 23 juillet 1975, El Hadj Omar Fall, à propos d'incidents qui s'étaient déroulés pendant la surveillance d'un examen et qui n'ont pas été signalés dans le rapport, le juge précise que l'intéressé “ a commis une faute qui était de nature à justifier l'application d'une sanction disciplinaire ... que la détermination de la sanction disciplinaire à appliquer au requérant relevait du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente et ne saurait être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ” (non publié). Voir aussi M. M. Diagne, qui parle de contrôle réduit sur le pouvoir discrétionnaire, thèse, op. cit. p. pp. 214-221. De manière générale, l'intervention du juge a été considérée comme assez inadaptée pendant plusieurs années, A. Bockel, Le juge et l'administration en Afrique Noire Francophone, *Annales Africaines* 1971-1972, pp. 9-31.

France⁹², n'a suscité un véritable intérêt qu'à partir de la création du Conseil d'Etat du Sénégal, où cette technique de contrôle a atteint un niveau relativement convenable.

Mais dans l'affaire de l'ANHMS, le juge exerce un contrôle approfondi sur la qualification juridique des faits par le jury⁹³ et franchit un pas supplémentaire en utilisant la technique du contrôle normal⁹⁴. Ce contrôle normal est considéré par certains auteurs comme “ un contrôle entier de la qualification juridique des faits, dès lors que l'exercice des pouvoirs de l'administration est subordonné à l'existence de certaines conditions de fait ”⁹⁵.

En l'espèce, le juge a dû procéder au contrôle de la décision elle-même. Le juge a vérifié si le handicap considéré est effectivement de nature à faire obstacle à l'exercice de la fonction de volontaire. Ce mécanisme frise le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁹⁶, mais s'en différencie nettement. En effet, Le contrôle normal de la qualification juridique des faits tout en touchant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, peut ne pas atteindre le contrôle de l'erreur déraisonnable commise par l'administration.

C'est cette appréciation personnelle du jury, qui relève d'un jugement de valeurs, qui a été contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir agissant à l'image d'un supérieur hiérarchique du jury. C'est ainsi que pour M. Henry, “en substituant sa décision à celle de l'autorité administrative, le juge exerce un contrôle d'opportunité inhérent au pouvoir hiérarchique ”⁹⁷.

Cette position est à nuancer. Ainsi, le Doyen Bockel, émet quelques réserves en estimant que “ si les appréciations administratives sur l'opportunité des décisions sont correctes, le juge ne s'érige pas en supérieur hiérarchique de l'administration et ne contrôle pas l'opportunité de la décision...(mais il y a plutôt)... l'extension du domaine de la légalité (qui) englobe parfois les éléments d'opportunité ”⁹⁸.

⁹² R. Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, *RDP* 1923, p. 362 ; L. Rodo, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Evolution doctrinale et jurisprudentielle, *RDP* 1953, p. 572 ; A. Guillois, De l'arrêt Bouteyre à l'arrêt Barel. Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire, in *Mélanges Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 297 ; A. Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration,, *AJDA*, juillet-août, 1978, p.355.

⁹³ Voir pour la jurisprudence en France, CE 18 mars 1983, Mulsant, *Rec. 125* ; CE 10 juin 1983, Raoult, *Rec. 251* *AJDA*, 1983, p. 527 *RA* 1983, p. 370, note Pacteau ; *RDP* 1983, p. 1404, note J. Waline.

⁹⁴ Il faut préciser que même en France, le juge avait une attitude prudente, pendant plusieurs années, à l'égard d'un jury qui se prononçait sur les aptitudes physiques d'un candidat. Ainsi dans l'affaire Loubeyre du 25 juillet 1952, D. 1953-J-5. Le Conseil d'Etat, après avoir déclaré qu'une cécité n'était pas incompatible avec la fonction d'enseignant du supérieur, a refusé d'en tirer toutes les conséquences. Le juge a estimé que “ l'appréciation à laquelle s'est livrée à cet égard, ladite autorité..., n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ”.

⁹⁵ G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chretien, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, Coll. U, 7ème éd. 2000, p. 589. D'autres auteurs ont la même conception du contrôle normal. C'est le cas du Pr. Chapus qui estime que “ le contrôle de la qualification juridique des faits est plus ou moins approfondi : il est normal ou bien ou il est restreint”, R. Chapus, op. cit. p. 1016. de D. Turpin, *Contentieux administratif*, Paris, Hachette, Coll. Les Fondamentaux, 1994, p. 73.

⁹⁶ L'erreur manifeste d'appréciation est “ l'erreur commise par un administrateur dans l'appréciation des faits à laquelle il se livre discrétionnairement pour fonder sa décision et qui s'avère si grossière qu'elle ne laisse place à aucun doute ”, M. Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, *AJDA* 1971, p. 408.

⁹⁷ J. P. Henry, Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste d'appréciation, *AJDA* 20 juin 1979, p. 22.

⁹⁸ A. Bockel, *Droit Administratif*, Dakar, Abidjan, NEA, 1978, p. 155.

De surcroît, cette attitude pourrait s'expliquer, par le fait que “ le juge administratif a d'abord été administrateur avant d'être juge ”⁹⁹. Les décisions qui touchent au respect de certaines libertés publiques seront nécessairement assujetties à un contrôle plus total que les autres. Et c'est le cas de l'affaire de l'ANHMS où un principe fondamental a été violé.

En l'espèce, le juge a dû procéder à un contrôle approfondi de la décision. Cette mutation de la technique contentieuse est souvent favorisée par une absence de critère précis fixé dans les textes à l'égard du juge qui peut définir “ progressivement des conditions de légalité sur lesquels (il) fait porter un entier contrôle ”¹⁰⁰.

La doctrine ne partage pas la même opinion quant à la nature du contrôle exercé par le juge. Ainsi, si certains auteurs peuvent se contenter du contrôle normal pour préciser la nature de cette intervention¹⁰¹, d'autres préfèrent parler plutôt de contrôle maximum. Ces derniers estiment que le juge a non seulement examiné “ si les faits sont de nature à justifier une décision, mais si cette décision est exactement en relation avec les faits qui justifient l'intervention de l'administration ”¹⁰².

Il faut admettre néanmoins que dans l'alternance entre le contrôle normal et le contrôle restreint, signe de la plasticité des catégories juridiques¹⁰³, “ la différence ne tient parfois qu'à un usage de formules et de rédaction ”¹⁰⁴.

Mais, toute cette controverse semble surtout traduire le dynamisme de la technique du contrôle de la qualification juridique des faits.

Malgré toutes ces controverses, on peut admettre le fait, qu'il y a manifestement une confirmation de l'extension des actes relevant du pouvoir discrétionnaire.

Cette attitude tranche avec la position du juge dans l'affaire du 27 octobre 1993, CIGR¹⁰⁵. Le Conseil d'Etat avait considéré le moyen tiré du principe d'égalité des citoyens

⁹⁹ Y. Gaudemet, “ Le juge administratif, futur administrateur ? ” in *Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Acte du colloque du 40^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs, dir. G. Gardavaut et H. Oberdorff, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 179.

¹⁰⁰ M. Combarrous, Progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France, *RA* n° spécial 9, 1999, p.172.

¹⁰¹ “ Les notions de contrôle normal et de contrôle restreint reflètent ainsi le comportement du juge face au pouvoir d'appréciation de l'administration ”, D. Chabanol, Contrôle de légalité et liberté d'administration, *AJDA* 20 juin 1984, p. 14;

¹⁰² G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T.2, Paris, PUF, II^{ème} éd. 1990, p. 337. Sur l'étendue des pouvoirs du juge, voir P. Sandevor, “ Les juridictions administratives ”, in *Droit Public*, T.2, ... op.cit, 780-783.

¹⁰³ Le Professeur Lochak, parle de plasticité des catégories juridiques en raison de leur caractère provisoire, incomplet ou ouvert, D. Lochak, *La justice administrative*, op. cit..., pp. 131-132.

¹⁰⁴ M. Heumann, Dix ans de jurisprudence du Conseil d'Etat, *EDCE* 1976, p. 24. Cette position est relayée par la doctrine qui précise que “ bien des incertitudes, subsistent qui tiennent soit aux termes employés par certains arrêts, soit à l'évolution de la jurisprudence, soit au fait qu'on peut insensiblement passer d'une forme de contrôle à une autre ”, J.M. Auby et R. Drago, Paris, Litec, 1993, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1993, p. 480.

¹⁰⁵ Le juge a précisé que le pouvoir dont dispose l'administration pour confirmer ou infirmer une autorisation de licenciement relève d'une compétence discrétionnaire et “ qu'une décision administrative prise dans le cadre de ce domaine n'est passible que d'un contrôle minimum ; que dès lors, le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant le service public, s'avère inopérant, en ce qu'il relève du contrôle juridictionnel normal de légalité”. Cette interprétation est assez contestable, car le contrôle minimum est un faux ami, il renvoie aussi bien à des éléments du contrôle de la légalité externe qu'à des éléments relevant de la légalité interne en excluant toutefois, la qualification juridique des faits ; voir à ce propos, P.M. Sy, Le Conseil d'Etat du

devant le service public comme inopérant¹⁰⁶, c'est à dire superflu en l'espèce, car n'ayant aucune influence sur la solution du litige. Les raisons sociologiques¹⁰⁷ liées à l'utilisation d'une telle technique contentieuse n'existant pas au Sénégal, l'appel aux moyens inopérants est parfois injustifié¹⁰⁸.

Le contrôle du pouvoir discrétionnaire peut amener aussi le juge à utiliser ses pouvoirs d'investigations¹⁰⁹.

2° la mise en œuvre des pouvoirs d'investigation

Il appartient à l'administré d'établir les faits et de donner la preuve de ses allégations. Le droit étant dominé par le fait qu'il appartient en principe à l'auteur de la demande d'apporter la preuve de ses allégations¹¹⁰ en vertu de l'adage *actori incombis probatio*.

Ce principe peut être mis en échec dans certaines circonstances. Car, on a tendance souvent à oublier, du fait de l'utilisation peu fréquente d'un tel mécanisme, que le juge chargé du contentieux de l'excès de pouvoir, bénéficie d'un pouvoir inquisitorial, dont le but est de “ corriger l'inégalité des parties dans le dialogue contentieux ”¹¹¹. En effet, le recours pour excès de pouvoir étant marqué par l'inégalité des parties, il appartient au juge, maître de l'instruction de venir “ au secours du plaideur ”¹¹², en utilisant pleinement ses pouvoirs¹¹³. L'administré occupant la double position de demandeur à l'instance et de “ demandeur à la preuve ”¹¹⁴. Cette situation inconfortable, accentuée par le fait que le demandeur n'a pas été associé à la prise de décision, il est naturel que le juge puisse l'épauler utilement.

Il a été reproché au juge pendant plusieurs années d'opter “ pour la neutralité dans le déroulement de l'instance ”¹¹⁵ en ne tenant nullement compte de l'inégalité des parties.

Sénégal et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat de la République du Sénégal du 27 octobre 1993 entre le Comité International de la Croix Rouge (CICR) et l'Etat du Sénégal (arrêt n° 14), *Revue de l'Association Sénégalaise de Droit Pénal* n° 5, 6, 7, 1997-1998, pp. 171-206.

¹⁰⁶ J.M. Auby, Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative, *AJDA* 1966, p. 5.

¹⁰⁷ Pour la doctrine, “ La notion de moyen inopérant est relativement récente et semble plus ou moins liée à l'encombrement de la juridiction administrative ; le juge, qui auparavant examinait tous les moyens de la requête, a pu considérer qu'il était inutile de prendre en considération des moyens qui, en admettant qu'ils fussent fondés, n'empêchaient pas à l'administration de prendre une décision identique ”, J.- M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit. p. 483.

¹⁰⁸ Sur le plan contentieux, il est fait généralement appel aux moyens inopérants en cas de compétence liée ou de pluralité des motifs, pour plus de développements, A. Bockel, *Droit administratif*, ... op. cit. pp. 488-489.

¹⁰⁹ En droit civil, voir J.J. Daigre, La doctrine et la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces, *JCP* 1981.1.3020.

¹¹⁰ Sur cette question, L. Cadoux-Trial, La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat, *EDCE* n° 7, 1952, p. 85 ; Ch. Debbasch, La charge de la preuve devant le juge administratif, *D.* 1983, chr. p. 45 ; Y. Gaudemet, La preuve et la conviction du juge administratif, *RJPIC*, 1985, p. 713.

¹¹¹ J.-M. Le Gars, Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête- Aspects français, *RA* n° spécial 7, 1999, p. 112. Voir aussi, Denoix de Saint-Marc et Labetoulle. Les pouvoirs d'instruction du juge administratif, *EDCE* 1970, p. 69; A. Bockel, *Droit administratif*, op.cit pp. 480-482; M. Diagne, La contribution du Conseil d'Etat sénégalais à la construction de l'Etat de droit, op. cit. pp. 84-86.

¹¹² A. Plantey, La preuve devant le juge administratif, *JCP* 1986.I.3245.

¹¹³ R. Denoix De saint Marc et D. Labetoulle, Les pouvoirs d'instruction du juge administratif, *EDCE* n° 23, 1970, p. 69.

¹¹⁴ J.-Ph. Colson, L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, Paris, LGDJ, 1970, p. 106.

¹¹⁵ Mme M. Diagne, Thèse ... op.cit. p. 193.

Dans l'affaire Barel du 28 mai 1954¹¹⁶, que l'on invoque aussi à propos du principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics, le Conseil d'Etat avait usé de ses pouvoirs inquisitoriaux en demandant à l'administration les raisons de l'exclusion de certains candidats de la liste des personnes appelées à concourir. L'ancienne Cour suprême dans l'affaire Amadou Alpha Kane du 27 mars 1963 avait usé de ce pouvoir¹¹⁷. C'est ainsi que dans l'affaire de l'ANHMS, le juge n'a pas hésité à utiliser son pouvoir d'investigation en auditionnant le sieur Fadiya. Sa comparution publique et son audition ont permis au juge de se faire une opinion différente de celle du jury. Cette attitude du Conseil d'Etat est tout à fait louable, car elle aboutit à ne pas protéger l'administration sous les motifs les plus divers.

En effet, le juge a dû procéder à une “ expertise ” en raison de l'insuffisance notoire des éléments qui lui étaient présentés dans le dossier. Ceux-ci ayant fait naître réellement un doute dans son esprit. L'appréciation des faits à laquelle le jury s'est livrée ne l'a nullement convaincu et les pièces du dossier n'ayant pu l'éclairer convenablement.

Mais l'utilisation des pouvoirs du juge est soumise à des conditions minimales. En effet, le requérant doit donner des exigences minimums et des présomptions assez fortes afin que le juge accepte d'user de ce pouvoir inquisitorial. En effet, il y a eu un commencement de preuve sérieux ayant ébranlé la conviction du juge. En l'espèce, les allégations présentées par le sieur Fadiya, en raison de leur précision notamment, avaient emporté la conviction du juge qui est allé au-delà de ce qu'il avait l'habitude de faire en « usant du recours nécessaire ultime »¹¹⁸. Il est probable que la médiatisation de l'affaire dans la presse a poussé le juge à utiliser tous les pouvoirs qui étaient à sa disposition. Il faut aussi souligner l'originalité de la démarche du juge qui, tout en utilisant ses pouvoirs d'investigation, a aussi été amené à vérifier les allégations du jury, alors que ces deux démarches peuvent apparaître *a priori* contradictoires.

Si la décision du juge est relativement séduisante, elle soulève néanmoins d'autres questions importantes qui lui sont connexes.

B. Les limites des pouvoirs du juge

¹¹⁶ *Rec.* p. 308, concl. Letourneur ; *S.* 1954, 3, 91, note Mathiot ; *D.* 1954, p. 594, note Morange ; *RDP* 1954, p. 509, note Waline ; *RPDA* 1954, n° 149, note Eisenmann ; *AJDA* 1954, p. 396 note Long ; *RA* 1954, p. 393, note Liet-Vaux. Dans l'affaire de la CS du 26 avril 1984, Les Grands Moulins de Dakar, le Ministre du Travail avait rejeté une demande d'autorisation de licenciement et avait refusé de répondre à une lettre de la Cour suprême demandant la communication de documents devant établir sa conviction. Le juge s'est fondé sur le refus de l'administration pour établir sa conviction ; CS du 26 avril 1984, Les Grands Moulins de Dakar, note A. M. Samb, *Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal*, n° 10, pp. 587-590.

¹¹⁷ Le juge a rappelé que “ la Cour Suprême usant du pouvoir qui appartient à la section saisie d'exiger de l'administration compétente la production de tout document susceptible d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations du requérant, a..., demandé au Ministre des Transports et Télécommunications, la production complète des dossiers constitués à l'occasion de poursuites disciplinaires ”, *Annales Africaines*, 1973, p. 277.

¹¹⁸ J. Boulay, *La preuve par témoins devant le juge administratif. Une technique d'investigation décisive*, Paris, éd. Tec et Doc, 2001, p. 81.

L'arrêt traduit la difficulté liée à une utilisation judicieuse des subtilités de la forme la plus achevée du recours en annulation des actes administratifs unilatéraux, à savoir le recours pour excès de pouvoir. Les problèmes peuvent être de trois ordres essentiellement : Tout d'abord, il semble que l'on ait voulu attribuer au jury une compétence qu'il n'aurait pas dû exercer ; ensuite, la sanction de la violation de la loi au sens strict, s'imposait-elle ? Et enfin on peut se demander si la complexité inhérente aux opérations du concours a été prise réellement en compte par le requérant ?

1° La mauvaise source d'inspiration du texte

Si le juge a dû utiliser ses pouvoirs d'instruction, c'est apparemment parce que l'on a voulu donner au jury des compétences dont il aurait pu se passer. L'article 11 de l'arrêt n° 5558 du 15 juin 1995 s'est inspiré du décret du 7 mars 1995 portant création et organisation des écoles de formation d'instituteurs. Ce texte visé dans l'arrêt, dispose en son article 6 “ l'admission définitive est tributaire des résultats de la visite médicale organisée par l'école d'accueil en rapport avec le médecin chef de la localité ”. Cette disposition est assez logique dans la mesure où ce pouvoir d'appréciation est attribué à un médecin qui peut déterminer techniquement si une personne est apte physiquement pour accomplir certaines fonctions, alors que cette compétence est attribuée dans l'arrêt à des personnes compétentes exclusivement pour se prononcer sur les aptitudes intellectuelles¹¹⁹.

La clause de “la réserve des questions techniques”¹²⁰, a été négligée par les rédacteurs de l'arrêt. En effet, ni le juge, ni le jury ne sont des médecins. A moins que le handicap physique ne soit manifeste et ne présente un caractère d'évidence. En conséquence, l'incompatibilité avec la fonction d'enseignant aurait pu, ce qui n'est pas évident dans l'affaire de l'ANHMS, être décelée par n'importe quelle personne douée d'un minimum de bon sens.

D'ailleurs, le juge en usant de ses pouvoirs d'investigation aurait pu faire appel à un médecin afin d'obtenir un jugement d'un homme de l'art.

En outre, la vérification de l'aptitude physique est généralement une opération effectuée préalablement à celle relative aux capacités intellectuelles et relève généralement des conditions statutaires d'accès à un emploi¹²¹ et non des modes de recrutement dans un corps. Il y a la nécessité de faire une distinction entre le travail dévolu au jury, qui n'a pas en principe à apprécier les aptitudes physiques des candidats¹²² et ce qui relève en amont du pouvoir de l'administration, qui est amenée à vérifier si les conditions exigées pour être admis à concourir sont respectées par le candidat.

¹¹⁹ Il n'y a aucun médecin dans le jury.

¹²⁰ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard* (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, LGDJ, 1980, 560 p.

¹²¹ Telle que la nationalité sénégalaise, l'âge, la jouissance des droits civiques, la moralité la capacité (âge capacité physique et régularité vis à vis du service militaire).

¹²² CE 21 janvier 1991, Dlle Stickel, *Rec.* p. 21 *DA* 1991, n° 167 : Il n'appartient pas au jury d'apprécier l'aptitude physique d'un candidat à un concours.

Par ailleurs, dans ce cas rien n'empêche à l'administration de rejeter une candidature en se fondant sur l'intérêt du service. En usant de cette "réserve de pouvoir"¹²³, il s'agit de maintenir un certain pouvoir discrétionnaire à l'administration.

L'administration pouvant, à la limite, si elle se rend compte, même après la proclamation définitive des résultats, écarter un candidat qui ne remplissait pas lesdites conditions¹²⁴.

Une seconde maladresse, qui relève uniquement du juge est perceptible dans cet arrêt.

2° *Le recours maladroit à la "mauvaise application des textes"*.

Le raisonnement maladroit du juge dans le dernier paragraphe des motifs de l'arrêt est évident. Le juge estime notamment que "c'est par une mauvaise application des dispositions susvisées que le jury a éliminé" le sieur Fadiya.

Si *a priori*, cette approche est correcte, il faut préciser que les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir sont distincts. Le juge semble se donner une assez grande liberté en allant d'un cas d'ouverture à un autre sans aucune rigueur. Ainsi, en face d'une fausse interprétation des textes ou d'un défaut de base légale, ce vice relève d'une sanction de l'erreur de droit commise par l'administration.

Le juge dans son raisonnement entamé dans les premiers paragraphes du dernier considérant veut prouver une erreur relative au faits, plus précisément la mauvaise appréciation des faits par le jury. La décision du jury aurait pu être considérée comme manquant de base légale, s'il y avait un "rattachement des dispositions édictées à une norme, applicable et régulière, mais inexactly interprétée par l'auteur de l'acte, qui s'est trompé sur ce qu'elle permet..."¹²⁵, alors que c'est apparemment une erreur de fait.

En effet, le début du raisonnement du juge était fondé sur un contrôle des motifs de fait, car il voulait déterminer si le handicap du Sieur Fadiya était visiblement incompatible avec la fonction d'enseignant. Il aboutit paradoxalement à l'erreur de droit, contrôlant ainsi de manière confuse les motifs de l'acte. Ce raisonnement aurait été acceptable si le juge avait sanctionné la décision du jury en se fondant expressément sur la violation du principe d'égalité garanti par les textes.

Par ailleurs, le juge aurait pu en favorisant une approche pédagogique se prononcer clairement sur tous les moyens soulevés par le requérant ou à la limite écarter certains moyens de manière précise. Si la technique de l'économie des moyens relève d'un certain pragmatisme, elle laisse à l'analyste un goût d'inachevé.

¹²³ Duguit, *Traité de droit constitutionnel...* T. II, 7ème éd. n°85, cité par B. Pacteau, note sous CE 18 mars 1983, Mulsant et CE 10 juin 1983, Raoult, *RA* 1983, p. 371.

¹²⁴ CS, 8 juillet 1973, Yoro Kandé, GDJAS, ... op.cit. p. 389.

¹²⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Monchrestien 13ème éd. 1999, p. 997.

Le tâtonnement du juge chargé du contentieux de l'excès de pouvoir ne date pas de la création du Conseil d'Etat. En effet, la confusion catégorielle existait bien avant 1992¹²⁶. Mais, elle semble être plus fréquente avec la création du Conseil d'Etat¹²⁷.

En outre, on peut se demander, si le juge a bien interprété l'article 11 de l'arrêté du 15 juin 1995.

La nature de la complexité du concours ne semble pas avoir été bien utilisée par le requérant.

3° La complexité du concours mal utilisée

Enfin, un autre reproche peut être adressé au requérant, ou plus précisément à son avocat¹²⁸. Le concours est considéré comme une opération complexe, car il se compose d'actes échelonnés dans le temps et se caractérise par son indivisibilité. En vertu de cette théorie, les personnes “ qui auraient négligé d'attaquer en temps utile chacune des décisions constitutives de l'opération sont recevables à attaquer la décision finale en excipant de l'une quelconque des décisions antérieures ”¹²⁹.

Le requérant n'aurait, peut être pas, dû invoquer l'illégalité de la décision du jury qui l'exclut, mais tenter un recours en attaquant la dernière opération du concours afin de demander l'annulation de cette opération à procédure.

Ainsi, l'ancienne Cour Suprême avait procédé à l'annulation d'opérations de concours dans plusieurs affaires. Dans l'affaire du 28 avril 1971, l'arrêté du Secrétaire Général à la Présidence modifiant la répartition du nombre de places entre le recrutement sur titre et le recrutement professionnel a été annulé, car il avait été pris après le commencement des opérations du concours. Le juge a ainsi sanctionné une incompétence *rationae temporis*¹³⁰.

¹²⁶ On peut citer comme exemple, CS du 6 février 1974, Abdourahmane Cissé. Dans cette affaire, le requérant s'était fondé sur différents textes pour soulever l'illégalité d'un arrêté interministériel interdisant la publication d'un journal dont il était le directeur de publication. Le juge a annulé ledit arrêté en se fondant sur l'absence de base légale dudit arrêté, alors qu'il s'agissait manifestement d'une erreur de droit, *Annales Africaines* 1974, p. 98, note Ch. Lapeyre.

¹²⁷ Cette confusion est liée dans une très large mesure à la non spécialisation du juge, le Pr. Sy, cite à cet égard plusieurs arrêts du Conseil d'Etat dans lesquels il y a une confusion entre retrait et abrogation, motif et motivation, erreur manifeste d'appréciation et erreur de fait...etc, D. Sy, Réflexion sur la création du droit administratif par le juge sénégalais, ... op.cit. p. 22.

¹²⁸ Dans plusieurs affaires, si le juge a notamment considéré certaines requêtes comme irrecevables, c'est parce que certains avocats n'ont pas eu à faire correctement leur travail. Ainsi, malgré le fait que le Conseil demande à la partie requérante de procéder à la régularisation, cette formalité peut ne pas être remplie; Voir CES du 30 juin 1999, Amadou Abdoulaye dit Amadou Sylla Mboh où le requérant a été invité à accompagner la requête d'une expédition de la décision attaquée à consigner l'amende et à signifier la requête à la partie adverse. Le requérant a été déchu de son pourvoi pour ne pas avoir respecté les prescriptions des articles 15, 16 et 20 de la loi n° 96-30 du 21 octobre 1996. La même attitude a été adoptée par le juge dans L'affaire du CES du 19 juillet 1999, El Hadji Kimintang Kamara contre Conseil municipal de Kougheul (arrêts non publiés).

¹²⁹ F. Chevallier, La fonction contentieuse dans les opérations administratives complexes, *AJDA* 1981, p. 331.

¹³⁰ CS 28 avril 1971, Issaga Keïta, *GDJAS*, ... op. cit. pp. 347-349.

De même le juge n'a pas hésité à annuler tout un concours pour irrégularité de la composition du jury¹³¹. L'affaire du 6 juillet 1979, Meissa Diouf est à cet égard édifiante. Le juge a considéré une requête contestant la liste des candidats autorisés à concourir comme étant “ dirigée contre l'ensemble des opérations dudit concours, y compris ses résultats définitifs ”¹³².

Il est vrai qu'il peut y avoir un échec de la mise en œuvre de la chose jugée par la validation législative¹³³, mais l'utilisation de cette technique qui relève “ d'une curieuse alchimie ”¹³⁴, est souvent hasardeuse. En effet, ses conditions de mise en œuvre sont appréciées de manière restrictive¹³⁵ et le requérant a généralement plus de chances de neutraliser définitivement l'action de l'administration en attaquant le dernier acte du concours.



Le Président Woehring disait que “ nos sociétés complexes sont caractérisées par le fait que personne ne peut prétendre avoir le savoir ni connaître avec certitude l'avenir. Les décisions sont de plus en plus complexes et les choix de plus en plus contestés. Dans ce travail périlleux que constitue la prise de décision dans les sociétés post-modernes; l'administration active et le juge administratif apparaissent moins comme concurrents que comme complémentaires pour tenter, chacun à sa manière, de progresser vers la décision la moins irrationnelle possible ”¹³⁶.

Cette citation relativement longue permet de préciser que le juge est avant tout un allié de l'administration ou du jury dans notre espèce, et que son intervention, quelque soit par ailleurs sa rigueur, a pour objet de faire respecter l'équilibre entre les prérogatives de l'administration et les droits dont bénéficient les administrés qui deviennent progressivement des citoyens¹³⁷.

¹³¹ CS 12 juillet 1977, Magatte Thiam, *GDJAS*, ... op. cit. pp. 438-442.

¹³² CS 6 juillet 1979, Meissa Diouf, *GDJAS*, ... op. cit. pp. 492.

¹³³ Par la validation législative, “ le législateur immunise des actes administratifs contre toute contestation contentieuse ”, P. Lewalle, *Le contrôle de l'administration : l'affectivité du contrôle de la légalité*, *RA n° spécial 3*, 2000, pp. 132-176 ; Voir aussi, J. M. Auby, *Les validations législatives*, *Revue de Droit Prospectif*, n° 3/4, 1977, p. 10. Dans les affaires du CES du 26 janvier 1994, Alla Ngom et autres et celle du 26 avril 1995, Alla Ngom et Babacar Ndiaye, le juge a annulé deux arrêtés du Ministre de la Santé publique intégrant 174 agents dans le corps des sous-officiers d'hygiène en 1989 et 1993, alors que ceux-ci ne remplissaient pas les conditions exigées par le décret régissant ce corps. Sur requête d'agents appartenant à ce corps, l'arrêté a été annulé par le juge (*Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat n° 1*, ... op. cit., pp. 49-50 et p. 97), mais la loi n° 2000-02 du 10 janvier 2000 a validé lesdits arrêtés. Dans l'exposé des motifs de la loi, il est précisé que l'utilisation de cette technique “ a pour objet de résoudre pour les raisons d'intérêt général des situations de divergence nées d'actes administratifs réglementaires ou de décisions de justice devenues définitives ” (sic), *JO* du 5 février 2000, p.63.

¹³⁴ J. Moreau, *Droit administratif*, Paris, PUF, Coll. Droit Fondamental, 1989, p. 540.

¹³⁵ B. Mathieu, *les validations législatives devant le juge constitutionnel*, *RFDA*, 1995, p.78 1.

¹³⁶ J. M. Woehring, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France*, ... op. cit. p. 97.

¹³⁷ Sur la loi française du 12 avril 2000 relative aux relations entre les citoyens et l'administration publiée au *JORF* du 13 avril 2000, p. 5646, voir notamment A. Treppoz, *La loi du 12 avril sur les relations entre les citoyens et l'administration*, *DA*, août-septembre 2000, pp. 4-8.

L'arrêt du Conseil d'Etat du Sénégal du 29 juin 2000, en ouvrant une brèche sur les pouvoirs souverains des jurys des concours donne un sens plus concret à l'Etat de droit¹³⁸ en diminuant les zones de non-droit. Elle conforte en outre, l'idée selon laquelle, le recours pour excès de pouvoir, qui a encore un avenir certain dans nos sociétés¹³⁹, est “ l'arme la plus efficace pour...défendre les libertés ”¹⁴⁰. La “ fin de l'histoire ”¹⁴¹ du recours pour excès de pouvoir n'est pas encore à l'ordre du jour au Sénégal.

Dakar, 25 septembre 2001

ANNEXE :

Arrêt du Conseil d'Etat du Sénégal du 29 juin 2000, Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal contre Etat du Sénégal

LE CONSEIL D'ETAT

.....

1 ère Section

.....

A l'audience du jeudi vingt neuf juin de l'an deux mille

Entre: L'Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal dite (A.N.H.M. S.) ayant son siège social 15, route du front de terre-Dakar, représenté par son Président, lequel ayant élu domicile en l'étude de Maître Issa Diop, Avocat à la Cour, 23, Avenue du Président Lamine GUEYE, Dakar;

¹³⁸ Le concept d'Etat de droit est revisité depuis les années 1990 dans les pays africains. Sur cette question, voir notamment L. Hamon, L'Etat de droit et son essence, *Revue Tunisienne de Droit* 1989, pp. 11-25 ; G.Conac, “ Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique ”, in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 105-119.

¹³⁹ Les thèses les plus pessimistes sont développées depuis ces dernières années sur le recours pour excès de pouvoir, J.M. Woehring, “ Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? La redécouverte du plein contentieux ” in *Le juge administratif à l'aube du XXIème s.* Colloque du 40ème anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 247-267 ; M.Bernard, Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé de mort ? *AJDA* 1995, n° spécial, pp. 190-199.

¹⁴⁰ G. Jèze, Rapport à l'Institut international de droit public, *Annuaire de l'Institut* 1929, cité par J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, *D.* 1962, Chr. p. 37.

¹⁴¹ Expression utilisée par F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, 492 p. et reprise par Ph. Ardant, La fin de l'histoire du contrôle de l'administration par le Conseil d'Etat, *RA* n° spécial 3, 2000, p. 177.

D'une part ;

ET : l'Etat du Sénégal représenté par l'agent judiciaire de l'Etat

D'autre part

Vu la requête présentée par l'Association des Handicapés Moteurs du Sénégal, agissant au nom et pour le compte de Boubacar Fadiya et ayant élu domicile en l'étude de Maître Issa DIOP. Ladite requête enregistrée le 12 octobre 1999 au greffe du Conseil d'Etat tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision n° 01012, en date du 21 juillet 1999, par laquelle l'Inspecteur d'Académie de Tambacounda a confirmé la décision du jury du concours de recrutement des volontaires de l'Education nationale refusant l'admission du candidat Boubacar FADIYA ;

- Vu la loi organique n° 96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'Etat ;

- Vu le Décret n° 93-530 du 30 avril 1993 portant création et organisation des écoles de formation d'instituteurs ;

- Vu l'arrêté n° 5558 du 15 juin 1995 créant le Projet des Volontaires de l'Education (PVE) et fixant les conditions de sélection, de formation et de prise en charge des Volontaires de l'Education de base ;

- Vu le mandat donné par Boubacar FADIYA à l'association des handicapés moteurs du Sénégal ;

- Vu les autres pièces versées au dossier ;

Oui Madame Kane en son rapport;

Oui Mamadou Sall Commissaire du droit en ses conclusions ;

LE CONSEIL D'ETAT

Après en en avoir délibéré conformément à la loi;

Considérant que par requête susvisée, l'Association des handicapés moteurs du Sénégal, demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 01012 du 21 juillet 1999 par laquelle l'inspecteur d'Académie de Tambacounda a confirmé la décision du jury du concours de recrutement des volontaires de l'Education qui a éliminé Boubacar Fadiya au motif qu'il souffre d'une infirmité incompatible avec la fonction d'enseignant ;

Considérant que l'association requérante dûment mandatée par Boubacar Fadiya, et ayant intérêt à agir, a consigné l'amende et signifié sa requête, que son recours est recevable en la forme.

Considérant que pour éliminer Boubacar Fadiya, candidat admissible au concours des Volontaires de l'Education nationale, le jury du concours, organisé en juin 1999 s'est fondé sur les dispositions des articles 9, 10, 11 et 12 de l'arrêté n° 005558 du 15 juin 1995 du Ministre délégué auprès du Ministre de l'Education nationale, chargé de l'Education de

base, qui confère au jury, à l'issue de l'entretien de confirmation, le droit d'éliminer le candidat s'il décèle qu'il est atteint d'une infirmité avérée incompatible avec la fonction d'enseignant,

Considérant qu'au soutien de son recours, l'association requérante invoque la violation de l'égal accès des citoyens à un emploi public, reconnu par la Constitution et les traités internationaux relatifs aux droits humains, la violation des droits acquis et le défaut de base légale;

Considérant que l'autorité administrative peut, sans méconnaître le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, instituer dans un souci d'intérêt général, certaines restrictions à ce principe en fixant des conditions imposant des sujétions nécessaires et acceptables au regard de l'objectif visé par la réglementation,

Qu'en l'espèce, l'objet de la réglementation édictée par l'arrêté n° 005558 en ses articles 9, 10, 11 et 12 étant, pour fournir un enseignement de qualité d'avoir des enseignants qui remplissent les conditions d'aptitude intellectuelle et physique, de permettre au jury d'éliminer le candidat frappé d'une infirmité avérée ou notoire, incompatible avec la fonction d'enseignant,

Considérant que, si en application des dispositions de l'article 11 de l'arrêté n° 005558 du 15 juin 1995, créant le projet des volontaires de l'Education nationale, il appartient au jury de déceler et d'éliminer, au cours de l'entretien de confirmation les candidats atteints d'une infirmité avérée incompatible avec la fonction d'enseignant, il revient, en cas de contestation, au Conseil d'Etat, de vérifier si les faits tels qu'ils existent présentent toutes les caractéristiques justifiant la décision prise.

Que l'exercice de ce contrôle a permis au Conseil d'Etat d'apprécier que le fait, pour Boubacar Fadiya qui a souffert de poliomyélite, de boiter et d'utiliser une béquille pour faciliter ses déplacements, ne constitue pas une infirmité avérée incompatible avec la Fonction d'enseignement ;

Qu'ainsi c'est par une mauvaise application des dispositions susvisées que le jury l'a éliminé des candidats du concours des volontaires de l'éducation;

Qu'il y a lieu donc d'annuler la décision.

Par ces motifs,

- Déclare le recours recevable en la forme ;

Au fond

- Annule la décision n° 01012 du 21 juillet 1999 de l'inspecteur d'Académie de Tambacounda confirmant la décision du jury du concours de recrutement des volontaires qui a éliminé Boubacar Fadiya.

Ordonne la restitution de l'amende