

**AUDIENCE SOLENNELLE
DE RENTREE DES COURS ET TRIBUNAUX**
Mercredi 12 janvier 2011

-----o-o-o-o-o-o-----

-----o-o-o-o-----

-----o-o-----

THEME :

**Le principe d'égale admissibilité
aux emplois publics**

ALLOCATION

DE

MONSIEUR ABDOULAYE GAYE

**PROCUREUR GENERAL
PRES LA COUR SUPREME**

ANNÉE JUDICIAIRE 2010-2011

Honorables invités, Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de vous souhaiter, au nom de Monsieur le Premier président de la Cour suprême, de mes collègues et à mon nom personnel à vous tous la bienvenue et de vous remercier, d'avoir bien voulu cette année encore répondre à notre invitation.

Que le Tout-Puissant qui nous permet de nous retrouver en ce moment, pour célébrer l'ouverture officielle de l'année judiciaire soit loué.

Qu'Il accueille en sa miséricorde nos chers disparus au cours de l'année qui s'achève.

Qu'Il nous réserve une bonne et heureuse année 2011.

Monsieur le Président de la République,

Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,

C'est toujours avec plaisir et fierté, que nous apprécions l'honneur de vous accueillir dans le cadre de l'audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux, que vous avez coutume de présider. Ce sentiment n'est certainement pas dénué de tout lien, avec la grande considération pour l'Institution judiciaire toute entière, que vous ne cessez de manifester par le truchement des actes forts, de votre politique particulièrement ambitieuse pour la justice. Nous vous en sommes infiniment reconnaissants.

Monsieur le Président du Sénat,

Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,

La régularité avec laquelle vous honorez notre présente cérémonie par votre présence personnelle, témoigne certes de votre intérêt, mais surtout de votre fidélité à l'égard du pouvoir judiciaire, exécuteur des lois votées par le parlement.

Soyez-en remerciés.

Monsieur le Premier Ministre,

Nous vous savons gré de la considération et de la disponibilité que votre présence illustre et qui cadre si heureusement avec les ambitions présidentielles pour la justice.

Notre gratitude va également vers vous, ***Monsieur le Président du Conseil Economique et Social*** pour votre constance à répondre à l'invitation de la Cour suprême.

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,

Nous nous réjouissons de votre présence parmi nous, pour la première fois en votre qualité de Président du Conseil constitutionnel et d'avoir ainsi l'occasion, de vous réitérer nos félicitations et nos vœux de succès dans l'accomplissement de votre nouvelle mission.

***Monsieur le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,
Vice Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,***

Nous avons eu déjà l'opportunité de vous exprimer notre joie de vous voir revenir au Ministère de la Justice, en nous autorisant notamment du bilan positif à nos yeux, que votre expérience de la gestion des affaires publiques vous a permis de réaliser, lors de votre premier bail avec ce département.

Merci d'avance de votre sollicitude renouvelée.

***Mesdames, Messieurs les Ministres d'Etat,
Mesdames, Messieurs les Ministres,
Mesdames, Messieurs les Sénateurs,
Mesdames, Messieurs les députés,
Monsieur le Président de la Cour des comptes,
Mesdames, Messieurs les Représentants diplomatiques et consulaires,
Monsieur le Président de la Commission Electorale Nationale,
Monsieur le Médiateur de la République,
Messieurs les Officiers généraux,
Monsieur le Recteur Saliou NDIAYE,***

Nouvellement nommé Recteur de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, à qui nous avons plaisir à adresser nos félicitations et nos vœux de réussite dans l'exercice de ses nouvelles responsabilités.

***Messieurs les Recteurs, Messieurs les Doyens et Professeurs représentant
la communauté universitaire,
Messieurs les Dignitaires religieux et coutumiers,
Messieurs les anciens Chefs ou membres de juridiction suprême,
Monsieur le Bâtonnier de l'ordre des avocats Alioune Badara FALL,***

Vous venez d'être promu par vos consœurs et confrères, à la tête du prestigieux Barreau du Sénégal dont vous êtes assurément l'un des ténors, après vingt (20) ans de pratique professionnelle. Ce viatique ne sera certainement pas de trop, pour que sous

vosre impulsions et à l'instar de vos prédécesseurs, le Barreau continue si heureusement à contribuer, à la promotion dans notre pays, d'une Justice toujours plus respectée, gage de son rayonnement international.

Mesdames, Messieurs les Avocats,

Mesdames, Messieurs les Officiers ministériels et Auxiliaires de justice,

Mesdames, Messieurs,

Madame le juge Aminata Fall CISSE nous a présenté dans son discours d'usage, « **le principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics** », thème de réflexion de ce jour, comme une modalité du principe fondamental de l'égalité des citoyens devant la loi. Les intéressantes réflexions qui nous ont été livrées dans ce cadre, me font penser au propos du doyen Georges VEDEL reprenant la formule du professeur François LUCHAIRE que voici :

« Comme Janus, l'égalité a deux faces, l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir. La première condamne toute distinction interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines. De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social. »

Les deux faces de ce Janus constitutionnel naturellement contradictoires, correspondent à deux conceptions de l'égalité devant la loi en général et de l'égalité dans l'accès aux emplois publics en particulier, souvent résumées dans la distinction entre l'égalité de droit et l'égalité de fait.

L'égalité de droit est l'égalité dans la loi. Elle n'exige qu'une obligation d'abstention en interdisant des discriminations illicites parce que fondées par exemple sur l'origine, la race, le sexe ou la religion.

A l'inverse, l'égalité de fait est l'égalité par la loi. Elle traduit le désir de remédier aux différences qui préexistent à la loi et qui procèdent des aléas de l'existence, la nature caractérisée essentiellement par la subordination et la dépendance, n'ayant rien fait d'égal. Elle implique donc une action discriminatoire, des différences de traitement, qui ne devraient être entreprises qu'avec infiniment de prudence et de discernement.

Dans les pays de tradition juridique francophone comme le nôtre, le droit positif est principalement mu par l'idée de l'égalité de droit. La recherche de l'égalité de fait étant admise exceptionnellement. Il me semble que cela correspond à la démarche que vous avez adopté, Madame le juge CISSE, dans votre document introductif. Qu'il me soit permis de vous en féliciter.

Je crois cependant qu'il est difficile de ne pas être sensible, face aux défis des temps modernes comme la lutte contre la pauvreté ou les fractures sociales, le soutien aux minorités et autres groupes ou personnes vulnérables comme les femmes, les handicapés et les jeunes, à l'idée de « démocratisation de la fonction publique » qui connaît, en Europe occidentale par exemple une certaine fortune. Cette « démocratisation » rendrait la fonction publique plus efficace, dans le traitement des problématiques procédant de ces défis. La démocratisation de l'accès à la fonction publique serait dès lors à l'efficacité de l'action administrative ce que la bonne gouvernance est à la crédibilité de l'autorité politique. Elle véhicule la représentation d'une fonction publique à l'image de la stratification sociale de la population, au lieu de refléter essentiellement une couche sociale dominante.

J'ai comme l'impression que cette approche novatrice de la fonction publique, cadre mieux avec la tendance actuelle des gouvernés, à exercer une pression quasi permanente sur les gouvernants, par le suivi en temps réel de l'exécution de leur mandat gouvernemental. Elle suppose donc des mesures de discrimination positives, mises en œuvre dans le cadre de la loi, souvent mais pas toujours sur habilitation constitutionnelle expresse, ou au niveau réglementaire, sous le contrôle du juge de la constitutionnalité des lois d'une part, et de celui de l'excès de pouvoir d'autre part. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en matière de discrimination positive, les Etats-Unis d'Amérique font figure de devanciers, pour des causes spécifiques à ce pays.

La discrimination positive peut être définie comme une méthode tendant à instituer des inégalités de manière temporaire ou permanente, pour aboutir à une égalité réelle en concédant un traitement préférentiel à certains. Bon nombre d'Etats d'Europe occidentale ont eu à déployer, par le biais des mesures de discrimination positive et dans l'intérêt général, souvent avec la bénédiction de leurs juridictions internes ou communautaires, des politiques législatives ou réglementaires de

« démocratisation » de l'accès à la fonction publique, se réalisant entre autres par les voies suivantes :

- l'assouplissement du principe de l'égalité en droit dans l'organisation des concours, permettant par exemple de les organiser uniquement pour les femmes ou uniquement pour les hommes, de prévoir des épreuves différenciées selon le sexe ou le profil de formation des candidats sans imposition d'une égalité dans les postes offerts ;
- l'assouplissement des conditions d'âge ou de diplômes pour les femmes ou les jeunes ;
- le recours aux examens professionnels pour les emplois subalternes à condition que les statuts le prévoient ;
- le recrutement sans concours qui articule la sélection par test, entretien, graphologie, prise de références, avec la formation et la titularisation au bénéfice de jeunes peu qualifiés, pour favoriser leur intégration sociale ;
- le recrutement direct par voie contractuelle à certains emplois précis de la fonction publique territoriale, consistant en des postes de direction ;
- l'institution de zones ou de réseaux d'éducation prioritaires, pour favoriser par cette éducation, les personnes cibles dans la compétition pour l'accès à la fonction publique.

De telles initiatives ont certainement conduit le professeur LUCHAIRE à soutenir que, « l'égalité n'est plus comprise comme devant être absolue..., elle interdit seulement toute discrimination entre deux individus se trouvant dans une situation identique, c'est donc une égalité par catégorie » ;

Certains juristes français lui ont emboîté le pas, en s'interrogeant sur les perspectives de ce qui, à leurs yeux, annonçait peut être une mutation du principe de l'égal accès aux emplois publics. Pour eux, ce principe semble devoir perdre à terme son statut originel de principe transcendant idéal et absolu. Le contexte social actuel où l'aggravation des inégalités est constamment dénoncée, les a conduit à le repenser en raison notamment de la constitutionnalisation de la discrimination positive en faveur des femmes, pour les besoins de la promotion de la parité. D'ailleurs, il devrait de leur avis se poser à plus ou moins long terme en matière de parité, une question de conciliation de normes constitutionnelles, laquelle pourraient se cristalliser autour de l'idée que « ni la loi ni le règlement ne peuvent traiter arbitrairement ce qui est essentiellement égal de façon inégale,

ni traiter arbitrairement ce qui est essentiellement inégal de façon égale ». Le droit positif allemand semble avoir consacré une telle formule.

Pour d'autres juristes français, se fondant essentiellement sur la jurisprudence constitutionnelle ou administrative française, le principe d'égal accès aux emplois publics malgré son ambiguïté, est traité de manière modulée dans le contrôle de la constitutionnalité des lois ou de la légalité des initiatives de l'Administration, pour laisser une certaine liberté d'appréciation au Parlement ou à l'Administration.

En outre pour eux, les actes de discrimination positive n'ont pas vocation à la pérennité. Ils sont conçus pour aller en s'atténuant, au fur et à mesure que l'égalité de droit s'approche de l'objectif qui est la réalisation de l'égalité réelle. Ils devraient donc à terme disparaître et ne devraient dès lors pas être perçus comme les prémisses d'un droit à la différence de portée générale. Dans cet ordre d'idées, la discrimination positive est un ensemble de mesures visant à favoriser temporairement, certaines personnes appartenant à des catégories subissant ou ayant subi, des discriminations contraires au principe de l'égal accès à la fonction publique.

Ce dernier point de vue me semble plus proche de la situation qui prévaut au niveau de notre droit positif au Sénégal, où de surcroît, la jurisprudence semble s'orienter vers un contrôle particulièrement rigoureux des conditions de mise en œuvre du principe d'égal accès à la fonction publique. Il n'en a pas été toujours ainsi. Auparavant et dans plusieurs affaires, le juge de l'excès de pouvoir par exemple, s'est montré plutôt réticent à censurer l'autorité administrative en mettant surtout en avant, les règles du droit commun de la preuve comme celle selon laquelle, il appartient à celui qui se prévaut d'un grief d'en rapporter la preuve. Pourtant en la matière, la loi confère au juge le pouvoir de prescrire toute mesure d'instruction nécessaire à la solution de l'affaire. C'est précisément ce pouvoir d'investigation, qui a été utilisé dans l'affaire de l'association nationale des handicapés moteurs du Sénégal, déjà évoquée dans le discours d'usage. En outre, il me paraît intéressant de relever dans la motivation de la décision rendue dans ce dossier, le passage suivant : « 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...** ». On peut en effet se demander si le juge

sénégalais n'admet que les restrictions au principe et non les assouplissements par lesquels se matérialisent le plus souvent, les mesures de discrimination positive.

On est tenté de répondre par l'affirmative quand on se reporte à un autre arrêt de l'ancien Conseil d'Etat du 26 avril 1995, concernant l'affaire Alla NGOM et Boubacar NDIAYE, par lequel a été annulé pour excès de pouvoir, un arrêté du Ministre de la santé nommant sous officier d'hygiène, des agents n'ayant pas subi un concours professionnel et n'ayant pas obtenu non plus le diplôme exigé ; la possibilité pour l'Administration dans certains cas de procéder à juste raison à des assouplissements exceptionnels n'y a même pas été esquissée.

En revanche dans un domaine proche de notre sujet à savoir l'égal accès de tous aux études supérieures, l'ex Conseil d'Etat a par un arrêt N° 36/94 du 31 août 1994, rejeté le recours en annulation contre une décision de l'assemblée de l'Université Cheikh Anta Diop en considérant, « ...qu'elle peut sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir et sous réserve des engagements pris, réglementer les conditions d'exercice du droit d'accès à l'Université et fixer le montant des frais d'inscription, en pratiquant une tarification différenciée fondée sur l'intérêt général et sur la situation objective des requérants ». Comme en l'espèce les requérants étaient des étudiants étrangers, pour lesquels les frais d'inscriptions avaient été augmentés par rapport à leurs homologues sénégalais, une telle mesure était restrictive à leur encontre.

Cette réticence de la jurisprudence sénégalaise à admettre la discrimination positive apparaît aussi nettement, à l'examen de la décision N° 98.1 du 27 avril 2007 du Conseil constitutionnel, relative à la loi N° 23/2007 du 27 mars 2007, modifiant l'article L 146 du Code électoral qui instituait la parité dans la liste des candidats au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections législatives. Deux des motifs retenus par le Conseil pour déclarer la loi contraire à la Constitution, sont d'une part le principe de l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de race, de sexe et de religion..., ce qui exclut toute discrimination fondée sur le sexe, et d'autre part l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Pour le professeur Ismaël Madior FALL qui a commenté la décision, « le Conseil constitutionnel du Sénégal a tenu à rappeler... que l'ordonnancement

constitutionnel et la philosophie politique du Sénégal ne tolère pas de discrimination, fût-elle positive pour l'accès aux fonctions et mandats publics. Et si pareille discrimination devrait être prise elle passerait obligatoirement par une révision de la Constitution... » ; et le professeur FALL de s'interroger sur la pertinence du raisonnement du juge constitutionnel dans le contexte du Sénégal « où le Préambule de la Constitution attribue expressément, une valeur constitutionnelle à la Convention sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes, qui prévoit que les mesures de discrimination prises pour promouvoir la participation politique des femmes ne peuvent pas être déclarées contraires à la Constitution. » Il faut bien convenir que les articles 3 et 4 de la Convention précitée semblent conforter les objections formulées par le professeur FALL, les mesures de discrimination positive visées, ayant en principe vocation à s'appliquer dans tous les domaines.

Quoiqu'il en soit, le législateur a procédé à une modification de l'article 7 de la Constitution en y insérant un alinéa ainsi conçu : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions », ce qui a eu comme conséquence l'édiction de la loi 2010-11 du 28 mai 2010 instituant la parité absolue homme/femme, dans toutes les institutions totalement ou partiellement électives. L'on constate que cette loi est muette sur l'égal accès à la fonction publique. Il faudrait peut être pour la fonction publique se référer aux articles 2 et 8 de la loi 61-31 du 15 juin 1961 relative au statut général des fonctionnaires qui d'une part, précise la notion de statut particulier et pose le principe de l'interdiction de toute discrimination entre les deux sexes sous réserve des dispositions spéciales à prévoir par les statuts particuliers, lesquels sont donc en principe du domaine réglementaire. Sous réserve des dispositions de l'article 67 dernier alinéa de la Constitution, relative à la possibilité pour l'Exécutif, pour des raisons sociales, économiques ou financières, de soumettre à la loi des matières relevant normalement du domaine réglementaire, C'est peut-être par le biais des statuts particuliers que pourraient être promues toutes les mesures tendant à terme, à l'objectif d'une égalité réelle entre homme et femme dans la fonction publique.

Mais si on adhère à l'idée d'une « démocratisation de la fonction publique », on voit que les enjeux qu'impliquent les mesures de discrimination positive dans l'accès aux emplois publics, dépassent le cadre de la parité homme/femme ou celui des handicapés. Il me semble plus indiqué de considérer que lesdits enjeux

embrassent, des aspects essentiels de l'évolution socio-économique du genre humain, ce qui confère à cette adhésion un caractère inéluctable. En tout état de cause, une telle « démocratisation » devrait le cas échéant être déployée dans notre pays avec une bonne dose de prudence voire de circonspection. Les tendances jurisprudentielles en matière de contentieux de légalité ou de constitutionnalité évoquées plus haut, devraient nous inciter d'autant plus à adopter une telle stratégie, que la responsabilité extra contractuelle de l'Etat peut être recherchée, à la suite d'une censure juridictionnelle pour violation du principe de l'égal accès aux emplois publics si cette dernière a occasionné un préjudice.

Je vous remercie de votre aimable attention.