

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ANNEE ACADEMIQUE 1977-1978

SECTION MAGISTRATURE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

Le juge administratif dans le système sénégalais

Mémoire présenté par

MAMADOU KIKOU NDIAYE

MINISTÈRE
DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

ÉCOLE NATIONALE
D'ADMINISTRATION ET DE
MAGISTRATURE

LE JUGE ADMINISTRATIF DANS LE SYSTÈME SÉNÉGALAIS

MÉMOIRE

DE FIN DE SCOLARITÉ
PRÉSENTÉ ET SOUTENU

PAR

Mamadou Kikou NDIAYE



S O M M A I R E

B I B L I O G R A P H I E

La bibliographie comprend une partie générale et une partie concernant spécialement les questions sénégalaises.-

I.- BIBLIOGRAPHIE GENERALE

A.- OUVRAGES GENERAUX.-

- J. APPLETON : "Traité élémentaire du contentieux administratif".
- Jean RIVERO : "Précis de droit administratif".
- A. de LAUBADERE : "Traité élémentaire de droit administratif".
- J.M. AUBY et R. DRAGO : "Traité de contentieux administratif".
- R. ALIBERT : "Le contrôle juridictionnel de l'administration par le moyen du recours pour excès de pouvoir".

B.- THESES - ARTICLES - CHRONIQUES.-

- Olivier RENARD-PAYEN : "L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux".
- R. GUILLIEN : "L'exception de recours parallèle".
- A. Le TARNEC : "Faut-il supprimer les juridictions administratives", la Vie judiciaire N° 574 (8 - 13 Avril 1957).
- G. LIET-VEAUX : "Réflexions sur la séparation du contentieux", R. A., page 639.
- Pierre LAMPUE : "La justice administrative dans les Etats de l'Afrique francophone", R. J. P. I. C., 1965, page 3.
- François P. BENOIT : "Des conditions de développement d'un droit administratif autonome dans les Etats nouvellement indépendants", annales africaines, 1962, page 129.
- Alain BOCKEL : "Le Juge et l'administration en Afrique noire francophone", Annales Africaines, 1971 - 72, page 9.
- RAYmond GUILLIEN : "Essai sur une réforme du contentieux administratif", Dalloz, 1955, doctrine, page 97.

C.- RECUEILS - REPERTOIRES - REVUES.-

LONG-WEIL et BRAIBANT : "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative"(G. A. J. A.).

Encyclopédie DALLOZ.

Jurisclasser - administratif.

L'Actualité juridique - Droit administratif (A. J. D. A.).

II.- BIBLIOGRAPHIE SPECIALE

A.- OUVRAGES GENERAUX.-

GAUTRON et ROUGEVIN-BAVILLE

: "Droit public du Sénégal".

B.- THESES-ARTICLES-CHRONIQUES-REVUES.-

Mamadou DIOP : "Le contrôle de l'administration" (thèse 1968).

Gabriel d'ARBOUSSIER : 1°/ " La primauté du droit dans les nouvelles institutions de la République du Sénégal", Penant 1961, page 11.

2°/ " le Sénégal, exemple africain d'organisation judiciaire", Penant, 1961, page 171.

Kéba M'BAYE : "L'organisation judiciaire du Sénégal", Penant, 1965, page 27.

Abdoulaye DIOP : "L'organisation judiciaire sénégalaise en matière administrative", R.J.P.I.C., 1969, page 940.

D. G. LAWROFF : "Le code sénégalais des obligations de l'administration", Penant, 1966, page 1.

Alain BOCKEL : 1°/ "La Cour suprême et l'exception de recours parallèle : note sous l'arrêt Souleymane CISSE rendu par la Cour suprême le 12 juillet 1972", Annales africaines 1973, page 167.

2°/ "Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais", Annales africaines, 1973, page 137.

Charles LAPEYRE : "A propos du recours pour excès de pouvoir", in Annales africaines, 1973.

Revue Sénégalaise de droit.

C.- LEGISLATION

- Constitution de la République du Sénégal (Loi constitutionnelle n° 63-22 du 8 Mars 1963 modifiée par les Lois constitutionnelles N° 67-32 du 20 Juin 1967, 68-04 du 14 Mars 1968, 70-15 du 26 Février 1970, 76-01 du 19 Mars 1976, 72-27 du 6 Avril 1976).
- Loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965 portant code des obligations de l'administration (J.O. spécial N° 37-63 du 23 Août 1963).
- Ordonnance N° 60-17 du 3 Septembre 1960 portant Loi organique sur la Cour Suprême modifiée et complétée par l'ordonnance N° 63-07 du 26 Juin 1963.
- Ordonnance N° 60-56 du 14 Novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire dans la République du Sénégal ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé.
- Décret N° 60-390 du 10 Novembre 1960 fixant composition, compétence des Cours d'Appel, Tribunaux de première instance et justices de Paix.
- Décret N° 60-404 du 14 Novembre 1960 relatif aux règles de procédure devant la Cour d'Appel et les Tribunaux de première instance statuant en matière administrative abrogé en ses articles 1 à 20 remplacés par les dispositions du décret N° 64-572 du 30 Juillet 1964 portant Code de procédure civile - livre III : de la procédure en matière administrative.-

1) L A D

- o -

AVANT-PROPOS

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE

Le système d'unité de juridiction
et de dualité des contentieux.-

CHAPITRE I

L'UNITE DE JURIDICTION : JUSTIFICATIONS ET LIMITES.-

SECTION I

LES JUSTIFICATIONS A L'UNITE DE JURIDICTION.

SECTION II

LES LIMITES A L'UNITE DE JURIDICTION.

CHAPITRE II

LA DUALITE DES CONTENTIEUX JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIF : LA NOTION
DE MATIERE ADMINISTRATIVE ET LA SPECIFICITE DES REGLES DE PROCEDURE.-

SECTION I

LE CRITERE DE LA NOTION DE MATIERE ADMINISTRATIVE : LES CONCEPTIONS
ORGANIQUE ET MATERIELLE .

SECTION II

LA SPECIFICITE DES REGLES DE PROCEDURE.

.../...

DEUXIEME PARTIE

La répartition du contentieux administratif

CHAPITRE I

LE CONTENTIEUX DE LA LEGALITE

SECTION I

LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

I.- Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.-

A.- Au point de vue de l'acte attaqué.-

1°/ Définition de l'acte du point de vue organique.-

2°/ Définition matérielle de l'acte.

a) Définition de l'acte au point de vue de ses effets.

b) Définition de l'acte au point de vue du requérant.

B.- Conditions de recevabilité au point de vue des formes et délais du recours.

1°/ Conditions quant aux formes.

a) Le recours administratif préalable

b) Le ministère d'avocat.

c) Consignation d'une amende de 5 000 F

d) L'exception de recours parallèle.

2°/ Conditions quant aux délais.

a) La durée et le point de départ du délai.

b) Causes de prorogation du délai.

c) Effets de l'expiration du délai.

II.- Les moyens du recours pour excès de pouvoir.-

A.- Le contrôle de la légalité externe

B.- Le contrôle de la légalité interne.-

III.- Les pouvoirs du Juge et leurs limites.

A.- Les pouvoirs du juge dans la direction de l'instruction.

B.- Les pouvoirs du juge dans la direction de l'instance.

C.- Les limites des pouvoirs du juge : la décision et ses effets.

SECTION II

LE CONTENTIEUX DE L'INTERPRETATION OU DE L'APPRECIATION DE LA LEGALITE DEVANT LE JUGE DE DROIT COMMUN.

CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION : ETUDE DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION ET DE SES AGENTS.-

SECTION I

LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION.

I.- La responsabilité pour faute.

II.- La responsabilité sans faute.

A.- Le dommage anormal et spécial (article 142 - Alinéa 2 du C.O.A.).

B.- Les dommages de travaux publics (article 143 du C.O.A.).

C.- Dommages subis par les collaborateurs du service (article 144 du C.O.A.).

SECTION II

LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES AGENTS DE L'ADMINISTRATION : LA FAUTE PERSONNELLE (article 145 du C.O.A.).

I.- La notion de faute personnelle commise à l'occasion du service.

II.- La charge de la séparation.-

A.- Le mécanisme de la réparation.

B.- Les mérites du système sénégalais.

TROISIEME PARTIE

Appréciations sur la valeur de la solution sénégalaise et suggestions.-

CHAPITRE I

APPRECIATIONS SUR LA VALEUR DE LA SOLUTION SENEGALAISE.

SECTION I

EXAMEN CRITIQUE DU SYSTEME DU POINT DE VUE PRATIQUE.-

- I.- Les imperfections du système.
- II.- Les mérites du système.

SECTION II

LES CHANCES DE DEVELOPPEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF DANS UN SYSTEME D'UNITE DE JURIDICTION ET DE DUALITE DES CONTENTIEUX.-

- I.- Les obstacles au développement du contentieux administratif.-
- II.- Le code des obligations de l'administration et la jurisprudence dans son état actuel.-

CHAPITRE II

POUR QUELQUES SUGGESTIONS.-

AVANT PROPOS

Le sujet que nous avons choisi - "Le Juge administratif dans le système sénégalais." - peut présenter, certes, bien des écueils pour le civiliste que nous sommes. Mais en le choisissant, nous avons nourri certaines ambitions. En effet, un effort de réflexion sur le thème nous a permis de découvrir qu'il était intéressant à un double titre :

- D'abord parce que les études doctrinales en la matière, très peu abondantes, se résument pour l'essentiel aux interventions de Mr. le Doyen A. BOCKEL et de Mr. LAPEYRE sur les quelques décisions en plein contentieux et en recours pour excès de pouvoir ;

- Ensuite parce qu'il convient de s'interroger, sous l'éclairage de la jurisprudence, sur l'avenir du droit administratif dans un système d'unité de juridiction.

Nous devons à la vérité de dire qu'il nous fallait une certaine présomption pour sortir de l'ornière de notre formation civiliste pour aborder un autre domaine du droit qui requiert une tournure d'esprit différente. Aussi, nous avons conscience de ne pouvoir traiter le sujet avec une maîtrise distinguée. Toutefois, il nous paraît significatif que le choix opéré intervienne au moment où l'on s'interroge encore sur l'avenir du droit administratif sénégalais dont la création est confiée à des Juges rompus aux principes civilistes. En effet, depuis la réforme judiciaire intervenue au Sénégal en 1960, le Juge du contentieux privé est également juge du contentieux administratif. Or la matière administrative n'entre pas dans les préoccupations pour lesquelles il a été formé. Dès lors, sa mission se révèle très délicate, car il s'agit non seulement d'édifier un droit de l'administration mais aussi et surtout de dégager les moyens nécessaires pour aboutir progressivement à l'autonomie de ce droit. Certes, une telle oeuvre de jurisprudence n'est pas aisée et peut paraître **comme** **une** gageure pour un non initié ; mais elle n'en est ^{pas} **davantage** insusceptible de succès, car en définitive tout dépend de la capacité du Juge à éluder le danger d'un droit administratif trop inspiré du droit français, qui dénoterait un choix non volontaire et qui, par conséquent, poserait des problèmes d'adaptation.

Il est en effet, plus que jamais nécessaire, que le juge sénégalais s'évertue à dégager un droit tout à la fois adapté aux réalités de notre société socialiste en développement et capable de donner à l'administration les moyens juridiques de son action tout en respectant les garanties des particuliers. Cette nécessité est d'autant mieux fondée que de nos jours on assiste à des idées comme le socialisme et l'idée de développement qui concourent en faveur de l'intervention étatique dans les diverses branches de l'activité privée. Du reste, cette intervention est particulièrement tranchée dans les pays en voie de développement où l'initiative privée accuse une faiblesse.

Toutes ces données expliquent l'importance et la délicatesse du rôle dévolu au juge judiciaire en matière administrative. L'avenir du droit administratif sénégalais dépendra essentiellement de son génie créateur. C'est pourquoi, nous avons voulu nous livrer à ce travail pour apporter nos modestes réflexions sur la conception de ce droit, pour une justice administrative répondant de façon satisfaisante à ce qui est son but, à savoir :

"- Assurer une justice impartiale et facilement accessible à l'administré ;

- Assurer une application correcte des règles du droit administratif ;

- voire participer à la création de ces règles".-

En terminant cet avant-propos, nous avons plaisir à remercier tous ceux qui nous ont aidé à la réalisation de ce travail. Nous remercions très sincèrement la direction de l'E.N.A.M. pour son aide matérielle, exemple de générosité que nous saluons respectueusement ; nos remerciements vont également à Mr. le Conseiller à la Cour Suprême, Bocar Yoro SY, dont la simplicité, la discrétion, la courtoisie, l'esprit d'initiative et de méthode nous serviront éternellement de référence et de guide pratique dans l'exercice quotidien de notre futur métier de magistrat.--

INTRODUCTION

De la colonisation à l'autonomie interne, en 1958, le système judiciaire sénégalais fonctionnait au moyen de deux ordres de juridictions ; d'une part, les tribunaux de l'ordre judiciaire, d'autre part, les tribunaux de l'ordre administratif qui comprenaient :

- Le Conseil du contentieux administratif, lequel connaissait de tout le contentieux administratif local ;

- Le Conseil d'Etat français qui était Juge d'appel ou Juge de cassation des décisions rendues par le conseil administratif suivant que celui-ci statuait en premier ou en dernier ressort. Outre cette compétence, la haute juridiction française était juge de l'excès de pouvoir et du contentieux de l'Etat ;

- La Cour des comptes jugeait les comptes des comptables publics.

- En 1960, alors que la souveraineté internationale était acquise, le législateur sénégalais entreprit la réforme de la justice préexistante. Le système qu'il établit présente deux caractéristiques essentielles :

- D'abord, il y a unité de juridiction. Mais cette unité n'est pas exclusive de la séparation des contentieux. Autrement dit, les mêmes tribunaux jugent l'administration et les particuliers avec la particularité que les règles applicables aux litiges administratif ne sont pas celles du droit privé ;

- Ensuite, le contentieux administratif, comme en France, se répartit en contentieux de la légalité et en contentieux de pleine juridiction.

Le système ainsi mis en place n'est pas exempt d'imperfections, car en réalité il n'existe aucun système judiciaire idéal par définition ; aussi, suscite-t-il critiques et suggestions.

C'est sur ces idées maîtresses que sera axée notre démarche dont l'objet est d'étudier les chances de développement du droit administratif sénégalais dans un système d'unité de juridiction et de dualité des contentieux./...

PREMIERE PARTIE

Le système d'unité de juridiction et de dualité des contentieux

L'intitulé du sujet nous conduit, tout en étudiant le problème précis de la dualité des contentieux, à insister davantage sur l'organisation du contentieux administratif qui a survécu à la suppression de la juridiction administrative.

CHAPITRE I

L'UNITE DE JURIDICTION:

JUSTIFICATIONS ET LIMITES.

Très tôt, la question s'est posée au législateur sénégalais de l'utilité de maintenir un ordre de juridictions administratives distinct des tribunaux judiciaires. L'on sait qu'en France la juridiction administrative est née d'un concours de circonstances historiques, c'est-à-dire d'un mouvement de méfiance à l'égard des Cours de Parlement qui étaient en conflit quasi-permanent avec l'Administration royale. Mais ces circonstances historiques n'ont pas eu cours au Sénégal qui, comme le disait Gabriel d'ARBOUCIER, conserve, au contraire, le sentiment vivace de la sérénité impartiale des Tribunaux civils et de la Cour d'appel de Dakar. Aussi, la nécessité d'une juridiction administrative ne se justifiait-elle pas aux réformateurs de 1960. Il faut d'ailleurs remarquer que de grands pays ayant atteint un haut degré de civilisation technique et industrielle s'en passent, notamment les pays anglo-saxons. Et si en France elle a survécu, c'est essentiellement pour des raisons pratiques. C'est pourquoi, la réforme judiciaire intervenue au Sénégal a consisté à confier aux tribunaux judiciaires le contentieux de pleine juridiction. Désormais, un seul et même juge connaît des litiges administratifs et des litiges de droit privé. L'unité de juridiction est ainsi instituée et réglementée par l'ordonnance n° 60-56 du 14 Novembre 1960 sur l'organisation judiciaire dans la République du Sénégal. Cette ordonnance dispose en son article 3:

"Joue réserve des compétences d'exception en premier et dernier ressort de la Cour suprême, de la Cour d'appel et des Cours d'assises et en premier ressort des Tribunaux du travail, des Justices de Paix et des organismes administratifs à caractère juridictionnel, les Tribunaux de première instance sont juges de droit commun en toutes matières".

"Ils sont notamment compétents pour connaître":

"1°/ -de toutes instances tendant à faire déclarer débitrices les Collectivités publiques, soit à raison de marchés conclus par elles, soit à raison de travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de tous actes de leur part ayant occasionné préjudice à autrui";

"2°/ -de tous litiges relatifs à l'assiette, au taux et au recouvrement des impositions de toutes natures et particulièrement des demandes en décharge ou réduction formulées par les contribuables ainsi que des demandes en annulation des actes de saisies ou de poursuites administratives";

"3°/ -de tous litiges portant sur les avantages pécuniaires ou statutaires reconnus aux fonctionnaires et agents des diverses administrations".

La lecture de cet article fait appel à trois observations: d'abord le paragraphe 1°/ couvre les contentieux des contrats et de la responsabilité; ensuite les paragraphes 2°/ et 3°/ visent respectivement le contentieux fiscal et celui de la Fonction publique; enfin la rédaction de cet article est la reprise de l'article 8 du Dahir marocain du 18 Août 1913 qui était lui-même inspiré de l'article 1er du décret beylical tunisien du 27 Novembre 1888. En effet, le modèle sénégalais d'unité de juridiction a été emprunté au Maroc qui le tient lui-même de la Tunisie.

L'inopportunité de la juridiction administrative n'est cependant pas la véritable explication du choix opéré en 1960. Des justifications plus profondes sont à la base de ce choix.

SECTION I. - LES JUSTIFICATIONS A L'UNITE DE JURIDICTION.

L'explication la plus déterminante qui s'attache à la réforme judiciaire de 1968 trouve son fondement dans un souci d'ordre économique. Il fallait, en effet, un système judiciaire dont la simplicité et la modicité des moyens qu'implique sa mise en oeuvre répondent mieux aux soucis d'austérité budgétaire que conseillait notre état de sous développement. L'expérience a d'ailleurs démontré que le volume des litiges administratifs est assez mince pour justifier l'institution de la juridiction administrative qui entraînerait inutilement des charges financières. Outre cette raison économique, la simplicité par unification était commandée par le défaut de magistrats spécialisés en matière administrative. De plus, le système devait être conçu de manière à en rendre l'accès facile aux justiciables dont la conscience juridique est encore à l'état embryonnaire. Une autre justification de la réforme apparaît dans le souci de sauvegarder l'unité organique de la justice. En effet, notre constitution stipule en son article 80 - alinéa 1er: "Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif". Cette volonté du constituant, outre qu'elle définit la justice comme un troisième pouvoir, soutend l'idée d'une unité organique distincte, chargée de l'exercice de l'ensemble de la justice.

L'unité adoptée n'est ni le produit du hasard, ni un simple aménagement technique. Le système marocain qui fonctionne depuis plus d'un demi-siècle constitue une expérience plus ou moins concluante pour inspirer raisonnablement le législateur sénégalais. Mais au Sénégal comme au Maroc l'unité de juridiction n'est pas totale. Elle est soumise à des limites.

SECTION II. - LES LIMITES A L'UNITE DE JURIDICTION.

On a pu dire que l'unité de juridiction, pour être complète devait réaliser l'unification des contentieux judiciaire et administratif. Cependant, il n'est pas démontré que cette unification était nécessairement le corollaire obligé de l'unité de juridiction. Or l'idée selon laquelle l'administration est chargée de l'intérêt général explique que celle-ci puisse être soumise à un droit qui procède d'une inégalité, dictée par les nécessités publiques, entre l'ad-

ministration et le particulier. C'est pourquoi, des règles particulières gouvernent la compétence des juridictions en matière administrative. Ainsi l'ordonnance sur l'organisation judiciaire exclut de cette matière la compétence des Justices de Paix. De même le contentieux électoral est dévolu à la Cour d'appel pendant que la Cour suprême, dans sa 2ème section, connaît du recours pour excès de pouvoir. Outre ces règles de compétence, des règles spéciales de procédure gouvernent la matière administrative à laquelle il est fait application d'un droit spécial, le droit administratif. Au total, les privilèges qui en France sont reconnus à l'administration ont inspiré le système sénégalais, nonobstant l'unité de juridiction. A la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement que la justice administrative a survécu à l'unification de l'appareil judiciaire. Dès lors, l'unité réalisée doit s'entendre d'un point de vue seulement organique et non point fonctionnel. L'on a pu donc se demander si le Sénégal et les pays comme la Côte d'Ivoire, le Congo et le Niger que la solution sénégalaise a influencés peuvent s'affranchir du modèle français qu'ils n'ont pas voulu reprendre. Comme en France, un contentieux administratif et un contentieux judiciaire coexistent.

CHAPITRE II

LA DUALITE DES CONTENTIEUX JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIF: LA NOTION DE MATIERE ADMI- NISTRATIVE ET LA SPECIFICITE DES REGLES DE PROCEDURE.

La dualité des contentieux dans un système d'unité de juridiction peut paraître comme un paradoxe. Doit-on donner le pas au principe d'unité sur celui de la dualité? Les réflexions de Mr. de Laubadère sur l'expérience marocaine qui a inspiré le modèle sénégalais font la lumière sur la question: "On qualifie fréquemment ce système d'unité de juridiction. Cette expression, en réalité, peut induire en erreur; elle n'est pas vraie pour le Maroc dans le sens où on

l'entend, par exemple, pour les pays Anglo-Saxons. Le contentieux administratif et le contentieux judiciaire sont en effet ici cumulés mais non confondus. On pourrait soutenir sans paradoxe que les deux juridictions existent, mais que les mêmes tribunaux constituent, selon le cas, tantôt l'une, tantôt l'autre..."

Ces propos de Mr. de Laubadère sont séduisants par leur pertinence. En effet, dans les systèmes marocain et sénégalais l'unification de l'appareil judiciaire n'a pas remis en question l'existence de la justice administrative. Il s'ensuit que l'unification n'a pas résolu le problème du droit applicable quand bien même le justiciable n'a plus à se poser le délicat problème du juge qu'il faut saisir lorsqu'il désire porter au contentieux un différend qui l'oppose à l'administration. Parfois la question est simplifiée par des textes législatifs ou réglementaires. Ainsi, dans le cas du contentieux des traitements et indemnités, par exemple, le Code du travail s'applique aux agents non fonctionnaires des administrations qui, de ce fait, sont hors du champ d'application du droit administratif. D'autres textes peuvent également être cités, notamment le code des obligations de l'administration qui, en ses articles 146 et 147, soumet au droit privé la responsabilité administrative du fait des dommages causés par les véhicules administratifs et la responsabilité de l'Etat à raison des dommages subis ou causés par les élèves placés sous la surveillance des membres de l'enseignement public. Mais le problème n'est pas toujours aussi simple. En effet, le Code de procédure civile, en ses articles 729 à 733, traite de la procédure en matière administrative. La notion de matière administrative déterminant l'application de règles particulières de procédure, coïncide donc avec le problème du champ d'application du droit administratif. Il est évident qu'on retombe par là au système français tant est que, en dépit de l'unité adoptée, il revient au requérant de savoir si le litige qu'il veut porter devant le juge relève ou non du droit administratif pour, en conséquence, emprunter ou non les règles particulières de la procédure contentieuse administrative, sauf à encourir l'irrecevabilité de sa requête. Il va sans dire qu'il n'est pas facile au justiciable, surtout dans nos pays sous-développés, de savoir si pour le litige qui l'oppose à l'administration la règle applicable enclave du droit administratif ou du droit privé. En réalité, il ne s'agit rien moins que d'envisager le problème

du critère de la notion de matière administrative, tout comme le problème du critère de compétence en France.

SECTION I.- LE CRITERE DE LA NOTION DE MATIERE ADMINISTRATIVE: LES CONCEPTIONS ORGANIQUE ET MATERIELLE.

Le Code de procédure civile ne définit pas la notion de matière administrative. Le juge peut donc l'interpréter de différentes manières. En particulier, on peut concevoir deux conceptions:

- une conception organique selon laquelle tout litige où une personne publique est partie relève de la matière administrative quelle que soit la règle de droit applicable;

- une conception matérielle qui considère que tout litige dont le règlement fait appel à l'application du droit administratif entre dans la matière administrative. Cette conception est plus étroite et nous verrons que sa mise en oeuvre pose de sérieuses difficultés.

Néanmoins, le juge "administratif" sénégalais semble opter pour cette dernière. Son choix s'illustre dans l'affaire "Abdourahmane NDOYE C/Etat du Sénégal" jugée le 23 Mai 1970 par le Tribunal de première instance de Dakar. Le requérant agissant ès-qualité de représentant légal de sa fille mineure, Rokhaya NDOYE, expose que le 24 Avril 1968, vers 14 heures, son enfant, élève à l'école primaire de Ouakam II, a été grièvement blessée au poignet droit par le bris d'un carreau de la porte de la salle dans laquelle elle venait de déposer son cartable.

Il avait fondé son action sur deux moyens:

1°/ -la responsabilité de l'Etat du fait des dommages subis par les élèves placés sous la surveillance des membres de l'enseignement public (article 146 du code des obligations de l'administration);

2°/ -la responsabilité de l'Etat résultant d'un mauvais entretien d'un ouvrage public ou du fonctionnement défectueux du service public (respectivement articles 141 et 142 du code précité).

Après avoir écarté le premier moyen, le juge déclare:

"Mais attendu que, tant en ce qui concerne le mauvais entretien des bâtiments que l'organisation défectueuse du service, la responsabilité de l'Etat ne peut être recherchée qu'au titre du contentieux administratif";

"Que dès lors, les dispositions de l'article 729 du Code de procédure civile sont applicables à une telle instance".

En l'espèce il s'agit bien d'une responsabilité qui a ses règles particulières, c'est-à-dire les règles du droit administratif. Et conséquemment, le juge a fait application du critère matériel selon lequel tout litige dont le règlement fait appel au droit administratif entre dans la matière administrative qui détermine la mise en oeuvre de règles spéciales de procédure. Cela est fort aisé, mais en réalité ce n'est qu'en apparence car, il n'est pas toujours facile de dire que tel litige fait appel à l'application du droit administratif, ce droit n'étant pas codifié comme, par exemple le droit civil (nous reviendrons sur la codification à propos de l'exemple sénégalais). C'est là qu'apparaît toute la difficulté technique qui va se poser au juge, et surtout au juge sénégalais qui est de formation civiliste. La question est de toute évidence bien délicate et ce n'est pas hasard si en France le Tribunal des conflits est souvent saisi pour des conflits de compétence entre les juridictions administrative et judiciaire.

Selon le doyen Alain BOCKEL le critère matériel, bien qu'adopté en France, est très discuté par une bonne partie de la doctrine et doit être abandonné au Sénégal. Par contre, à l'appui de la thèse organique il donne deux arguments:

- d'une part, il soutient que la thèse organique entre dans la logique du système. En effet, l'un des buts de l'organisation du contentieux administratif au Sénégal, n'est-il pas de rendre facile l'accès du prétoire au justiciable? Ce but est faussé dès lors que le particulier se heurte à un problème juridique fondamental qui est celui de savoir la règle de droit applicable à son litige, surtout quand la matière exige une procédure fort sinieuse. Il appartient donc au juge "administratif" de lui faciliter la tâche en le mettant à l'abri d'un tel écueil qui, si l'on n'en prend garde, risque d'anéantir ad vitam aeternam la conscience juridique du plaideur.

- d'autre part, Alain Bockel soutient un autre argument en

faveur de la conception organique. Il écrit: "... le justiciable saurait que lorsqu'il s'attaque à l'administration il doit dans tous les cas se plier aux règles des articles 729 et suivants du Code de procédure civile". Dans ces conditions la voie à suivre, unique en toutes hypothèses, ne devrait plus poser, en principe, aucun problème comme c'est le cas actuellement. Les exemples jurisprudentiels témoignent des difficultés rencontrées dans la pratique et qui aboutissent à l'irrecevabilité de l'action du requérant pour cause de tardivité, par exemple. Tel est le cas dans l'affaire précitée "Abdourahmane NDOYE C/Etat du Sénégal". L'action du sieur NDOYE n'a pas été reçue au motif qu'il l'a engagée deux mois après l'avis de refus par l'administration à la suite de sa requête gracieuse.

Il s'ajoute à ces avantages que la conception organique confère au juge un pouvoir normatif plus important, c'est-à-dire une plus grande liberté dans la recherche des limites du champ d'application du droit administratif. Ce rôle normatif est d'ailleurs nécessairement appelé à agrandir de plus en plus son domaine puis qu'aussi bien le code des obligations de l'Administration ne comporte en soit que les grands principes de la jurisprudence administrative française, laissant au juge une marge d'appréciation suffisante dans le souci d'éviter une application fidèle de la jurisprudence française qui pourrait n'être pas toujours adaptée aux besoins propres d'un pays en voie de développement gouverné selon les principes du socialisme démocratique.

Au Maroc, le juge a également adopté le critère matériel, mais en tentant de simplifier le problème. Le juge saisi peut statuer en matière administrative quand bien même l'action aurait été introduite en matière civile, ou inversement. Ainsi, contrairement à ce qui se passe au Sénégal, l'erreur sur la nature administrative ou civile de l'instance n'a aucune conséquence néfaste sur l'issue même de la requête comme en témoigne la position de la Cour d'appel de Rabat qui déclare:

"...Qu'il échot dans ces conditions, pour le juge, de préciser la véritable nature du litige qui lui est déféré, sans tenir

compte des moyens inappropriés qu'une partie chercherait à lui présenter et à lui faire retenir avec ceux qui soutiennent en fait, seuls, la véritable action".

Le justiciable marocain n'a plus à subir les risques d'une procédure déroutante et décourageante car le juge prend ces risques à sa charge.

"Il échet, pour le juge, de préciser la véritable nature du litige...", dit la Cour de Rabat. A ce propos les solutions apportées par la jurisprudence marocaine s'apparentent à celles de la jurisprudence française ainsi que le montre, notamment, un arrêt de la Cour qui dit:

"Attendu que la distinction à établir entre ces instances de natures différentes pour le partage des compétences entre les juridictions, suivant les prévisions du dahir formant code de procédure civile, doit se faire en considération des litiges qui seraient en France justiciables des juridictions administratives ou des tribunaux de l'ordre judiciaire".

Cette solution marocaine pourrait ne pas être toujours satisfaisante car les réalités marocaines ne sont pas identiques aux réalités françaises, d'où les risques d'un droit inadapté. Et cette idée est exprimée par le professeur François BENOIT en des termes fort séduisants: "Une règle juridique n'est jamais autre chose que la solution d'un problème de fait. Des solutions, si bonnes qu'elles soient dans tel ou tel Etat, peuvent fort bien ne pas convenir ou s'avérer totalement inutiles dans tel autre Etat". (1).

Au total, nous avons tenté de chercher, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, un contenu à la notion de matière administrative en opposant les thèses matérielle et organique. Nous avons pu nous rendre compte que la conception matérielle n'était pas très opérante. Aussi, dans un souci de bonne administration de la justice, il est souhaitable que le juge sénégalais adoptât l'interpréta-

(1) Annales africaines 1962, page 129.

tion organique de la matière administrative qui pose moins de problème. Ce principe s'accorde mieux avec l'idée de simplicité du système judiciaire. On pourrait ici reprendre les propos de Mr. BENOIT sur l'élaboration des règles du droit administratif africain: "Si l'on désire que les juges administratifs puissent élaborer dans des conditions satisfaisantes les règles propres d'un droit administratif africain, il convient de poser en principe général que, dès que l'administration est en cause dans un procès, la compétence pour connaître du litige doit appartenir à la juridiction administrative". Encore ici, on fait prévaloir les vertus de la thèse organique.

A ce délicat problème de critère de la matière administrative s'ajoute une procédure dont la spécificité rend compte davantage du caractère autonome du droit administratif sénégalais.

SECTION II.- LA SPECIFICITE DES REGLES DE PROCEDURE.

La procédure en matière administrative est régie par des règles spéciales prévues par le Code de procédure civile dans son livre III, TITRE Ier, articles 729 à 733.

Selon l'article 729, "Toute action en justice doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation aux termes de l'article 39..." du code précité. C'est la règle du recours administratif préalable. Cette règle est donc l'obligation faite au particulier, préalablement à tout recours contre l'administration, de solliciter d'elle une décision sur la prétention qu'il se propose de porter au contentieux administratif. C'est seulement s'il se heurte à un refus total ou partiel qu'il pourra saisir le juge. La règle aboutit donc à subordonner le recours contentieux à l'exercice et au rejet d'un recours administratif. Mais puis qu'il faut une décision préalable de l'administration avant de pouvoir saisir le juge, le silence de celle-ci pourrait paralyser définitivement le recours contentieux? Le législateur a déjoué cette manoeuvre en disposant que "le silence gardé plus de quatre mois par l'autorité saisie vaut décision de rejet". Le recours est donc possible sur la base de cette décision implicite de rejet. Dès lors, il suffit simple-

ment au demandeur de prouver l'envoi, à une certaine date, de la requête gracieuse adressée à l'administration pour pouvoir assigner valablement l'autorité administrative devant le juge.

"L'assignation doit, à peine d'irrecevabilité, être servie dans le délai de deux mois...", dit l'article 729 - alinéa 2. Le point de départ de ce délai est le jour où la notification de la décision de l'administration a été faite à l'intéressé ou à l'expiration du délai de quatre mois. Ici le législateur a introduit une innovation par rapport au droit français. En effet, en droit français l'exercice du recours de pleine juridiction n'est enfermé dans aucun délai à l'égard de la décision implicite de rejet. Cette solution est moins sévère.

Du respect de ces différentes règles dépend la recevabilité de l'action du demandeur. Elles sont d'ordre public, mais certains exemples jurisprudentiels font douter de ce caractère d'ordre public. C'est le cas dans l'affaire "Cékou BADIO C/Etat du Sénégal, Société SOTRAFOM et Mutuelle Générale Française Accidents" jugée le 1er Mars 1969 par le Tribunal de première instance de Dakar (1).

En l'espèce, le véhicule Mercedes, appartenant à Cékou BADIO, qui circulait sur la chaussée bitumée de Thiara à Kolda est tombé dans un pont en construction, la déviation de la route n'étant pas signalée;

Le juge, statuant sur la recevabilité du recours introduit par le sieur Badio, déclare:

"Qu'aucune observation n'étant présentée par les défendeurs sur l'absence de requête gracieuse préliminaire et de réponse préalable de l'administration, il échet de déclarer l'action recevable en la forme".

Nous pensons que le Tribunal devrait opposer l'irrecevabilité de l'action au requérant quand bien même les défendeurs ne l'ont pas fait, le caractère des règles violées étant d'ordre public pour les raisons que voici:

1°/ -s'agissant de la requête gracieuse préliminaire, le législateur dit: "Toute action en justice doit être précédée d'une deman-

(1) R.S.D., Septembre 1969 - N° 6, 3ème année, page 35

de adressée à l'autorité administrative...". C'est une sorte de préliminaire de conciliation qui est obligatoire, tout comme la procédure de conciliation en matière de conflit individuel de travail est obligatoire. Il ne s'agit pas donc d'une faculté, auquel cas le texte dirait: "Toute action en justice peut être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative...";

2°/ -s'agissant de la réponse préalable de l'administration, son caractère obligatoire découle du fait-même que son visa par l'assignation est requis à peine de nullité de celle-ci.

Dans une autre espèce (Babacar GUEYE C/Etat du Sénégal) jugée par le même Tribunal le 23 Novembre 1970, le juge a déclaré, et cette fois conformément aux dispositions de la loi, l'action du requérant recevable au double motif que l'assignation a été donnée dans le délai légal et qu'elle a visé la décision implicite de rejet.

Il résulte de ces exemples jurisprudentiels que le juge joue un rôle important quant à l'issue des actions intentées par les particuliers contre l'administration. En effet, la recevabilité de ces recours dépend de l'interprétation qu'il fait des règles de procédure en matière administrative. Or sur ce point, la jurisprudence nous semble encore quelque peu instable. Il est donc nécessaire de mettre fin définitivement à ces hésitations que la bonne administration de la Justice déconseille.

Outre la dualité des contentieux judiciaire et administratif que nous venons d'examiner, on constate également, comme en France, une dichotomie au niveau-même du contentieux administratif: d'une part le contentieux de la légalité et, d'autre part, celui de pleine juridiction.

DEUXIEME PARTIE

La répartition du contentieux administratif

Le contentieux de la légalité tend à sanctionner l'illégalité

tandis que le contentieux de pleine juridiction a pour objet le rétablissement d'un droit méconnu ou la réparation d'un dommage subi du fait de l'administration.

CHAPITRE I

LE CONTENTIEUX DE LA LEGALITE.

Dans son ouvrage intitulé "Esprit des lois", Montesquieu écrit: "C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser" (1). Les régimes totalitaires sont une belle illustration de cette pensée. Il est donc nécessaire de soumettre l'administration à un cadre d'action qui s'impose à elle, qui lui fixe des limites. C'est là un principe fondamental, le principe de la légalité qui répond aux nécessités d'un Etat moderne, c'est-à-dire d'un Etat de droit. La pratique de l'arbitraire administratif est universelle. Aussi la primauté du droit doit être le fondement de tout Etat qui se réclame de la démocratie.

Le contentieux de la légalité vise donc à assurer la protection des droits individuels dont le respect et la garantie tangibles sont proclamés au préambule de notre constitution. Cette protection s'exerce au moyen d'un contrôle assuré par les magistrats, gardiens des droits et libertés. Comme l'a fait remarquer M. Mamadou DIOP, "c'est donc en dernière analyse le contrôle juridictionnel de l'action de l'administration qui constitue le contrepois nécessaire des prérogatives de la Puissance publique" (2). Ce contrôle des actes administratifs est exercé par la Cour suprême à deux niveaux: d'abord au niveau de l'élaboration des textes, c'est le contrôle a priori; ensuite intervient un contrôle a posteriori par le moyen du recours pour excès de pouvoir. Nous n'examinerons ici que ce dernier contrôle qui nous semble présenter plus d'intérêt, le premier n'étant qu'un avis que la Cour suprême émet sur les projets de loi ou de texte ou sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Cet avis n'a d'ailleurs qu'un caractère consultatif et, de ce fait, ne lie pas le Gouvernement.

(1) "Esprit des lois", livre IX, chapitre IV.

(2) R.S.D., Décembre 1960 - N° 4, 2ème année.

SECTION I.- LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR.

Aux termes de l'article 22 de la constitution du 3 Mars 1963, repris par l'article 3 de l'ordonnance du 3 Septembre 1963, "La Cour suprême est juge de l'excès de pouvoir des autorités administratives". Cette compétence s'exerce au niveau de la 2ème section de ladite Cour.

Ce recours apparaît comme la sanction du principe de légalité des actes administratifs. Il fait partie du contentieux objectif. Cette nature objective est généralement soulignée par les expressions utilisées à son sujet, expressions selon lesquelles il est le procès fait à un acte et non un procès entre parties. Cependant certains auteurs, notamment Alibert, Letourneur et Kornprobst ne partagent pas ce point de vue et attachent un caractère plutôt subjectif à ce recours. Mais quoi qu'il en soit, le recours pour excès de pouvoir, objectif ou subjectif, obéit à des règles qui lui sont propres et que nous allons examiner tour à tour.

I.- Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir devant la Cour suprême sont, telles que l'ordonnance précitée les prévoit, sensiblement identiques à celles dégagées en France, par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Mais cette similitude apparente recèle des différences qui vont à l'encontre d'une assimilation totale aux règles dégagées par la jurisprudence française. En France la recevabilité du recours est caractérisée par sa quasi-gratuité et la simplicité de ses formes. Au Sénégal le système est onéreux et d'un formalisme complexe. Telle est l'originalité des solutions sénégalaises que nous verrons en étudiant les conditions de recevabilité du recours au point de vue de l'acte attaqué, d'une part, et des formes et délais, d'autre part.

A.- Au point de vue de l'acte attaqué.

Il s'agit des actes unilatéraux, lesquels peuvent être définis comme la décision unilatérale émanant de l'organe administratif d'une

personne publique et susceptible de produire par elle-même des effets de droit à l'égard des tiers. Cette définition présente l'acte unilatéral sous un aspect double, organique et matériel.

1°/ Définition de l'acte du point de vue organique.

Ici la démarche va être négative. D'abord l'acte formellement administratif est un acte accompli par un organe de l'Etat et sa théorie se ramène à rechercher quels organes ont la qualité d'organes administratifs par opposition, d'une part, aux organismes non étatiques c'est-à-dire privés, d'autre part, aux autres organes de l'Etat ? Cette formule permet d'exclure certains actes et notamment :

- les actes législatifs;

- les actes juridictionnels. Sur ce point, le caractère juridictionnel attaché à certains organismes est très discuté en France. A notre connaissance ce problème ne s'est pas encore posé au Sénégal qu'il s'agisse de la commission de surveillance des banques et établissements financiers, des formations disciplinaires de l'Ordre des experts agréés et des médecins ou du Conseil de l'université statuant en matière disciplinaire tant à l'égard des étudiants qu'à l'égard des enseignants;

- les actes des autorités étrangères. La Cour suprême a déclaré irrecevable, dans un arrêt du 22 Mars 1961, le recours pour excès de pouvoir introduit par le sieur Alioune NDIAYE contre une décision du Général, Commandant supérieur de la zone militaire française d'Outre-Mer;

- les actes faits par les personnes privées, sauf si elles sont chargées d'une mission de service public. C'est le cas des organismes privés chargés d'un service public administratif particulier et doté d'un pouvoir de puissance publique par la loi;

- les actes de gouvernement. On admet en effet, qu'un certain nombre d'actes dits actes de gouvernement peuvent échapper au contrôle juridictionnel et pour lesquels il est établi une liste. Il s'agit des actes qui relèvent de relations constitutionnelles, c'est-à-dire des actes entre l'exécutif et le législatif, par exemple, le décret de promulgation d'une loi. D'autre part, des actes qui relèvent de relations

internationales: conclusion des traités, actes se rattachant à la coopération technique, etc. En dehors de ces deux catégories d'actes, les autres actes n'échappent pas au contentieux de l'annulation. Il a été jugé par la Cour suprême dans un arrêt du 26 Novembre 1961 "que la décision par laquelle un ministre suspend un fonctionnaire, quels que soient les motifs sur lesquels elle repose, est bien au nombre des actes dont il appartient à la Cour de connaître par la voie du recours pour excès de pouvoir".

Il résulte de cette démarche négative que l'acte n'est susceptible de recours pour excès de pouvoir qu'à la double condition qu'il soit unilatéral et qu'il émane d'une autorité administrative sénégalaise. Ce caractère unilatéral exclut ipso facto les contrats administratifs au profit du contentieux de pleine juridiction. Mais la portée de ce principe est tempérée par la théorie d'actes détachables. C'est ce qui ressort de l'article 140 du Code des obligations de l'administration qui dispose:

"Les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la Cour suprême".

"Sont notamment détachables du contrat":

"1°/ l'autorisation de contracter";

"2°/ la décision de contracter ou de ne pas contracter";

"3°/ l'opération d'adjudication";

"4°/ l'approbation du contrat";

"5°/ l'acte de conclusion du contrat ou de refus de conclure".

Cette liste d'actes détachables du contrat n'est pas limitative. En effet, dans l'affaire "Babacar LO et Abdou Salam DIALLO C/Etat du Sénégal", la Cour suprême a déclaré détachable du contrat la radiation d'un stage de perfectionnement d'un agent décisionnaire, pour le motif que ce stage était ouvert indistinctement aux fonctionnaires et aux non fonctionnaires:

"Attendu que l'intéressé avait été admis", dit la Cour, "par décision administrative, après examen, à un stage de perfectionnement usant indifféremment des agents fonctionnaires et non fonctionnaires; que par la décision attaquée, il a été radié de ce stage en même temps qu'un agent ayant la qualité de fonctionnaire; que lesdites décisions

sont, par leur nature, détachables des relations contractuelles existant entre le sieur Babacar LO et son employeur; que, dès lors, la Cour suprême est compétente pour se prononcer sur le recours en annulation présentée par lui..."

En définitive, le juge suprême apprécie le caractère détachable ou non détachable de l'acte pour s'estimer compétent ou non compétent.

Après cette étude sur l'aspect organique, quel est l'aspect matériel de l'acte susceptible de recours en annulation ?

2°/ Définition matérielle de l'acte.

Il s'agit ici d'apprécier les conditions relatives au contenu de l'acte.

a) Définition de l'acte au point de vue de ses effets.

Il doit s'agir d'une décision exécutoire. C'est le procédé type de l'action administrative. La puissance publique s'y affirme avec éclat. Le caractère exécutoire exclut du recours pour excès de pouvoir les mesures préparatoires d'une décision, les mesures confirmatives et les mesures rapportées. L'administration peut modifier unilatéralement l'ordonnement juridique et se livrer à elle-même un titre qui est directement exécutoire sous certaines conditions. Il appartient donc au particulier qui conteste la décision exécutoire de la déférer devant le juge de l'excès de pouvoir. Mais cela suppose qu'il y ait intérêt. C'est le problème de la qualité du requérant.

b) Définition de l'acte unilatéral du point de vue de la qualité du requérant.

Le requérant doit être suffisamment concerné pour agir. Ainsi un acte administratif unilatéral qui n'apporte aucun élément nouveau à la situation matérielle ou juridique du requérant ne peut faire l'objet d'un recours en annulation; par exemple, est irrecevable le recours formé contre une décision ministérielle traduisant un fonctionnaire devant un Conseil de discipline, une telle décision n'entraînant a priori aucune modification de la situation de l'intéressé. C'est dans ce sens que la juridiction suprême a statué le 18 Juillet 1962 dans l'arrêt "Amadou Alpha KANE C/Etat du Sénégal (C.F.T.)" en déclarant:

"Attendu que la décision attaquée est seulement le point de départ d'une procédure susceptible d'aboutir à une sanction disciplinaire

re; que par suite le requérant n'est pas recevable à l'attaquer directement par la voie du recours pour excès de pouvoir...".

L'intérêt à agir est une notion très difficile à définir. Aussi la jurisprudence s'est-elle montrée très souple sur le problème. Il s'agit de l'intérêt matériel, mais l'intérêt moral, par exemple l'atteinte aux libertés religieuses, et l'intérêt éventuel sont admis. Dans tous les cas la jurisprudence exige une individualisation de l'intérêt.

La recevabilité du recours est également soumise à des formes et délais.

B.- Conditions de recevabilité au point de vue des formes et délais du recours.

C'est là qu'apparaît l'originalité des solutions sénégalaises dont nous avons parlé plus haut.

1°/ Conditions quant aux formes.

Nous examinerons successivement le recours administratif préalable, le ministère d'avocat et la consignation de l'amende de 5.000 francs.

a) Le recours administratif préalable.

Obligatoire en plein contentieux, le recours administratif n'est pas obligatoirement le préalable au recours en annulation. Ce caractère non obligatoire ressort des dispositions de l'article 83 - alinéa 4 de l'ordonnance du 3 Septembre 1960 qui dit:

"Toutefois, avant de se pourvoir contre une décision administrative, les intéressés peuvent présenter dans le délai du recours pour excès de pouvoir un recours administratif hiérarchique ou gracieux tendant à faire rapporter ladite décision...".

Il ne s'agit donc que d'une simple faculté et non d'une obligation. Mais nous verrons plus loin l'intérêt de ce recours administratif préalable.

Cependant le recours administratif retrouve son caractère obligatoire lorsque la loi le prévoit expressément dans certains cas.

b) Le ministère d'avocat.

Il n'est pas obligatoire en France. Par contre, au Sénégal

le recours en annulation doit être introduit par une requête écrite et signée par un avocat exerçant légalement au Sénégal. La requête doit indiquer certaines énonciations à peine d'irrecevabilité et être accompagnée de la décision attaquée. Elle sera signifiée à la partie adverse dans le délai de deux mois par acte extra-judiciaire.

c) Consignation d'une amende de 5.000Fr.

Le requérant doit consigner au greffe de la Cour suprême, à peine de déchéance, une amende de 5.000 francs dont la justification est faite par la production du récépissé de versement dans le mois de l'introduction du recours. L'amende lui est restituée en cas de succès de son action et dans le cas contraire, elle est acquise au trésor. Cette exigence est inconnue du système français.

La rigueur de ces formes, a-t-on dit, est de nature à décourager les recours fantaisistes. On aurait pu assouplir ce formalisme et son caractère onéreux sans pour autant faire du recours en annulation une action populaire. On a vu en cette rigueur l'un des facteurs qui expliquent la rareté du recours. Sur la période qui va de 1969 à 1976 seuls 40 recours ont été enregistrés comme en témoigne le tableau ci-dessous.

ANNEES	Nombre de recours en annulation
1968-69	1
1969-70	1
1970-71	2
1971-72	5
1972-73	16
1973-74	7
1974-75	7
1975-76	1
<u>TOTAL</u>	<u>40</u>

A ces conditions de forme il faut ajouter l'exception de recours parallèle.

d) L'exception de recours parallèle.

Selon l'article 83 - alinéa 6 de l'ordonnance portant loi organique sur la Cour suprême, "le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent, pour faire valoir leurs droits, du recours ordinaire de pleine juridiction". L'existence de recours parallèle fait donc obstacle au recours pour excès de pouvoir.

En France la jurisprudence a une conception restrictive du recours parallèle. Elle estime que dès lors qu'une décision administrative, eût-elle même une portée pécuniaire, viole la légalité, le recours pour excès de pouvoir est recevable. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat a statué le 8 Mars 1912 dans l'affaire LAFAGE. Le requérant assurait des fonctions de chef du service de Santé en Cochinchine. Par décision du ministre des colonies, il a été privé du bénéfice des allocations prévues en faveur des chefs du service de Santé. Il introduit donc un recours en annulation pour excès de pouvoir de ladite décision. Le Conseil d'Etat statue en ces termes:

"Considérant que le sieur LAFAGE se borne à soutenir qu'il a été privé du bénéfice d'avantages qui lui sont assurés, en sa qualité d'officier, par les règlements en vigueur; que sa requête met ainsi en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative; que, par suite, le requérant est recevable à attaquer la décision dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir".

En définitive, on constate que la jurisprudence exige, quant à la recevabilité du recours, que le requérant ne demande que l'annulation de la décision lui refusant un avantage pécuniaire. Autrement dit, il doit s'en tenir aux seules conclusions à fin d'annulation. Ainsi c'est la nature des conclusions qui permet de faire la répartition des affaires entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux.

Depuis l'arrêt LAFAGE cette jurisprudence est constamment appliquée. Elle a été reprise par notre Cour suprême dans l'affaire "Mamadou Lamine DIOP C/Etat du Sénégal". Aussi M. GAUTRON a pu dire que la Cour suprême, comme le Conseil d'Etat français, a une conception

large du recours pour excès de pouvoir.

Par arrêté du 9 Décembre 1963, le sieur Mamadou Lamine DIOP alors Inspecteur central de classe exceptionnelle des Contributions directes a bénéficié d'un reclassement rétroactif à compter du 1er Janvier 1950, lequel reclassement aboutit à sa nomination en qualité de Directeur de 3ème échelon à compter du 26 Mai 1959. Ledit arrêté stipule toutefois que ce reclassement ne prendra effet du point de vue financier qu'à compter du 1er Janvier 1963.

Dans un arrêt du 23 Mars 1966 la Cour décide:

"Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le sieur Mamadou Lamine DIOP est fondé à demander l'annulation de la disposition attaquée de l'article 3 de l'arrêté du 9 Décembre 1963, en tant qu'elle limite au 1er Janvier 1963 les effets financiers des promotions prononcées en sa faveur par l'article 1er dudit arrêté".

Il est certain que le recours du sieur DIOP serait déclaré irrecevable par la Cour si le requérant présentait des conclusions se bornant seulement à demander la condamnation pécuniaire de l'administration. Il s'en déduit que la Cour suprême, comme le Conseil d'Etat, prend en considération la nature des conclusions..

Dans une autre espèce, la Cour a fait jouer l'exception de recours parallèle. Le requérant, Souleymane CISSE, avait introduit un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du Ministre de la Fonction publique et du Travail qui prononçait sa mise à la retraite avant la limite d'âge de 55 ans. La Cour déclare le recours irrecevable. Il ne faut pas voir ici un revirement de jurisprudence car le litige touchait à un contrat de travail. Le requérant n'ayant pas la qualité de fonctionnaire, la Cour a jugé qu'il dispose du recours de pleine juridiction devant le Tribunal du travail qui, aux termes de l'article 201 du code du travail, demeure compétent lors même qu'une collectivité ou un établissement public est en cause.

La conception actuelle de l'exception de recours parallèle a conduit certains auteurs, notamment de Laubadère, Valine, Guillien, Payen, à dire que la règle est en pleine décadence.

Mais la recevabilité du recours en annulation, outre les conditions de forme auxquelles elle est soumise, doit satisfaire à des conditions de délai.

2°/ Conditions quant aux délais.

Le recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif ne peut se faire que pendant un certain délai, à peine d'irrecevabilité.

Ce délai est relativement bref. Cette rigueur s'explique par le fait qu'il n'est pas souhaitable que la décision administrative puisse être contestée en tout état de cause. Elle est cependant atténuée par la reconnaissance jurisprudentielle de causes de prorogation.

a) La durée et le point de départ du délai.

Le régime du délai du recours contentieux est établi par l'ordonnance du 3 Septembre 1960.

La durée ^{du délai} est de deux mois.

Son point de départ est le jour où la décision attaquée a été portée officiellement à la connaissance des intéressés. Toutefois, les procédés de publicité des actes administratifs étant différents selon qu'il s'agit d'actes réglementaires ou individuels, le point de départ du délai n'est pas le même dans les deux cas.

Les décisions réglementaires faisant l'objet de publication, c'est à compter de cette publication que court le délai.

S'agissant des décisions individuelles, c'est la notification à l'intéressé qui fait courir le délai. Toutefois, en l'absence de notification qui leur soit adressée, le délai ne peut courir vis-à-vis des tiers, essentiellement concernés par ladite décision individuelle. Il ne pourra commencer à courir qu'à la date où ces personnes manifesteront d'une manière incontestable, par leurs actes ou par leurs attitudes qu'elles ont eu connaissance de la décision attaquée. C'est ce qui ressort des termes de l'arrêt "Dames Fatou DIF, Khady FALL, Fatou FALL C/Commune de Diourbel et Ndongo FALL I Bar" rendu en date du 9 Février par la Cour suprême qui déclare:

"Attendu que le permis d'habiter attaqué a été pris le 6 Avril 1954 mais n'a pas été notifié aux auteurs du recours qui, cependant, sont personnellement concernés; que le délai du recours pour excès de pouvoir n'a pu courir contre eux que le 22 Septembre 1961, date de leur

première demande à l'autorité judiciaire et à laquelle il ne peut être contesté qu'ils ont eu officiellement et indiscutablement connaissance de la décision attaquée".

Si une demande a été adressée à l'administration, et que celle-ci ne répond pas, le délai de deux mois ne joue qu'à l'expiration de quatre mois de silence.

b) Causes de prorogation du délai.

Le recours administratif, formé par le requérant préalablement au recours contentieux, a pour objet de proroger le délai de celui-ci. Cette prorogation est fondée sur l'intérêt pratique qu'il y a pour l'administré à réclamer d'abord devant l'administration elle-même, ce qui lui permet d'éviter les charges financières qu'implique la mise en oeuvre d'un procès. Dans ce cas le point de départ du délai est la date de rejet du recours administratif. Cette prorogation résulte aussi bien du recours gracieux que du recours hiérarchique.

Le recours contentieux formé à tort devant une juridiction incompétente ou en employant une procédure incorrecte a également pour effet de proroger le délai. Le point de départ du délai est alors la notification du jugement d'incompétence. C'est ce qui a été jugé par la haute juridiction sénégalaise dans l'affaire précitée "Dames Fatou DIOP, Khady FALL, Fatou FALL C/Commune de Diourbel et Ndongo Fall MBAR"

"... Attendu, cependant", dit la Cour, "que ce délai se trouve prorogé par le recours en annulation introduit à tort par les intéressés auprès du Tribunal coutumier et du Tribunal de 2ème degré; qu'en conséquence le recours est toujours recevable, la décision du tribunal de 2ème degré n'étant pas intervenue à la date où le recours a été introduit".

Dans les deux hypothèses ci-dessus, la prorogation ne joue que si la réclamation administrative ou juridictionnelle a été formée elle-même dans le délai du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire dans les deux mois de l'acte.

Il faut noter, par ailleurs, que les causes de prorogation ne peuvent jouer qu'une seule fois. En d'autres termes, un second recours administratif ou une seconde action devant un tribunal incompétent ne prorogerait pas de nouveau le délai. Cependant le recours de-

vant un tribunal incompétent proroge le délai même s'il intervient à la suite d'un recours administratif.

Quels effets peut entraîner l'expiration du délai ?

c) Effets de l'expiration du délai.

D'abord l'expiration du délai rend irrecevable le recours formé ultérieurement. Cette irrecevabilité est d'ordre public.

Une seconde conséquence concerne le sort des "demandes nouvelles" et "moyens nouveaux": même si le recours a été formé dans les délais légaux, l'expiration du délai survenant en cours d'instance interdit au requérant de déposer toutes conclusions nouvelles ou tous moyens nouveaux qui seraient étrangers à la cause juridique invoquée dans la demande.

Toutefois si, à l'expiration du délai, l'acte illégal ne peut plus être lui-même attaqué, la possibilité de certains recours en annulation subsiste sous les formes suivantes:

- Lorsqu'un règlement illégal comporte par la suite des mesures d'application, il est admis que ces mesures puissent être directement attaquées en annulation.

- Dans certains cas l'acte illégal lui-même peut donner lieu à un recours pour excès de pouvoir, malgré l'expiration du délai si des changements se produisent soit dans la situation de fait qui avait motivé la réglementation, soit dans l'état de la législation sur laquelle cette réglementation était fondée.

Il faut, enfin, dire que la forclusion à l'égard du recours pour excès de pouvoir du fait de l'expiration du délai laisse subsister le droit de soulever à toute époque l'exception d'illégalité à l'encontre des règlements administratifs, mais jamais à l'encontre des actes administratifs individuels.

Les conditions de recevabilité que nous venons d'étudier sont fort complexes. Et comme l'écrit Mr. BOCKEL, "c'est une aventure longue, difficile, périlleuse, un peu ésotérique, dans laquelle on ne peut s'engager qu'en suivant certains chemins fort sinueux et mystérieux dont le moindre écart sera sanctionné par l'échec...". Or comme nous l'avons constaté au cours des développements ci-dessus, la juridiction suprême attache, et à juste titre, le plus grand respect à

l'observation des règles de recevabilité. Sur les 40 recours en annulation enregistrés entre 1968 et 1976, 14 ont été déclarés irrecevables soit un taux de 35 %. A cet égard, le juge suprême prend le pas sur le juge du plein contentieux qui, nous l'avons ^{vu} manque parfois de rigueur.

Après cette étude sur la recevabilité, nous allons aborder l'examen des moyens sur lesquels le requérant peut fonder son recours.

II.- Les moyens du recours pour excès de pouvoir.

Ces moyens, appelés cas d'annulation ou cas d'ouverture, sont les diverses formes d'illégalité dont la constatation entraîne l'annulation de la décision attaquée. D'après la classification traditionnelle, l'illégalité peut revêtir quatre formes: l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir, la violation de la loi entendue au sens large. Les deux premiers de ces moyens ont trait à la légalité formelle ou externe des actes administratifs, tandis que les deux derniers concernent le contenu du droit, c'est-à-dire la légalité interne de ces actes. Ils seront étudiés successivement sous l'éclairage de la jurisprudence de la Cour suprême.

A.- Le contrôle de la légalité externe.

Il s'agit du contrôle de la régularité formelle de l'acte administratif.

Il y a illégalité formelle chaque fois que l'auteur de l'acte n'avait pas le pouvoir légal de le prendre ou, bien qu'ayant ce pouvoir, n'avait pas respecté, préalablement, un ensemble de règles de forme et de procédure. Mais afin d'éviter d'aboutir à un formalisme excessif, la jurisprudence a estimé que seules les formalités "substantielles", lorsqu'elles ne sont pas respectées, entraînent l'annulation de la décision. Au total, le contrôle de la légalité externe vise donc à vérifier la compétence de l'auteur et la forme de l'acte.

A propos de compétence, la Cour suprême, dans son arrêt "Baïla Haïmouth C/État du Sénégal" du 8 Juillet 1968, a prononcé l'annulation de l'arrêté en date du 24 Août 1965 par lequel le ministre des Finances attribue une ancienneté fictive à un fonctionnaire du ser-

vice des douanes. Cet arrêté a été pris, en effet, en dehors des attributions de toute autorité publique; c'est l'acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir légal de l'administration.

B.- Le contrôle de la légalité interne.

Ici le contrôle consiste à vérifier si l'acte a été pris en conformité avec le droit. Très souvent la juridiction suprême invoque la violation de la loi et, très rarement, le détournement de pouvoir qui est le fait par l'administration d'user de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel elle les a reçus. Dans ce cas, le juge de l'excès de pouvoir va donc chercher le but poursuivi par l'autorité administrative, ce qui suppose la recherche de ses intentions lorsqu'elle a pris la décision attaquée. En réalité, cette tentative n'est pas aisée. Aussi le juge préfère-t-il fonder sa décision sur d'autres motifs (erreur de droit ou de fait) qui lui permettent d'aboutir à l'annulation de façon beaucoup plus certaine que le détournement de pouvoir. Aujourd'hui, nous assistons d'ailleurs au déclin de ce moyen. Cependant, lorsqu'il est incontestablement manifeste, le juge n'hésite pas à en recourir.

C'est ainsi que dans l'affaire "Dane Yaye Katy DIENG, sieurs Malang FATY, Amadou Lamine DIOP C/Etat du Sénégal" jugée le 6 Juin 1973 la Cour suprême a déclaré:

"Attendu que la situation des intéressés a été finalement régularisée par les arrêtés attaqués intervenus de 4 ans à 5 ans et demi après leur prise de service en qualité de stagiaires; que lesdits arrêtés ont prononcé leur titularisation après deux années de stage; qu'il résulte expressément des observations présentées par l'Etat que ce retard d'un an apporté à la titularisation des intéressés a été motivé exclusivement par leur participation à la grève de Février 1971";

"Mais attendu que les faits ainsi invoqués sont postérieurs à la première année de stage des intéressés; que le motif allégué par le Ministre de la Fonction publique, du Travail et de l'Emploi pour justifier sa décision tardive de renouveler implicitement pour un an le stage des intéressés n'est pas de nature à fonder légalement sa décision; qu'il appartenait audit ministre d'engager à l'encontre des in-

téressés, s'il l'estimait opportun, une procédure disciplinaire, mais qu'en décidant de prolonger leur stage d'un an pour des faits intervenus à une époque où les intéressés ne pouvaient plus être légalement regardés comme stagiaires, celui-ci s'est également livré à un détournement de pouvoir".

Dans le domaine du détournement de pouvoir le juge suprême se reconnaît une très grande liberté d'appréciation;

Dans l'affaire "Carba Hdoucoumane GUEYE C/Etat du Sénégal, le requérant soutenait que l'arrêté du 17 Janvier 1964 par lequel le Ministre de la Santé et des Affaires sociales a rapporté l'arrêté du 7 Octobre 1963 portant révision de sa situation administrative était fondé sur un motif d'ordre politique; le juge de l'excès de pouvoir rejette le recours en tant que le requérant n'a pas apporté à l'appui de ses affirmations des présomptions sérieuses de nature à établir le détournement de pouvoir.

Quant à la violation de la loi, c'est la violation de la légalité largement entendue c'est-à-dire des textes dont le respect s'impose à l'administration.

Ce moyen a été de plus en plus développé par le juge et aujourd'hui il ne se borne pas à garantir l'administré contre la violation pure et simple de la loi mais il assure également la sanction de toutes les erreurs de fait comme de droit. Et dans tous les cas, la Cour suprême a eu à justifier sa position.

D'abord, elle a annulé des décisions administratives sur le moyen tiré de la violation d'un texte légal. C'est notamment le cas dans son arrêt "MALCHAIR C/Etat du Sénégal" du 26 Janvier 1972:

"Attendu que le sieur Malchair", dit la Cour, "demande l'annulation pour excès de pouvoir de la décision n° 738/LDR/EF du 17 Février 1971 par laquelle le Ministre du Développement rural lui a retiré son permis de petite chasse pour toute la saison 1970-1971";

"Attendu que la décision critiquée se fonde sur le délit d'obstacle à l'accomplissement des devoirs des agents des Eaux et Forêts, prévu et puni par l'article 27 du code de la chasse";

"Attendu que l'article 29 du même code, figurant au même cha-

pitre dispose: -Dans le cas où l'un des délits prévus par le présent chapitre a abouti à une condamnation ou à une transaction, l'autorité administrative compétente peut prononcer le retrait immédiat du permis de chasse...-";

"Attendu qu'il est constant qu'à la date de la décision critiquée aucune condamnation ni transaction n'était intervenue à l'encontre du sieur Malchair et que celui-ci est par suite fondé à prétendre que ladite décision a été prise en violation de l'article 29 du code de la chasse et se trouve entachée d'excès de pouvoir".

La Cour prend aussi en considération l'erreur de fait pour annuler des décisions fondées sur des motifs matériellement inexacts. C'est ainsi que dans son arrêt "Banes Fatou DIOU, Khady FALL, Fatou FALL C/Etat du Sénégal" cité plus haut, elle a prononcé l'annulation du permis d'habiter n° 6 du 6 Avril 1954 établi à Diourbel au nom de Ndongo FALL Mbar en tant que ledit permis a été établi sur des déclarations mensongères de ce dernier.

S'agissant de l'erreur de droit, elle se rencontre surtout en matière de retrait des actes administratifs. Sur ce point, l'autorité administrative, faisant une application erronée de la règle selon laquelle le retrait n'est possible que dans le délai ordinaire du recours pour excès de pouvoir, se livre à des retraits illégaux. C'est d'autant plus grave que le retrait de certains actes remet en question des droits acquis. L'arrêt "Dr. Samba Cor SARR C/Etat du Sénégal" rendu le 19 Avril 1967 par la Cour suprême en est une illustration. Par arrêté n° 18-565 du 31 Décembre 1964 et par décision n° 241 du 23 Décembre 1964 le Ministre de la Fonction publique a rapporté l'article 3 ~~et~~ de l'arrêté n° 17-620 du 29 Octobre 1962 et, dans son ensemble, l'arrêté n° 4379 du 17 Mars 1964. Or ces dispositions avaient modifié favorablement la situation administrative du sieur Samba Cor SARR et qu'il en était résulté, en conséquence, des droits acquis pour ce dernier. Le requérant demande donc l'annulation de l'arrêté et de la décision rapportant les dispositions précitées. La Cour annule au motif que le retrait intervenu environ huit mois après le dernier des actes rapportés est irrégulier. En l'espèce, ledit ministre a effectivement agi hors du délai ordinaire du recours pour excès de pouvoir, lequel est de deux mois.

La présente étude sur les moyens du recours pour excès de pouvoir devant la Cour suprême appelle certaines remarques:

1°/ Il faut d'abord observer que les recours en annulation portés devant ladite Cour concernent pour la plupart des cas la légalité interne de l'acte attaqué, l'illégalité formelle n'étant pas souvent invoquée.

2°/ La Cour ne retient pas toujours le moyen invoqué par le requérant à l'appui de son recours. Elle se reconnaît une grande liberté d'appréciation.

3°/ Les moyens qu'elle retient sont généralement la violation de la loi, l'erreur de droit ou l'erreur de fait. Il est admis que la juridiction suprême est juge du droit; mais fort heureusement, elle est consciente de ce que l'erreur de fait pouvait conduire à l'application erronée de la loi.

4°/ S'agissant du moyen plus délicat tiré du détournement de pouvoir, la Cour a clairement précisé sa position. En effet, au regard de sa jurisprudence actuelle, elle retient ce moyen dans deux hypothèses:

a) lorsque le détournement de pouvoir est manifestement établi;

b) lorsque la décision attaquée a été prise exclusivement ou principalement pour un motif étranger au service, comme le juge suprême a eu à le déclarer dans son arrêt "Babacar LO C/Ministre des Travaux publics" rendu le 23 Mars 1966.

Mais quels sont les pouvoirs du juge en matière de recours pour excès de pouvoir ? Quelles sont les limites à ces pouvoirs ?

III.- Les pouvoirs du juge et leurs limites.

Le caractère inquisitoire de la procédure confère au juge un pouvoir important dans la direction de l'instruction et de l'instance. Mais ce pouvoir est limité dans la décision.

A.- Les pouvoirs du juge dans la direction de l'instruction.

Ils résultent des articles 85 et 86 de l'ordonnance n° 63-07 du 26 Juin 1963 portant loi organique sur la Cour suprême.

Le juge décide les mesures d'instruction, sans être obligé d'ordonner les mesures sollicitées par les parties.

Il peut même supprimer l'instruction lorsqu'il apparaît que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine.

C'est à lui, enfin, qu'il incombe de déclarer l'affaire en état d'être jugée.

B.- Les pouvoirs du juge dans la direction de l'instance.

Ici les pouvoirs du juge se manifestent tout particulièrement en ce qui concerne l'administration de la preuve. Cette règle obéit, en principe, au droit commun de la preuve c'est-à-dire à la règle "actori incumbit probatio". Mais elle supporte ici des atténuations considérables car le juge de l'excès de pouvoir se considère comme le maître de la preuve.

Il rend donc sa décision en fonction des éléments qui lui ont été soumis et des mesures qu'il a ordonnées.

Cette attitude procède des caractéristiques propres du litige administratif. En effet, le requérant n'est pas dans la position d'une partie ordinaire car il n'a pas accès au dossier administratif. Le juge rétablit donc l'équilibre en n'exigeant pas, dans de nombreux cas, le respect de la règle "actori incumbit probatio".

De même, lorsque le requérant se prévaut à l'appui de ses allégations de faits précis constituant des présomptions sérieuses d'illégalité, le juge demandera à l'administration la production de toutes pièces susceptibles d'établir sa conviction. Telle fut la position du Conseil d'Etat Français dans l'affaire "BAREL" jugée le 28 Mai 1954. En l'espèce, les requérants prétendaient que la mesure par laquelle le Secrétaire d'Etat à la Présidence du Conseil avait refusé de les inscrire sur la liste des candidats à l'Ecole nationale d'admi-

nistration était fondée sur leurs opinions politiques.

Le Conseil d'Etat, compte tenu de certaines circonstances, ordonne à l'administration de produire les dossiers de candidature afin de vérifier les allégations des requérants. Cette demande n'ayant pas été satisfaite, la haute juridiction a décidé que le motif allégué par les requérants doit être considéré comme établi.

Dans l'affaire Amadou Alpha KANE, la Cour suprême a fait application de cette jurisprudence qui montre le caractère inquisitoire des pouvoirs d'instruction du juge.

Par décision n° 13-395 en date du 25 Octobre 1961, le Ministre des Transports et Télécommunications a suspendu de ses fonctions et déféré Amadou Alpha KANE devant un conseil de discipline au motif que celui-ci aurait commis une "faute lourde" en organisant des menées subversives qui ont porté préjudice au bon ordre du service. Or contrairement à l'article 47 du statut général de la Fonction publique, ledit conseil n'a été saisi par aucun rapport indiquant clairement les faits répréhensibles et les circonstances dans lesquelles ils ont été commis.

La Cour, par lettre en date du 26 Novembre 1962, a demandé audit ministre la production complète des dossiers constitués à l'occasion des poursuites disciplinaires dirigées contre le sieur KANE. Les documents fournis par l'administration n'ont pas été convaincants et, conséquemment, la Cour a décidé que le requérant est fondé à soutenir que la décision de révocation repose sur un motif inexact et par suite, à en demander l'annulation pour excès de pouvoir. Ici on constate que le juge a préféré se placer sur le terrain de "motif inexact" plutôt que sur celui de détournement de pouvoir dont la preuve est beaucoup plus délicate à faire.

Néanmoins, il faut remarquer que le juge sénégalais s'est montré plus audacieux que le juge français en assumant davantage ses responsabilités de maître de l'instruction. Dans l'affaire "BAREL", en effet, les requérants se prévalent à l'ap-

pui de leur allégation de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses. Or dans l'affaire "Amadou alpha KANE", le juge n'a pas exigé au requérant la production de présomptions sérieuses. D'emblée, il a supprimé ce chaînon intermédiaire de la jurisprudence. Le sieur KANE alléguait simplement qu'il n'avait commis aucune faute lourde.

C.- Les limites des pouvoirs du juge: la décision et ses effets.

Ici deux hypothèses restent possibles:

- le juge peut rejeter le recours sur la recevabilité ou sur le fond. Dans ce cas la décision n'a que l'autorité relative de la chose jugée;

- dans une seconde hypothèse, le juge peut constater la violation de la légalité et, en conséquence, prononcer, selon les cas, partiellement ou totalement, et de manière rétroactive, l'annulation de l'acte attaqué. Mais il ne peut ni modifier l'acte, ni condamner l'administration à des dommages-intérêts, ni lui adresser des injonctions. Et c'est là qu'apparaît le tempérament apporté à ses pouvoirs. La décision d'annulation a l'autorité absolue de la chose jugée c'est-à-dire qu'elle s'impose à tous: c'est l'effet "erga omnes". Et conformément aux dispositions de l'article 87 de l'ordonnance portant loi organique sur la Cour suprême, lorsque la décision annulée avait fait l'objet d'une publication au journal officiel, l'arrêt d'annulation doit être publié dans les mêmes conditions, ce qui n'est pas le cas dans le système français.

Le contentieux de l'interprétation ou de l'appréciation de la légalité devant le juge de droit commun constitue le second volet de notre étude sur le contentieux de la légalité.

SECTION II.- LE CONTENTIEUX DE L'INTERPRETATION OU DE
L'APPRECIATION DE LA LEGALITE DEVANT LE
JUGE DE DROIT COMMUN.

Aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 14 Novembre 1960, "les juridictions ont au cours des instances dont elles sont saisies compétence pour interpréter et apprécier la légalité des décisions des diverses autorités administratives".

Ce texte permet au juge de droit commun de connaître du domaine de la légalité au cours des instances dont il est saisi. Par exemple, lorsqu'un individu est poursuivi au pénal pour infraction à un règlement, le tribunal correctionnel prononce sa relaxe dès lors qu'il juge que ce règlement est illégal.

En droit français, l'interprétation n'est permise au juge civil qu'en ce qui concerne les actes réglementaires, celle des actes individuels constituant une question préjudicielle de la compétence de la juridiction administrative. De même, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par voie d'exception n'est jamais, en principe, de la compétence des tribunaux judiciaires. Au Sénégal, rien ne s'opposait à ce que l'on adoptât le même système en abandonnant à la Cour suprême tout ce qui, en France, constitue une question préjudicielle et cela, pour mieux marquer le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Mais ici le législateur a entendu, certainement, pousser davantage le système d'unité de juridiction. Aussi, le juge est tenu de statuer dès lors que la légalité d'un acte administratif est remise en question au cours de l'instance dont il est saisi et quelle que soit la nature de cette instance

Mais alors, qu'en sera-t-il des Justices de Paix étant donné qu'elles n'ont pas compétence en matière administrative ? Selon Pierre LAMPUE (1), l'article 4 précité concerne tous les tribunaux. En réalité, il nous est difficile de donner un avis

(1) R.J.P.I.C., 1965, page 3

formel sur ce problème. Nous ne savons pas s'il s'est déjà posé en jurisprudence. Disons cependant que le texte nous semble de construction ambiguë et de ce fait, il est difficile de dire si oui ou non l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes administratifs échappent au juge de paix pour ne relever ou non que des seules juridictions ayant compétence en matière administrative.

En définitive, même le juge de droit commun n'intervient dans le domaine de la légalité que d'une manière incidente, son véritable champ d'action se situant au contentieux de pleine juridiction.

CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION: ETUDE DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION ET DE SES AGENTS.-

En France, la théorie de la responsabilité de l'administration a été, sous réserve de divers régimes législatifs particuliers, essentiellement élaborée par le juge administratif. Dans cette oeuvre constructive, il s'est très nettement affranchi des règles et des textes du droit privé, en particulier des articles 1382 et suivants du code civil. Cette jurisprudence a été reprise, dans ses grands principes, par le législateur sénégalais dans la loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965 portant code des obligations de l'administration. Il revient au juge "administratif" sénégalais d'enrichir ces dispositions législatives héritées de la jurisprudence administrative française car, comme le dit François BENOIT, la naissance d'une règle juridique est toujours liée à des contingences, c'est-à-dire à des données occasionnelles de pur fait. Aussi, pour certains problèmes, le juge sénégalais pourra adopter parfois des solutions différentes de celles qui sont données par la jurisprudence administrative

française.

Si nous avons choisi de n'étudier, ici, que la responsabilité extra-contractuelle, laissant de côté la responsabilité contractuelle, c'est pour les raisons que voici :

Dans la loi précitée, une réglementation quasi-exhaustive des contrats administratifs y est faite, depuis leur domaine d'application en passant par leur formation jusqu'à leur exécution. En cette matière il y a donc moins de problème et il faut surtout noter que le juge y a rendu peu de décisions. En revanche, dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle se posent de très nombreux problèmes ce qui explique ici le nombre plus important des décisions rendues par le juge. Cette responsabilité est réglementée par le livre 2ème du code susvisé qui établit plusieurs régimes en ses articles 141 à 147. Ces régimes sont en fonction des conditions d'engagement de la responsabilité administrative.

Nous étudierons successivement la responsabilité extra-contractuelle de l'administration et celle de ses agents.

SECTION I.- LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION.

Elle peut être fondée sur la faute ou engagée en l'absence même de toute faute.

I.- LA RESPONSABILITE POUR FAUTE.

Il s'agit de la faute de service qui se définit comme le fonctionnement défectueux du service public par rapport à son fonctionnement normal. Le contentieux qu'engendre cette faute est celui du droit à l'indemnité. Ce droit doit s'interpréter du point de vue du droit public et non point par référence au droit privé.

L'appréciation de la faute de service se fait par rapport au comportement normal de l'administration en tenant compte de la nature du service, des difficultés qu'il rencontre et des

moyens dont il dispose. C'est l'idée qu'adopte le code des obligations de l'administration en son article 142 - alinéa 1er. En outre le juge doit distinguer entre la faute lourde et la faute simple. ^{Au} Maroc, les tribunaux appliquent en règle générale le système de la gradation des fautes en fonction de l'intérêt que présente le service pour la collectivité ou de ses difficultés particulières d'exécution. La Cour d'appel de Rabat, statuant sur une demande d'indemnité concernant des dommages causés à une propriété privée par un service public déclare:

"Attendu que toute faute du service public n'engendre pas automatiquement la responsabilité de la puissance publique; que les faits générateurs de cette faute doivent être d'une certaine gravité considérée dans chaque cas en fonction de la diligence que le plaignant était légitimement en droit d'exiger du service public considéré".

Pour certains services d'ailleurs, par exemple la Police en opération de maintien d'ordre, le juge exigera une faute lourde pour éviter d'engager trop facilement la responsabilité publique. Il doit fixer des normes de fonctionnement normal.

Quant à la preuve, elle incombe au demandeur qui doit prouver que le dommage subi résulte d'une faute de l'administration. Ces règles qui reprennent celles du droit privé s'en distinguent par certaines différences:

- d'abord le juge administratif a une certaine liberté en matière de preuve par rapport au juge civil. Bien que l'administration soit défenderesse au procès, il peut lui demander toutes justifications susceptibles d'établir sa conviction eu égard à l'inégalité des parties;

- une autre particularité de la preuve en matière administrative réside dans la présomption de faute qui joue en faveur de la victime lorsque la preuve est difficile à établir. La victime n'aura plus qu'à prouver le lien de causalité entre le dommage et l'action administrative. Mais cette présomption de

faute peut être détruite. Elle a été appliquée par la jurisprudence dans certaines hypothèses, singulièrement en matière de dommages de travaux publics. Cette jurisprudence n'est pas prise en considération en tant que telle par le code des obligations de l'administration qui prévoit un régime de responsabilité pour faute et un régime de responsabilité sans faute.

II.- LA RESPONSABILITE SANS FAUTE.

Normalement, l'administration ne répond que des conséquences dommageables de ses fautes. La responsabilité sans faute constitue donc une théorie qui ne s'applique que dans certaines hypothèses, lesquelles ont été créées par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette jurisprudence n'a été reprise que partiellement par le code des obligations de l'administration. En effet la responsabilité sans faute est beaucoup plus ouverte en France qu'au Sénégal. En France, l'utilisation des choses dangereuses, l'enrichissement sans cause (la tendance actuelle l'admet à condition qu'il y ait dommage anormal spécial) constituent des hypothèses de responsabilité sans faute que le législateur sénégalais n'a pas voulu reprendre. Le code prévoit trois hypothèses principales de responsabilité sans faute:

A.- Le dommage anormal et spécial (article 142 + alinéa 2 du C.O.A.).

Sur ce point le code n'admet que deux hypothèses:

- l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier qui cause un dommage à des tiers.

Dans ce cas il y a rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

- L'inexécution des décisions de justice.

Ici la responsabilité est encourue lorsque l'inexécution, justifiée par des raisons tirées de la sauvegarde de l'ordre public, s'est prolongée pendant une période anormalement longue.

A notre connaissance, ces deux hypothèses ne se sont pas encore posées au juge sénégalais.

B.- LES dommages de travaux publics (article 143 du C.O.A.).

Ces dommages constituent l'un des plus importants terrains d'application de la responsabilité sans faute. Sur ce point l'arrêt "Mor DIAW C/Commune de Dakar" rendu par la Cour d'appel le 9 Janvier 1970 est intéressant car le juge a été amené, dans cette espèce, à examiner plusieurs situations juridiques de responsabilité.

Le sieur Mor DIAW agissant ès-qualité de représentant légal de son fils mineur, Moustapha Diaw alors âgé de 7 ans, a relevé appel d'un jugement rendu le 20 Mars 1965 par le Tribunal de première instance de Dakar qui l'a débouté de son action dirigée contre la ville de Dakar.

A ses dires et à ceux de ses camarades, l'enfant, Moustapha Diaw, découvrait sur un dépôt d'ordures un objet qu'il se mit à manipuler, lorsque celui-ci explosa, le blessant grièvement. La nature de cet objet n'a pu être déterminée. Mais il semblerait une grenade des forces de police.

Pour faire supporter le dommage par ladite ville, Mor Diaw invoque contre celle-ci trois moyens:

- 1°/ -La faute de service;
- 2°/ -la responsabilité de plein droit;
- 3°/ -le manquement à une obligation de sécurité.

En instance d'appel Diaw reprend ces trois moyens qui ont été repoussés par le premier juge.

Après avoir écarté les 1er et 2ème moyens, le juge d'appel a estimé que Diaw, en se fondant sur ce qu'il appelle la responsabilité de plein droit, invoque le régime des dommages causés par les travaux et les ouvrages publics en ce que ce régime retient, lui aussi, la responsabilité de la puissance publi-

que sans qu'il y ait besoin de rapporter la preuve d'une faute. La Cour dit, en effet, qu'en l'espèce, l'absence d'enlèvement du dépôt d'ordures offre la possibilité de qualifier la carence de la ville de Dakar de défaut d'entretien de l'ouvrage public constitué par la voie et ses abords, sous réserve de vérification du bien fondé de cette assertion.

Mais le système de responsabilité applicable aux dommages de travaux publics combine le risque et la faute:

- les dommages causés aux tiers relèvent de la responsabilité pour risque à la condition qu'ils présentent un caractère anormal;

- les dommages causés aux usagers relèvent du système de la faute mais la jurisprudence admet qu'il y ait présomption de faute, comme nous l'avons déjà dit plus haut : il appartient à l'administration de prouver qu'elle a entretenu normalement l'ouvrage public.

En l'espèce, le jeune Diaw était-il tiers ou usager ? C'est le problème de la distinction du tiers et de l'usager que la Cour avait d'abord à résoudre car les conditions d'engagement de la responsabilité publique ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre cas.

Pour être générateurs de responsabilité, les dommages causés aux tiers doivent présenter un caractère anormal et c'est ce caractère d'anormalité que le demandeur souligne dans ses conclusions. La Cour a jugé que Moustapha Diaw n'était nullement un tiers mais plutôt un usager en tant qu'il était en rapport d'usage avec l'ouvrage. Dès lors, c'était donc à la ville de Dakar de prouver qu'elle avait normalement entretenu la voie publique de manière à permettre un usage de l'ouvrage conforme à sa destination. Mais le juge d'appel déclare que le dommage ayant pour origine la présence d'obstacles ou de dangers n'engage la responsabilité de la puissance publique que s'il est constaté que cette présence s'est poursuivie pendant un certain laps de temps, révélateur d'un défaut d'entretien. Or rien de cela n'apparaissait en l'espèce, selon la Cour qui dit: "si

l'administration est tenue d'entretenir les voies publiques, elle ne peut cependant être obligée de faire enlever à tout instant les objets divers qui peuvent s'y trouver en dehors de son fait, notamment les objets abandonnés". Nous pensons qu'on doit regretter que la Cour n'ait pas cru devoir demander à la ville de Dakar de rapporter la preuve que les ordures n'étaient pas restées dans le dépôt pendant un temps, révélateur d'un défaut d'entretien, d'autant que le juge d'appel, en l'espèce, considérait l'enfant Diaw comme usager ce qui, dès lors, faisait bénéficier à la victime de la présomption de faute contre ladite ville. Hormis cela, il faut dire qu'ici la Cour s'est livrée à une gymnastique juridique remarquable pour démontrer qu'en l'espèce l'article 143 - alinéa 2 (du C.O.A.) n'était pas applicable et c'est là que réside le plus grand mérite de l'arrêt. En effet, le juge d'appel a eu le mérite de s'efforcer de définir dans sa décision les normes d'une administration moyenne diligente en tenant compte de ses possibilités d'exécution. L'article 143 - alinéa 2 susvisé reprend la notion de défaut d'entretien normal de la jurisprudence française. Selon celle-ci, il y a défaut d'entretien normal si l'exécution ou le fonctionnement d'un ouvrage public n'offre pas les conditions normales d'utilisation. Or il s'agit là d'une notion vague. Il appartient donc au juge d'établir, comme l'a fait la Cour, des normes de fonctionnement normal pour voir ensuite si, en l'espèce qui lui est déférée, l'administration pouvait ou non répondre à ces normes.

C.- Domages subis par les collaborateurs du service (article 144 du C.O.A.).

Il s'agit ici d'une application de la théorie du risque professionnel selon laquelle l'employé procure, par son travail, un avantage à l'employeur. Or si le travail est dangereux, il court un risque; il sera donc indemnisé en cas de dommage sans qu'il soit besoin d'établir une faute. Mais la portée de cette

jurisprudence a diminué car le législateur est intervenu pour réglementer les dommages résultant du travail. Cependant il est des hypothèses où cette loi protectrice ne peut pas s'appliquer et la jurisprudence jouera; c'est le cas des collaborateurs exceptionnels du service, par exemple les bénévoles. Il faut une double condition: le collaborateur ne doit pas être un usager du service et la collaboration doit avoir été sollicitée ou acceptée. Mais s'il y a urgence, la collaboration pourra être retenue même si elle n'a été ni sollicitée, ni acceptée.

Il reste que l'action de l'agent administratif n'entraîne pas toujours la responsabilité de l'administration, cette action pouvant être parfois trop détachée du service: c'est le problème de la faute personnelle de l'agent.

SECTION II.- LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES AGENTS DE L'ADMINISTRATION: LA FAUTE PERSONNELLE (ARTICLE 145 DU C.O.A.).

La notion de faute personnelle a été remarquablement dégagée pour la première fois par LAFERRIERE dans ses conclusions sur l'affaire Lemonnier-Carriol. Selon cet auteur, la faute est personnelle lorsque l'acte dommageable révèle non plus un administrateur plus ou moins sujet à erreur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses imprudences et ses haines.

Mais la distinction "faute personnelle-faute de service" est souvent difficile à opérer par le fait du jeu du cumul des responsabilités. Il arrive souvent que dans certains cas coexistent la responsabilité de l'administration et la responsabilité personnelle de l'agent pour un dommage causé à la victime. Dans un tel cas, la victime disposera d'une option:

1°/ -Elle pourra demander réparation à l'agent devant le juge judiciaire pour faute personnelle;

2°/ -elle pourra demander, devant le juge administratif, réparation à l'administration pour faute de service.

Le législateur sénégalais n'a pas voulu reprendre cette jurisprudence des cumuls dégagée par le Conseil d'Etat. Bien au contraire, il a introduit une innovation en établissant un régime de substitution à l'article 145 qui traite de la faute personnelle. Ledit article pose le double problème de la définition de la faute personnelle commise à l'occasion du service et de sa réparation.

I.- LA NOTION DE FAUTE PERSONNELLE COMMISE A L'OCCASION DU SERVICE.

L'alinéa 1er de l'article précité la définit ainsi: "La faute commise par un agent public à l'occasion de l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité personnelle de son auteur, si elle est détachable du service public".

Cette définition comporte un aspect négatif évident et un aspect positif plus difficile à appréhender parce qu'il fait implicitement appel à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

- d'un point de vue négatif, n'entre pas dans la définition de la faute personnelle commise à l'occasion de l'exercice des fonctions de l'agent celle qui est commise à l'extérieur du service et dépourvue de tout lien avec celui-ci.

- D'un point de vue positif, la définition nous paraît beaucoup plus complexe: il s'agit ici de la faute personnelle, c'est-à-dire celle d'une extrême gravité ou révélant une intention malveillante qui n'a pu être commise par l'agent:

= soit qu'à la suite des pouvoirs que l'administration a mis à sa disposition. L'hypothèse classique est celle de l'espèce Lemonnier à l'occasion de laquelle le Commissaire du Gouvernement, BLUM, fit valoir dans ses conclusions que "la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute";

= soit qu'à la suite des moyens matériels mis à la disposition de l'agent par son service. C'est précisément

l'espèce dans l'arrêt "Même MIMÉUR": il s'agit de la faute personnelle commise hors du service mais le Conseil d'Etat a estimé que si "le sieur Dessertenne a utilisé le véhicule de l'Etat pour des fins différentes de celles que comportait son affectation, l'accident litigieux, survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié à son conducteur pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service" (1).

Au Sénégal, l'interprétation de l'article 145 par la Cour d'appel dans l'arrêt "Société BERNABE C/Etat du Sénégal rendu en Avril 1971 nous semble procéder d'un certain esprit malthusien pour ce qui est de la reconnaissance du lien que conserve une faute personnelle avec le service lorsqu'elle est commise à l'occasion de l'exercice des fonctions de l'agent.

Avant même l'arrêt précité ce malthusianisme s'était déjà révélé dans l'affaire "Abdoulaye GUEYE C/Mairie de Dakar". En l'espèce, une camionnette appartenant à la commune de la ville de Dakar et conduite par Alpha Seck avait causé un accident ayant occasionné des dégâts sur la voiture du sieur Abdoulaye Guèye qui demande réparation du préjudice matériel subi. La Cour d'appel le déboute de son action contre la Mairie au motif que le conducteur du véhicule administratif ne se trouvait plus dans l'exercice de ses fonctions quand l'accident s'est produit. Dans sa décision du 3 Juin 1968 la Cour suprême faisant, dans le cadre du droit privé certes (article 146 du code des obligations civiles et commerciales), une appréciation très correcte des rapports de la personne morale de droit public et de son agent casse purement et simplement l'arrêt de la Cour d'appel. Le juge suprême a donc une conception plus large de ces rapports et il faut d'ailleurs remarquer que sans ce renvoi au droit privé auquel l'article 147 du code des obligations de l'administration le conviait il aurait abouti à une solution rigoureusement identique avec celle de la jurisprudence "MIMÉUR" que nous avons citée en exemple.

(1) GAJA, n° 76, page 319

II.- LA CHARGE DE LA REPARATION.

Dans l'hypothèse d'une faute personnelle entrant dans les conditions définies à l'article 145 - alinéa 1er nous allons étudier le mécanisme de la réparation et porter une appréciation sur la valeur du système.

A.- Le mécanisme de la réparation.

- D'abord ce sera l'administration qui devra être mise en cause: ce terme peut être interprété comme signifiant que c'est l'administration, seule, qui doit être citée en justice. Cette interprétation est corroborée par le fait que l'article 147 du même code, quand à lui, à propos des dommages causés par les véhicules administratifs, prévoit que "l'action est dirigée contre l'auteur du dommage".

- Ensuite l'article 145 - alinéa 2^{em} stipule que "l'administration répond de la faute de son agent".

C'est donc à l'administration que la victime du dommage doit demander la réparation pécuniaire des conséquences de la faute personnelle de son agent. Elle ne dispose pas d'une option comme c'est le cas dans le système français.

Mais cela n'aboutit pas à l'irresponsabilité de l'agent fautif car l'administration pourra se retourner contre ce dernier pour lui faire supporter en définitive tout ou partie de la charge de la réparation.

B.- Les mérites du système sénégalais.

Le but du système est de permettre l'indemnisation de la victime en la protégeant contre l'insolvabilité éventuelle de l'agent fautif. A son tour l'administration dispose de l'action récursoire contre celui-ci.

Mais avant d'examiner tour à tour ces deux points, il

nous faut remonter jusqu'aux sources du système pour bien en comprendre sa philosophie.

- L'inspiration est de source française: l'on sait que dans l'hypothèse d'une faute personnelle le Conseil d'Etat français s'est toujours efforcé de faire apparaître le cumul des fautes et, quand cela n'était pas possible, celui des responsabilités afin d'éviter que la victime ne puisse éventuellement être indemnisée au cas où l'agent public serait insolvable. Or pour ce faire il lui suffisait de démontrer que la faute, bien que personnelle, n'était pas dépourvue de tout lien avec le service. Ainsi donc le but de l'institution du cumul a été de permettre avant tout l'indemnisation de la victime. D'où l'option laissée à celle-ci: soit invoquer la responsabilité personnelle du fonctionnaire devant le juge judiciaire, soit invoquer la responsabilité de l'administration devant le tribunal administratif. Cette option est corrigée par le mécanisme de l'action récursoire qui permet à la personne tenue de réparer de se retourner contre l'autre devant le juge administratif qui devra répartir la charge définitive de la réparation.

Au Sénégal le mécanisme est sensiblement différent mais aboutit au même résultat car, là encore, le but recherché est de permettre l'indemnisation de la victime. En effet, l'administration est toujours solvable et le dommage sera donc toujours réparé. puis que c'est elle qui sera mise en cause. Contrairement au système français ici la victime n'a pas l'option: elle doit mettre en jeu la responsabilité de l'administration. De ce point de vue, le système sénégalais est encore plus protecteur que le système français car ici la victime n'ayant pas l'option, doit obligatoirement actionner l'administration dans l'hypothèse de l'article susvisé.

Outre qu'elle permet l'indemnisation de la victime (et il faut dire qu'au Sénégal où le "Bouki" est de pratique courante dans le milieu fonctionnaire, le risque d'insolvabilité de l'agent fautif est très grand), la solution sénégalaise évite

l'inertie de l'appareil administratif qui est avant tout un appareil humain, et la fuite devant les responsabilités; la crainte de "mal faire" peut déboucher sur la paralysie de l'action administrative et de l'initiative, ce qui serait grave dans un pays comme le Sénégal où l'administration est le moteur du développement.

Le régime de substitution établi par le législateur sénégalais trouve son application singulièrement dans deux hypothèses:

1°/ - La responsabilité des membres de l'enseignement public à raison des dommages subis ou causés par les élèves placés sous leur surveillance;

2°/ - la responsabilité du fait des dommages causés par les véhicules administratifs à l'occasion de l'exercice des fonctions de l'agent.

Dans ces hypothèses la responsabilité de l'Etat est substituée à celle de l'agent fautif contre qui l'administration peut ensuite se retourner. Ici le juge applique, certes, les dispositions du code des obligations de l'administration, mais dans le cadre du droit privé. C'est une reprise de la jurisprudence française.

A l'occasion de ce travail, nous nous sommes efforcés de présenter le juge "administratif" évoluant dans le système établi en 1960. A la suite de cela, deux questions nous viennent, tout naturellement, à l'esprit:

1°/ - Quelles appréciations peut-on faire sur la valeur de la solution sénégalaise ?

2°/ - Quelles suggestions suscite l'oeuvre du législateur de 1960 ?

C'est à ces questions que nous nous proposons de répondre dans la troisième partie du présent travail.

TROISIEME PARTIE

Appréciations sur la valeur de la solution sénégalaise et suggestions:-

CHAPITRE I

APPRECIATION SUR LA VALEUR
DE LA SOLUTION SENEGALAISE.

L'expérience sénégalaise doit être appréciée sur le double plan de l'examen critique du système au point de vue pratique et des chances de développement du droit administratif dans un système d'unité de juridiction.

SECTION I.- EXAMEN CRITIQUE DU SYSTEME AU POINT DE
VUE PRATIQUE.

Un système, quel qu'il soit, n'est jamais idéal. Il comporte toujours des imperfections qui, en définitive, constituent le contrepois des avantages qu'il présente.

I.- LES IMPERFECTIONS DU SYSTEME.

Deux inconvénients nous paraissent résumer ces imperfections:

- d'abord, c'est l'absence de spécialisation du juge administratif. Au début de ce travail nous disions déjà que la matière administrative n'entraîne pas dans les préoccupations pour lesquelles le juge du contentieux privé est formé. On comprend alors qu'il n'ait pas une expérience très poussée de l'originalité des problèmes administratifs. C'est là, comme le dit

Alain BOCKEL, un handicap.

- Ensuite, il faut souligner le difficile accès du prétoire du juge de l'excès de pouvoir. En effet, on peut déplorer les entraves apportées à l'action du requérant: ministère d'avocat obligatoire, consignation d'une amende de 5.000 francs, signification de la requête à la partie adverse par voie de huissier. L'idée est de décourager les recours fantaisistes. Mais s'il est vrai que ce caractère onéreux de la procédure tend à empêcher les recours abusifs, il reste qu'il favorise également la pratique de l'arbitraire administratif au détriment des droits sacrés de l'administré.

Il faut noter par ailleurs qu'au niveau du plein contentieux la notion fort complexe de critère de matière administrative déroute facilement le justiciable qui se voit opposé l'irrecevabilité de sa requête au moindre écart.

Mais ces inconvénients sont contrebalancés par certains avantages qui font les mérites du système.

II.- LES MERITES DU SYSTEME.

Le plus grand mérite de la solution sénégalaise est la suppression des problèmes posés par l'imprécision des règles de répartition des compétences. Le justiciable sénégalais n'a plus à se poser le délicat problème du juge qu'il importe de choisir lorsqu'il veut porter au contentieux un différend qui l'oppose à l'administration. En France ce problème n'est pas à la veille de sa solution définitive eu égard à la dualité de juridiction.

De plus, le système est techniquement simple, cohérent et surtout peu coûteux. Il répond parfaitement aux nécessités de rigueur budgétaire que commande notre état de sous développement. L'unification de l'appareil judiciaire a permis, en effet, d'éliminer les lourdes charges qu'implique le recrutement massif de magistrats.

Un autre avantage non moins important est l'indépendance du pouvoir judiciaire qui repose sur des garanties que sont l'inamovibilité, l'immunité et le privilège de juridiction. Mais à l'heure actuelle l'inamovibilité est battue en brèche par la notion de nécessité de service à laquelle aucun contenu précis n'est donné. Aujourd'hui le magistrat du siège, tout comme le magistrat du parquet, n'est pas à l'abri des mutations arbitraires qui peuvent s'opérer aisément sous le couvert de "nécessité de service". C'est véritablement une atteinte à son indépendance.

Mais le plus important est que le système institué par le législateur puisse permettre finalement le développement du droit administratif sénégalais de manière satisfaisante.

SECTION II.- LES CHANCES DE DEVELOPPEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF DANS UN SYSTEME D'UNITE DE JURIDICTION ET DE DUALITE DES CONTENTIEUX

L'appréciation correcte des chances de développement du droit administratif dans le système sénégalais suppose non seulement une jurisprudence abondante en la matière mais également une étude exhaustive de cette jurisprudence. Or au Sénégal certains obstacles s'opposent au développement du contentieux administratif. Néanmoins quelques observations peuvent être faites à partir du code des obligations de l'administration et des quelques décisions rendues en plein contentieux ou en recours pour excès de pouvoir.

I.- LES OBSTACLES AU DEVELOPPEMENT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

Introduire un recours contre l'administration n'entre pas dans les moeurs sénégalaises. Beaucoup d'administrés portent encore en eux la marque de l'autorité de l'administration colo-

niale et continuent de considérer le recours administratif comme une entreprise particulièrement périlleuse. Aussi, préfère-t-on souvent, par crainte du pouvoir administratif, la voie du dialogue ou celle de l'intervention politique à la démarche contentieuse, pour aboutir de façon beaucoup moins dangereuse et plus certaine à la réalisation de ses droits comme si le droit n'était plus qu'une faveur derrière laquelle on court. Cela s'explique essentiellement par le fait que l'éveil de conscience juridique, s'il n'est pas inexistant, est encore à l'état embryonnaire sur une bonne partie de la population et même, curieusement, chez certains intellectuels sénégalais. Une autre explication de la faiblesse du contentieux administratif réside dans le fait que des obstacles d'ordre matériel, technique, politique et géographique éloignent le justiciable du juge et singulièrement du juge suprême. Mais il faut espérer, avec l'amorce de démocratisation du pouvoir, une certaine évolution tendant de plus en plus à attaquer l'administration en justice.

Cependant ces obstacles sont de loin insuffisants pour rendre compte à eux seuls des chances de développement du droit administratif et il convient de situer nos réflexions ailleurs c'est-à-dire sur l'examen du code des obligations de l'administration et de la jurisprudence.

II.- L'EXAMEN DU CODE DES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION ET DE LA JURISPRUDENCE.

La codification du droit administratif sénégalais témoigne de la volonté du législateur de maintenir l'autonomie de ce droit. Cette intention se révèle déjà dans la première partie du code qui pose la dualité des régimes juridiques des contrats conclus par l'administration. Mais l'on s'est beaucoup interrogé sur l'opportunité de la codification. Et une partie de la doctrine actuelle s'insurge contre cette technique législative en soutenant qu'elle aboutit à figer une matière qui est d'essence évolutive. A cette thèse on peut opposer deux arguments:

- d'une part, il n'est pas démontré que le code conduirait inévitablement à limiter le juge dans son rôle normatif;

- d'autre part, le code ne comporte en soit, et nous l'avons déjà dit, que les grands principes de la jurisprudence administrative française, laissant au juge une marge d'appréciation suffisante qu'il doit mettre à profit pour faire évoluer les règles du droit administratif. Il s'ajoute à cela qu'un code, quel qu'il soit, ne vaut que par la jurisprudence qu'il suscite. Or la jurisprudence actuelle est très peu fournie, tant et que toute critique en direction de la codification appelle nécessairement des réserves, sauf à sortir du domaine de la prudence et de la sagesse.

Mais, que l'on nous comprenne bien, ce n'est pas à dire que nous soutenons inconditionnellement la codification. Le code des obligations doit être regardé comme un guide pratique mis à la disposition du juge judiciaire en raison du caractère ésotérique de la matière administrative. Le développement harmonieux du droit administratif sénégalais s'entend essentiellement de l'interprétation et de l'application des règles qui y sont édictées. Cette oeuvre constructive implique une certaine gymnastique de l'esprit qui, menée avec perspicacité, peut conduire au résultat recherché.

Quant à la jurisprudence, elle ne sera examinée ici, et très sommairement, que sur une partie des solutions de fond, étant entendu que nous avons déjà fait part de nos réflexions sur la procédure.

A la lecture des décisions actuelles, il apparaît clairement que le juge "administratif" sénégalais prend explicitement pour modèle les solutions françaises. On y retrouve les définitions de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le principe n'est pas condamnable en soit car il faut nécessairement une période d'adaptation à la matière administrative, période pendant laquelle il est utile de faire référence au droit préexistant. Mais le danger serait une reprise trop fidèle du modèle français écartant de ce fait tout effort de réflexion personnelle

qui doit tendre progressivement à la création d'un droit administratif proprement sénégalais.

Après ces observations, nous précisons tout de suite que nous n'ouvrons pas le débat sur un examen approfondi de la jurisprudence car ni le temps, ni notre inexpérience ne nous permet d'entreprendre une telle besogne que d'autres plus autorisés feront à notre place. Cependant, qu'il nous soit permis d'aborder ici deux problèmes qui ont particulièrement retenu notre attention. Il s'agit de l'administration de la preuve et de la conception de la faute commise à l'occasion de l'exercice des fonctions.

On sait qu'en matière administrative la preuve est régie par le droit commun c'est-à-dire par la règle "actori incumbit probatio". Mais ici la règle supporte des atténuations considérables en raison de l'inégalité des parties au procès. Le juge est maître de la preuve et de ce fait, il peut rétablir l'équilibre entre les parties et notamment en demandant à l'administration tout élément utile à la clarté du débat. Mais généralement le juge du plein contentieux n'use pas de ce pouvoir qui lui est reconnu et nous pensons qu'on peut déplorer que dans un litige le particulier et l'administration soient considérés comme deux sujets de droit juridiquement égaux. Cela apparait très nettement dans l'affaire "Bassirou NIANG C/Etat du Sénégal" jugée le 25 Mai 1971 par le Tribunal de première instance de Dakar.

Le sieur Bassirou NIANG a assigné ledit Etat en déclaration de responsabilité et en paiement de dommages-intérêts à la suite du préjudice causé à son camion par la chute du véhicule dans un trou de la chaussée dans la nuit du 31 Août au 1er Septembre 1969. Le juge, statuant, déclare:

"Qu'il y a lieu d'ordonner enquête pour permettre au sieur Bassirou Niang de rapporter la preuve des faits suivants:"

"1°/ l'affaissement de la chaussée au PK 219 de la RIG n° 2 avait été porté à la connaissance des autorités administratives du département de Linguère avant le 1er Septembre 1969";

"2°/ cet affaissement avait été réparé insuffisamment par obturation à l'aide de tôles ondulées";

"3°/ la pluie survenue dans la nuit du 31 Août au 1er Septembre 1969 a déplacé lesdites tôles en découvrant l'affaissement";

"4°/ la pluie survenue dans la nuit du 31 Août au 1er Septembre 1969 n'était ni imp.révisible ni exceptionnelle compte tenu des précipitations habituelles à cette époque de l'année";

"5°/ aucune signalisation n'avait été mise en place pour indiquer le passage ayant fait l'objet de cette réparation";

"6°/ il n'existe pas d'arrêté du Ministre des Travaux publics imposant le respect des barrières de pluie à cet endroit de la RF n° 2".

En matière administrative, lorsque la preuve est difficile à faire, le juge peut ne pas respecter la règle "actori incombis probatio" pour demander des éclaircissements à l'administration en raison, encore une fois, de l'inégalité des parties au procès. Au nom de ce principe, rien n'interdisait au juge de faciliter la tâche au demandeur en demandant certaines explications aux autorités administratives du département de Linguère, notamment celle de savoir si l'affaissement de la chaussée avait été porté à leur connaissance avant la date de l'accident.

Dans l'affaire "Mor DIAW C/Etat du Sénégal" dont nous avons parlé plus haut, on a eu à faire les mêmes constatations. Il est souhaitable que le juge ait constamment conscience de la position de faiblesse dans laquelle se trouve le particulier par rapport à l'administration. En revanche, on ne peut manquer d'être frappé par l'autorité de la Cour suprême en la matière. Il suffit de s'en rapporter à l'affaire "Amadou Alpha KANE C/Etat du Sénégal" que nous citons en exemple à la page 34 de ce mémoire.

S'agissant de la faute commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, il revient au juge de rechercher dans chaque cas d'espèce si un lien existe entre les faits fautifs et le ser-

vice. On sait que le Conseil d'Etat français et la Cour suprême du Sénégal ont une conception large des rapports de la personne de droit public et de son agent. Or dans ce domaine la juridiction d'appel a rendu des décisions qui participent d'une certaine restriction de ces rapports. Nous avons déjà posé le problème à la page 48 de ce travail à propos de deux arrêts. Nous y revenons simplement pour dire que cette conception restrictive engagent trop facilement la responsabilité personnelle de l'agent. D'autre part, elle est contraire à la philosophie du Conseil d'Etat et de la Cour suprême. Dans le système français du cumul des responsabilités comme dans le système sénégalais de substitution de responsabilité, le principe est d'éviter que la victime ne puisse éventuellement être indemnisée au cas où l'agent public serait insolvable. Or pour ce faire, il suffit de démontrer que la faute, bien que personnelle, n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. Ainsi que l'a souligné le doyen BOCKEL, refuser tout lien entre la faute et le service dans l'affaire "Société BERNABE C/Etat du Sénégal" nous paraît fort discutable.

D'un point de vue plus général, qu'il s'agisse du défaut d'entretien ou d'un mauvais fonctionnement du service public, qu'il s'agisse de dommages de travaux publics, qu'il s'agisse de la faute commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, etc., le juge doit avoir le souci constant de rechercher dans chaque cas d'espèce une solution originale suffisamment adaptée à la situation qu'elle régit. Ainsi vont se dégager progressivement des règles correctement définies dont l'ensemble constitue un droit administratif cohérent et plus proprement sénégalais, parce que répondant à nos besoins de société socialiste en voie de développement. Sur ce point la juridiction suprême joue un rôle essentiel puis qu'elle connaît en dernier ressort ou en cassation de tout le contentieux administratif. Ce faisant, les erreurs peuvent être corrigées et il y aura là unité de création du droit.

En dernière analyse, il faut se féliciter de ce que le plus gros danger qui pouvait se présenter est jusqu'ici évité: il était à craindre que la "matière administrative" délimitée et jugée par des magistrats rompus aux principes civilistes n'en vienne

qualitativement à se rapprocher de plus en plus, quant aux solutions de fond, de la "matière civile" et à scléroser de ce fait l'évolution des règles du droit administratif sénégalais.

Mais tout n'est jamais parfait, ici comme ailleurs, et surtout dans un domaine où la nature des choses est indéniablement évolutive. Il est donc évident que certains moyens doivent être envisagés pour aboutir à des résultats encore plus satisfaisants. C'est dans ce cadre que nous nous livrons à quelques modestes suggestions.

CHAPITRE II POUR QUELQUES SUGGESTIONS.

La première à faire doit concerner avant tout la formation des étudiants en droit qui se destinent à la carrière judiciaire. Il est souhaitable et même opportun qu'ils soient suffisamment initiés, dès l'université, aux problèmes administratifs. Pour ce faire, le droit administratif ne devrait plus être, comme il l'est actuellement, une simple discipline à option laissée au libre choix des étudiants et abandonnée à l'issue de la 2ème année de licence, mais doit faire plutôt l'objet d'un enseignement obligatoire. Il n'est pas impossible, en effet, de dispenser tout à la fois une formation de droit privé et une formation de droit administratif. Cette bivalence s'impose d'ailleurs logiquement et nécessairement dès lors que le Sénégal opte pour la dualité des contentieux judiciaire et administratif dans un système d'unité de juridiction. On peut également regretter qu'à la division judiciaire de l'E.N.A.M. la "matière administrative" fasse figure de "parent pauvre". L'expérience nous autorise à dire qu'elle apparaît rarement, sinon jamais, dans les cas pratiques qu'il nous est donné de résoudre. D'un mot dire, une réforme des programmes d'enseignement en vigueur s'impose si on veut restituer au droit administratif la place qui doit être la sienne dans la formation de nos futurs magistrats.

L'Union des Magistrats Sénégalais (U.M.S.) pourrait également jouer un rôle déterminant dans le cadre d'un enseignement



post-universitaire dispensé sous la forme de conférences à l'occasion desquelles des cas pratiques pourraient être abordés et largement discutés.

La création d'une "Revue de la Jurisprudence Administrative Sénégalaise" ne serait pas moins utilitaire. Les décisions les plus intéressantes y seraient publiées avec des commentaires et des notes rédigées par les magistrats eux-mêmes et les théoriciens du droit que sont les universitaires. Là, apparaît la nécessaire collaboration entre les praticiens du droit et la doctrine.

A l'issue de la 3ème année de l'E.N.A.M., les étudiants sont envoyés en France pour un stage d'une durée de deux mois. Il est soutenable que ce stage se passe, désormais, exclusivement dans les juridictions administratives françaises pour une meilleure initiation des stagiaires à la pratique de la matière administrative par des magistrats hautement spécialisés.

Au terme de ce travail, peut-on dire que le système mis en place permet un développement satisfaisant du droit administratif sénégalais? Nous nous garderons des affirmations trop osées. Mais nous pensons que si certaines conditions sont remplies la solution sénégalaise pourra être un succès, et notamment:

- il faut que le juge évite de succomber irrémédiablement à la tentation des solutions françaises, lesquelles étant conçues pour un autre type de société peuvent ne pas être toujours adaptées à nos besoins propres;

- il faut que le juge s'intéresse à la matière administrative tout comme il prend à coeur la matière civile, par exemple;

- il faut que des solutions soient apportées aux obstacles qui s'opposent au développement du contentieux administratif.

Ainsi, un droit administratif sénégalais de haut niveau pourra se dégager car, comme l'écrit Antoine de SAINT-EXUPERY, "ce que d'autres ont réussi, on peut toujours le réussir".

