

RÉPUBLIQUE DU SÉNÉGAL

Ministère de l'Enseignement Supérieur

Ecole Nationale d'Administration  
et de Magistrature  
(E N A M)

**Sujet : La notion de faute dans la Jurisprudence  
administrative sénégalaise**

**PRÉSENTÉ ET SOUTENU PAR**

**JEAN LOUIS PAUL TOUPANE : Division Judiciaire**

**1983 - 1984**

RÉPUBLIQUE DU SÉNÉGAL

Ministère de l'Enseignement Supérieur

Ecole Nationale d'Administration

et de Magistrature

(E N A M)

**Sujet : La notion de faute dans la Jurisprudence  
administrative sénégalaise**

**PRÉSENTÉ ET SOUTENU PAR**

**JEAN LOUIS PAUL TOUPANE : Division Judiciaire**

**1983 - 1984**

Je dédie ce travail à mes-parents pour leur soutien  
et leur affection permanents, à tous ceux qui de près ou de  
loin m'honorent de leur amitié.

## Avant-propos

Le choix d'un sujet de mémoire surtout quand il est laissé à la libre initiative de l'élève est difficile. Tout en voulant faire un travail qui puisse être cité en exemple, il est tenté devant l'ampleur de la tâche qui l'attend de se trouver un sujet relativement facile.

Nous n'avons pas manqué de valser entre ces deux extrêmes. Mais l'ambition, le goût prononcé de l'originalité et du risque aidant, nous avons finalement opté pour un sujet qui figure dans une branche du droit réputée rébarbative. En cela l'influence de la formation subie à la faculté a été déterminante. Mais plus décisivement nous sommes partis d'un constat : la pauvreté de la doctrine sénégalaise en matière de droit administratif. Certes des écrits existent qui nous ont d'ailleurs été d'une grande utilité mais la part rédigée par les Sénégalais reste marginale et nous avons voulu rompre avec cet état de fait.

Les limites inhérentes à ce travail ne sont pas à négliger. D'abord il pêche par manque d'exhaustivité : les espèces jurisprudentielles commentées proviennent principalement des publications disponibles, quelques-unes seulement ayant été retrouvées ici et là grâce à la disponibilité des praticiens. Ensuite nous n'avons pas bénéficié des sages conseils d'un encadreur et notre plume à errer au gré de l'inspiration du moment que nous avons toutefois tenté de contenir dans les limites de la rigueur scientifique sans être jamais parvenue à la maîtriser entièrement.

Sur un autre plan, il aurait été plus séduisant pour l'esprit qui consulte ce mémoire de voir figurer à la fin de l'ouvrage une annexe des espèces commentées. Ceci afin de se forger une opinion sur la valeur du travail réalisé. Malheureusement des moyens limités ne nous ont permis d'éviter cette lacune.

Nous ne pourrions terminer cet avant-propos sans remercier particulièrement Amadou Bal et El Hadj Cheikh Faye qui nous ont été d'un grand secours dans la recherche de la documentation qui nous a permis de faire ce travail. Nous émettons le vœu que ce travail soit à la dimension des efforts qu'ils ont déployés pour nous venir en aide et qu'ils y trouvent un réconfort moral en contrepartie de leur soutien.

A Madame Colette Minkilan née Tourane nous témoignons notre reconnaissance pour la mise au point du manuscrit.

Fait à Dakar le 24 mars 1984

Jean-Louis Paul Tourane

## INTRODUCTION

La sanction du comportement de l'administration par les tribunaux constitue à côté du machinisme l'un des faits les plus marquants du 19<sup>e</sup> siècle. Jadis, identifié à la personne du " Roi " qui ne pouvait faire mal, l'Etat ne souffrait pas de se voir assujéti à certaines obligations hormis celles pour lesquelles son existence se justifiait (défense, politique extérieure, justice). L'administration par laquelle, l'Etat exécutait ces obligations bénéficiait alors d'une immunité juridictionnelle. Les contours épousés par l'Etat après l'avènement de la République, allaient cependant infléchir de manière notable la position de l'administration : les droits nouvellement reconnus aux citoyens par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 exigeaient une protection contre la tendance à l'arbitraire de l'Etat. Cette protection est organisée par le confinement de l'administration dans ses tâches dites de souveraineté exclusives de toutes autres mais aussi par l'aménagement au sein de l'administration d'une juridiction habilitée à juger de l'action administrative. La manifestation et l'exercice de la puissance publique ainsi limités et soumis à des appréciations susceptibles d'être sanctionnés pécuniairement même par un juge interne à l'administration constituaient la transposition sur le plan juridique de l'évolution politique de l'Etat.

La dépersonnalisation de l'Etat consacre également sa soumission au droit. L'Extension des pouvoirs de l'Etat, son implication croissante dans l'arène économique et sociale tout en parachévant l'organisation et en donnant sa forme à l'Etat moderne lui imposent quelques obligations entendues ici au sens juridique c'est à dire qu'un "créancier, (le citoyen) est en droit d'en exiger l'exécution" (1).

De l'Etat dépositaire de la puissance publique dont "le propre est d'imposer sans contre partie" (2); l'Etat se transforme en un prestataire de services affublés du qualificatif public pour marquer de nouveau l'originalité de ses actions. Celle-ci (originalité) est justifiée par ailleurs le fait que la responsabilité de l'administration soit régie "par des règles spéciales qui varient suivant les besoins du service" (3). Cette transformation "formidable" de l'Etat fait que la carence de l'administration par l'inexécution de ses obligations est sanctionnée par les juridictions administratives qui considèrent alors que l'administration a commis une faute. Certes la nature de l'Etat et la mission qu'il s'assigne lui confèrent une position particulière dans le débat judiciaire; il n'en demeure pas moins cependant que l'Etat tout comme les individus se voit imposer certaines normes de conduite.

Ce bref rappel du contexte juridique dans lequel s'est conçu et développé l'Etat français est nécessaire pour saisir la réalité sénégalaise. Le Sénégal héritier de la longue tradition juridique française s'il n'a pas vécu cette évolution tout au moins comme Etat souverain n'en reste pas moins tributaire des principes. <sup>du point</sup> ainsi évalué, il convient dès lors de souligner la spécificité du problème au Sénégal.

C'est d'abord la conception et le rôle de l'Etat qui sont redéfinis : celui-ci est "le dépositaire de la volonté de transformation sociale" (4). Pour cela le Sénégal contrairement à la France codifie les règles de fonctionnement et de comportement de l'administration, (loi N° 65-51 du 19 juillet 1965 portant code des obligations de l'administration, journal officiel 1965 p. 945).

L'administration reste toutefois soumise au contrôle juridictionnel des tribunaux ordinaires, exception faite du contentieux objectif relevant de la compétence de la deuxième section de la cour suprême.

L'écart de conduite du profil tracé par le C.O.A. constitue dans la terminologie de la jurisprudence administrative la faute : prévue par l'expression "fonctionnement défectueux du service public" dans les dispositions des articles 142 et 143 du C.O.A., la faute est définie par l'article 119 du code des obligations civiles et commerciales (C.C.C.) comme "un manquement à une obligation juridique préexistante de quelque nature que ce soit". La référence aux dispositions du C.O.C.C., pour définir ce qui aux termes de la loi constitue une faute reste permise par le caractère de droit commun du texte suscitè mais aussi et surtout en ce sens que la singularité du droit applicable à l'administration est expressément prévue par le C.O.A., ce qui n'est pas le cas pour la notion qui nous concerne. La particularité de la mission exigée de l'administration entretient néanmoins une distinction nette entre la faute que peut commettre <sup>l'administrateur</sup> et la faute prise au sens moral. La faute morale est purement subjective, elle est dominée par le tempérament physique et moral, les capacités d'intelligence et de volonté de l'agent en cause : elle est purement psychologique, elle n'existe qu'à si l'agent a connu et prévu les conséquences de son acte. La faute de l'administration qui est juridique est constituée par des faits : "violation d'une obligation ou non respect des usages" (5). Elle emporte également une conséquence qui est qu'elle oblige à réparation intégrale contrairement à la faute morale où la réparation est proportionnée à la gravité de la faute.

De la faute pénale, la faute de l'administration se distingue par les éléments constitutifs de la première : celle-ci constitue une violation volontaire des interdits légalement définis. La volonté étant considérée ici comme la disposition par l'agent fautif de son libre arbitre. Contrairement donc à cette fixation et fixité de la faute pénale, la faute de l'administration est "appréciée en tenant compte de la nature du service, des difficultés qu'il rencontre et des moyens dont il dispose" (article 142 C.O.A.). Quant à la faute disciplinaire, elle constitue l'appréciation d'un comportement incompatible avec les obligations professionnelles dénommées déontologie.

Un arrière-goût de connotation morale transparait par ailleurs dans la faute disciplinaire.

Ces distinctions relevées, il importe de ne pas se méprendre sur leur dimension : une faute peut présenter les caractères de la faute disciplinaire et constituer tout à la fois une faute pénale et une faute de l'administration (6). La distinction si elle constitue un "régal" pour l'esprit, reste facilitée par le jeu de ces différentes fautes : la conscience pour la faute morale, le juge pénal pour la faute pénale, l'organe de contrôle disciplinaire pour la faute disciplinaire, la deuxième section de la cour suprême dans le contentieux objectif et les tribunaux de première instance pour la faute émanant du contentieux de la responsabilité. Le juge devant lequel défère l'administration constitue toutefois un rempart : si certaines constatations s'imposent à lui pour l'appréciation qu'il peut faire d'un certain comportement de l'agent impliqué (7), il recueille les diverses observations faites par ces différentes instances pour juger de la suite à donner à une action judiciaire mettant en cause l'administration. C'est ce travail qui révèle le contenu de la faute dans la jurisprudence administrative.

L'examen de cette jurisprudence qui se manifeste parcellairement conduit à se situer nécessairement sur deux niveaux qui apparaissent ici comme la résultante de l'organisation judiciaire.

Le Sénégal au lendemain de son indépendance n'a pas cédé à la tentation de la dualité de juridiction ; la compétence des tribunaux de première instance est étendue aux litiges dans lesquels l'administration est partie, la particularité ne s'exprimant que dans le contentieux des actes administratifs dévolus exclusivement à une formation de la cour suprême.

L'étude que nous nous proposons de faire s'articulera donc autour de deux parties :

I<sup>ère</sup> PARTIE : LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITE

II<sup>e</sup> PARTIE : LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA LEGALITE

Ère PARTIE : LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ

Le contentieux de la responsabilité constitue l'ensemble des litiges soumis au juge et qui sont relatifs à la répartition d'un dommage. Ce contentieux relève quelle que soit la personne qui agit ou qui y est impliquée de la compétence des tribunaux de première instance qui font office de juridictions de droit commun. Aucune dérogation n'est admise en ce sens même pour ce qui concerne l'administration. Cette soumission de l'administration aux mêmes juridictions que celles dont sont justiciables les particuliers ne déteint cependant pas sur le droit qui est applicable dans ses litiges : ici encore, le privilège de l'administration qu'elle tient de sa mission et la position qu'elle occupe de centre d'action où se retrouvent et se confondent tous les intérêts particuliers interviennent, seul le droit édicté par la C.O.A règle ces litiges.

La responsabilité entendue dans cette partie sera exclusivement administrative. Il y est exclu pour des raisons évidentes même si des interférences peuvent être notées, la responsabilité pénale, morale ou toute autre. Limitée à cet aspect, la responsabilité administrative suppose comme toute responsabilité deux "constantes" à savoir un dommage et un lien de causalité et une variable, le fait générateur. Ce dommage dans la responsabilité pour faute qui nous intéresse ici prend sa source uniquement dans un fait juridique ou dans un acte juridique. Il s'agit là de la distinction classique du droit civil entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Le droit administratif connaît aussi cette distinction même si elle est enrobée de particularités. L'administration dans la mission qu'elle s'est arrogée et pour l'exécution de celle-ci a souvent recours aux pratiques et mécanismes élaborés et codifiés pour les besoins des particuliers : les conventions et plus restrictivement les contrats.

Ceux-ci peuvent être régis par le droit privé ou être des contrats administratifs quand une "disposition législative ou réglementaire" (8) leur confère cette qualification ou qu'ils remplissent les conditions prévues et réglementées par les dispositions des articles 8 à 15 du C.O.A. Le caractère de contrats administratifs n'empêche pas toutefois que le manquement par l'administration à ses obligations issues du contrat soit constitutif d'une faute, la faute contractuelle (TITRE I).

Mais la faute de l'administration peut provenir d'un fait qui emporte des conséquences juridiques en ce sens qu'elle empiète sur les droits reconnus à quelqu'un (9) : c'est la faute délictuelle de l'administration (TITRE II).

## TITRE I LA FAUTE CONTRACTUELLE

L'administration en l'a écrit, tantôt passe dans sa vie quotidienne des contrats qui peuvent être dénommés contrats de droit privé ou contrats administratifs. Ces derniers par leur seule nature ou par détermination législative ou réglementaire obéissent à un régime juridique particulier codifié par le C.O.A. Seuls les contrats obéissant à ces dispositions restrictives seront concernés par le présent titre. Les contrats de droit privé étant analysés et exécutés selon les règles du C.C.C., l'administration ne revendiquant aucune particularité dans ces situations, la faute qu'elle pourrait commettre répond des mêmes normes que celles fixées aux particuliers.

Le sujet ainsi délimité, on constate à l'examen de la jurisprudence qu'avant de conclure à la faute contractuelle, le juge procède à l'analyse d'une situation : il regarde d'abord si certaines conditions préalables (chapitre I) sont remplies, puis étant fixé sur les obligations contractuelles convenues, il rapproche le comportement dénoncé de celles-ci. (Chapitre II).

## CHAPITRE I LES CONDITIONS PRÉALABLES

L'existence de la faute contractuelle est naturellement subordonnée à la conclusion d'un contrat administratif. Le contrat administratif obéit aux mécanismes et principes qui s'inspirent des particuliers. Mais les règles générales applicables aux contrats si elles sont aussi nécessaires dans la création du contrat administratif, ne sont pas suffisantes. Ici encore en plus de la nature administrative du contrat qui le soumet ainsi au C.O.A., interviennent les règles de la comptabilité publique. Le législateur tout en reconnaissant le droit qu'a l'administration d'atteindre son but par des moyens qui ont prouvé leur efficacité dans la vie civile, n'a pas manqué d'aménager des règles de protection des deniers publics en instituant une comptabilité appelée publique.

### SECTION I LA FORMATION D'UN CONTRAT ADMINISTRATIF

Le contrat est défini comme "un accord de volontés générateur d'obligations" (10). Pour recourir à un pareil procédé, l'administration personne publique se présente comme l'égal de son partenaire, elle se "départit de son impérium et n'impose plus, mais recherche l'accord, le consentement d'une autre partie" (11). Ce rabaissement de position si elle reste indispensable pour la conclusion du contrat, n'équivaut pas à un abandon de privilèges. Le régime juridique auquel est soumis le contrat est là pour en témoigner.

Le C.O.A. a prévu pour la validité du contrat administratif des prescriptions formelles. Le contrat qui naît après avoir rempli les formalités indispensables peut prendre plusieurs formes.

PARAGRAPHE I LES PRESCRIPTIONS FORMELLES (12)

Le contrat administratif, acte juridique bilatéral reçoit cette qualification que par la présence de la personne publique. Cette particularité explique en partie que les conditions d'engagement de l'administration soient strictement réglementées. L'administration en imprimant un rythme relativement privilégié à la volonté de l'autre partie ne doit donc s'engager que dans ces conditions strictes, elle ne peut en outre que procéder d'une certaine manière pour choisir son co-contractant.

A Les conditions d'engagement

La signature d'un contrat administratif doit être précédée d'une habilitation. Cette habilitation consiste en une décision de décision de contracter définie par l'article 19 du C.O.A. comme étant "l'acte juridique par lequel l'organe délibérant charge l'organe exécutif de la personne morale de droit public de la conclusion d'une convention déterminée". L'autorité chargée de concéder cette habilitation varie suivant l'importance et l'objet du contrat.

A cette habilitation s'ajoute la signature du contrat par l'autorité compétente. Cette autorité est désignée selon les textes généraux qui fixent les règles de compétence des personnes publiques. La sanction attachée à la signature du contrat par une autorité incompétente est la nullité du contrat (art 22 du C.O.A.).

Ces opérations réalisées le contrat doit pour engendrer des effets à l'égard de l'administration, c'est-à-dire pour l'obliger, être approuvé, ce qui ressort de la compétence de l'autorité supérieure. Cette autorité supérieure varie suivant l'étendue du montant du contrat et selon qu'il s'agit d'un démembrement d'un service public central ou d'une personne publique décentralisée. Ces conditions d'engagement de l'administration sont rendues plus contraignantes par les procédures de choix du co-contractant.

## B Les procédures de choix du co-contractant de l'administration

L'administration du fait de sa mission et des règles qui gouvernent le fonctionnement des institutions publiques n'est pas tout à fait libre dans le choix du co-contractant. Ce choix doit obéir à certaines règles de procédure.

Principalement on retrouve la publication de la décision de contracter. Cela pour permettre aux éventuels candidats à la conclusion du contrat d'être informés et du côté de l'administration, que celle-ci puisse disposer d'un éventail de choix appréciable. Cette publicité est commune à l'adjudication et à l'appel d'offres. Une différence apparaît cependant au niveau de la sélection. Tandis que pour l'adjudication, la sélection se fait publiquement, devant tous les concurrents, dans l'appel d'offres, l'autorité administrative retrouve sa liberté de choix pour la suite à donner aux propositions faites par les éventuels co-contractants. Le marché de gré à gré déroge à la règle de publicité. La seule réserve limitée faite à la liberté de choix du co-contractant reste le respect de l'intérêt général.

Le contrat conclu dans le respect de toutes ces règles peut prendre plusieurs formes.

### § II LES FORMES DU CONTRAT ADMINISTRATIF

Le C.O.A. n'impose aucune forme particulière pour la validité du contrat administratif. Le principe posé par l'article 50 du C.O.A. souffre d'une seule exception "lorsque la loi impose des modalités obligatoires" (13). Ainsi donc toutes les formes que peut prendre un contrat de droit privé peuvent être retrouvées dans le contrat administratif.

Ce non-formalisme ne doit cependant pas faire illusion : en effet si "les contrats emportent engagement des dépenses publiques, ils devront être accompagnés de la rédaction de formulaires spéciaux imposés par la réglementation de la comptabilité publique" (14). Cela pose implicitement le principe que le contrat administratif doit au moins être écrit, la raison étant que les contrats passés par l'administration grèvent nécessairement les finances publiques.

Une autre forme que prend le contrat administratif est le cahier de charges : celui-ci est la forme nécessaire du marché public qui se définit par son objet, c'est-à-dire un contrat relatif à des travaux, fournitures, ou services. Quand les sommes engagées pour ces contrats dépassent un certain montant, ils sont sous forme de cahier de charges. Ce cahier de charges est l'expression concentrée de clauses se rapportant aux différents types de contrats conclus par les administrations. Les différents mécanismes générés par le recours à la technique contractuelle sont reproduits entre différents modèles types qui ont une portée officielle et qui sont imposés aux diverses autorités lorsqu'elles sont chargées de conclure des contrats.

Le contrat ayant pris forme après avoir souscrit aux différentes prescriptions extérieures tant au contrat lui-même qu'à celles qui lui sont internes, engage-t-il pour autant l'administration. Cette question pose en substance le problème de l'intervention des règles de la comptabilité publique dans la validité des contrats administratifs.

## SECTION II L'INTERVENTION DES REGLES DE LA COMPTABILITE PUBLIQUE

Le contrat administratif doit-il pour être valable à l'égard de l'administration obéir à d'autres règles que celles qui précèdent et entourent la conclusion du contrat administratif ?

Les règles de la comptabilité publique sont les règles qui régissent l'engagement des ressources financières de la puissance publique. Elles sont extérieures au contrat et souvent ignorées par l'autre partie contractante. Elles restent souvent invoquées par les agents du Trésor public quand l'administration doit exécuter <sup>un</sup> dont la traduction est en numéraire. Si le C.O.A. dans sa rédaction n'en n'a pas fait une condition de validité du contrat, elles (ces règles) y sont néanmoins posées de manière générale. Leur observation ne semblait lier que les autorités administratives comme en témoigne la sanction prévue par l'article 17 du C.O.A. dans son alinéa 2. L'alinéa 1 du même article pose le principe que "la conclusion du contrat administratif est soumise à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques". La sanction de l'alinéa 2 est que "cette obligation n'est pas opposable au co-contractant de l'administration".

La pratique contractuelle et l'interprétation faite de cette règle par l'administration et la jurisprudence est que son respect est nécessaire pour la validité du contrat administratif (15). L'incertitude ainsi entretenue durera quelques années avant que le législateur ne se décide à prendre position par la loi du 20 juin 1970. La position du législateur est favorable à l'administration comme il dispose que sont nuls les contrats conclus en violation des règles de la comptabilité publique.

Le législateur a utilisé une loi de finances pour abroger l'article 17 du C.O.A. Ce procédé peu élégant dans la technique juridique de création des lois, a cependant le mérite de clarifier la compréhension apparemment facile qu'il fallait avoir des dispositions de l'article 17 du C.O.A. Une condition supplémentaire est ainsi prévue pour la validité du contrat administratif : celle du respect des règles de la comptabilité publique.

Les conditions préalables à l'examen de ce qui peut constituer une faute contractuelle étant précisées, il importe de suivre la démarche qu'adopte le juge. Celui-ci fait un rapprochement entre le comportement exigé de l'administration par son engagement contractuel et celui qui lui vaut sa comparution devant la justice. Le juge n'aboutit à la conclusion qu'il y a faute contractuelle que quand il constate que l'administration a manqué à ses obligations contractuelles.

## CHAPITRE II. LE MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

Le contrat formé dans le respect des prescriptions législatives et réglementaires doit être exécuté. : chacune des parties s'engage à fournir les prestations pour lesquelles il s'est lié. Cette obligation qui pèse indistinctement sur les parties à un contrat quelle que soit sa nature se traduit sur le plan de la concrétisation du contrat par le fait qu'aucune des parties ne peut se délier unilatéralement (16). Le faire, c'est s'exposer à la comparution devant le juge compétent en la matière pour manquement aux obligations contractuelles, manquement considéré par la jurisprudence comme une faute,

Ainsi donc l'appréciation du comportement répréhensible, contractuellement relève de la compétence du juge, la partie co-contractante qui dénonce ce comportement se bornant à constater que ce comportement n'est pas en adéquation avec celui qu'il était convenu d'adopter dans un domaine précis. Nécessairement donc il faut recourir à la jurisprudence : c'est ce que nous tenterons de faire en examinant la position des tribunaux du premier degré et celle de la cour d'appel.

SECTION I APPRECIATION DES TRIBUNAUX DE PREMIERE INSTANCE

En fait il s'agit des décisions du tribunal de première instance de Dakar et de celui de Saint-Louis. La position des tribunaux de première instance apparaît dans trois jugements rendus respectivement le 17 mai 1969, le 5 décembre 1970 et le 20 février 1971.

Les deux premiers jugements statuent sans se préoccuper de l'existence du contrat. Quant au dernier, il constate la réalité de l'engagement contractuel et condamne naturellement l'Etat à s'exécuter.

§ I LE REFUS DE STATUER SUR L'EXISTENCE DU CONTRAT

Dans les deux espèces, le juge se réfère aux règles édictées par le décret 64-400 du 4 juin 1964 en considérant que la validité du contrat est subordonnée à leur respect. Il y ajoute cependant un autre motif qui s'il n'est pas explicitement mentionné dans le deuxième jugement, n'en n'est pas moins pris en compte : la faute de la victime.

A Le respect des règles du décret 64-400 du 4 juin 1964

Il s'agit ici des règles de forme prescrites par ce décret et qui sont relatives à l'engagement, au contrôle et à la certification du travail fait, à la liquidation et au paiement. En examinant ces quatre étapes de la procédure prévue par le décret 64-400 du 4 juin 1964, on constate qu'ils sont extérieurs au co-contractant et ne concernent que ceux qui sont chargés de manipuler les ressources financières de l'Etat tout au moins au niveau pré-contractuel c'est-à-dire les ordonnateurs de dépenses. Un des demandeurs dans ces litiges a à juste raison qualifié ce texte de "texte interne à l'administration". Le co-contractant devait seulement s'inquiéter de la compétence de celui qui veut signer un contrat, avec lui, l'incompétence étant un motif de nullité absolue du contrat.

Mais le juge ne se satisfait pas seulement de l'irrespect des règles de la comptabilité, il y ajoute la faute commise par le demandeur et conclut qu'il n'y a pas faute contractuelle de la part de l'administration.

### B La faute de la victime

Il ne s'agit pas ici d'une faute commise dans ou pendant l'exécution des obligations contractuelles mais plutôt une sorte de négligence d'inattention de la part du co-contractant de l'administration.

Dans l'affaire Bernabé contre Etat du Sénégal, le juge déclare que la Société a commis une faute en livrant une marchandise à l'Etat sans un engagement régulier et préalable de la dépense. Cela est curieux en ce sens que ce n'est pas la Société Bernabé qui devait respecter cette règle d'un engagement régulier et préalable de la dépense. Il n'entre pas dans les attributions des partenaires de l'administration de vérifier si telle dépense existe réellement. C'est d'ailleurs une opération impossible : les crédits budgétaires votés pour faire face aux dépenses de l'année financière ne prévoient pas toutes les dépenses qui doivent être effectuées mais les évaluent seulement comme cela est la vocation du Budget. Ces dépenses entrent dans une catégorie générale englobée par les chapitres budgétaires. Et c'est dans la limite du crédit budgétaire que doit se faire l'engagement des dépenses. Encore que cette recommandation n'est pas rigoureusement sanctionnée par une annulation de la dépense puisque les procédures de virements de crédits, de transferts de crédits permettent toujours de régulariser les dépenses quand les justifications produites sont suffisantes.

Quant au second jugement, il considère que les dispositions du décret 64-400 du 4 juin 1964 constituent des règles de forme dont la violation rend nulle le contrat, la nullité étant absolue.

Ce que le juge oublie de faire ici c'est la part des choses entre les règles de forme quant à la conclusion du contrat et celles relatives à la gestion des finances publiques. Les premiers s'imposent à toutes les parties à un contrat tandis que les seconds ne concernent que les manipulateurs des fonds publics du moins les ordonnateurs de dépenses. Mais le juge ne s'en tient pas seulement à ce premier argument.

Il oppose à la victime la méconnaissance du texte qui l'a conduit à s'engager dans des conditions peu orthodoxes, d'où l'existence et en quelque sorte la justification de son préjudice. Le juge semble tirer un lien de cause à effet entre la méconnaissance du décret et le préjudice dont a souffert le demandeur, les Etablissements Bouvier. C'est là encore une conclusion peu logique. La méconnaissance du décret ne peut en elle-même causer un préjudice, c'est le refus de l'Etat de s'acquitter de ses obligations en invoquant la violation du texte qui crée le préjudice.

Un autre aspect du problème dans l'examen de cette jurisprudence du tribunal de première instance de Dakar trouble les connaissances **du juriste** en matière de contrat: en se situant dans la logique du tribunal, on peut considérer que la faute commise par un co-contractant peut délier son partenaire de ses engagements contractuels, quand bien même la faute commise n'influe pas sur l'objet du contrat. Pourtant cette conclusion qu'on peut déduire des jugements suscités est en contradiction flagrante avec le principe qui veut que le contrat tienne lieu de loi entre les parties. En conséquence, les parties ne peuvent refuser de fournir les prestations que dans les seuls cas où il y a survenance de force majeure, ou d'inexécution des obligations par l'autre partie (donc une faute contractuelle). La faute devant exonérer entière ou partiellement une partie au contrat doit se rapprocher de l'objet même du contrat.

- La position du tribunal de première instance de Dakar n'a pas fait "jurisprudence" pour utiliser un mot bien connu dans le jargon judiciaire. Le tribunal de première instance de Saint-Louis s'est en ce domaine singularisé.

## § II LA CONSTATATION DE L'EXISTENCE DU CONTRAT

- Cette position ressort du jugement du tribunal de première instance de Saint-Louis du 20 février 1971 Georges Berraz contre Etat du Sénégal.

Les faits de cette procédure sont les suivants ; le chef du service de l'hydraulique à Saint-Louis avait demandé un modèle d'escalier pour son service. Les travaux confiés à Georges Berraz furent exécutés. Ayant présenté sa facture pour paiement, l'Etat du Sénégal refuse de payer opposant non pas la "réalité des travaux...", mais plutôt la nullité absolue du contrat le liant à Berraz, aux motifs que le décret N° 64-400 du 6 juin 1964, réglant l'engagement des dépenses publiques n'a pas été respectée".

Attrait devant le tribunal de Première instance de Saint-Louis, l'Etat se voit condamner à payer à Berraz la somme de 692.300 francs représentant le montant de la facture parce que l'engagement de l'Etat est bien réel. Le juge fait d'abord la part des choses de ce qui constitue les conditions de forme prescrites par la loi.

### A L'identification des règles de forme

Devant la persistance de l'Etat de considérer que les dispositions du décret 64-400 du 4 juin 1964 constituent des règles de forme pour la conclusion des contrats administratifs, ce qui lui permet de se prévaloir des dispositions de l'article 51 du C/O. pour demander l'annulation du contrat, le juge est amené à préciser ce qui est constitutif de la forme dans le contrat.

Pour cela le juge fait savoir que la forme n'est rien d'autre que la manière dont se présente le contrat ou doit être présenté le contrat.

Celui-ci peut prendre la forme écrite ou verbale c'est-à-dire constaté sur un acte ou résulter simplement d'un échange de propos. Cette dernière forme, si elle est peu usitée, existe cependant mais les règles de preuve en matière de contrats font que la forme écrite est le plus souvent employée. Cette forme est beaucoup plus recommandée pour l'administration pour la simple raison que la réalité de l'engagement doit être vérifiée par ceux qui <sup>ont</sup> la mission de régler les dépenses de l'administration et cette vérification se fait sur pièces. La forme écrite peut présenter la particularité d'être notariée ce qui lui confère la valeur d'un acte authentique, ou être sous-seing-privé. On voit donc que la manière dont se présente un contrat n'a rien à voir avec l'existence d'une dépense préalable et disponible. Après cette opération de clarification, le juge constate l'existence du contrat.

#### B La réalité de l'engagement contractuel

Le juge part des aveux de l'Etat qui a admis l'existence des travaux et a reconnu leur valeur pour tirer la conclusion que l'Etat doit s'exécuter et le condamne à le faire. Cette conclusion est un peu hâtive. En effet le juge devrait dans ce cas particulier se référer au C.O.A. pour se demander si le chef du service de l'hydraulique a compétence pour engager l'Etat jusqu'à concurrence de cette somme. En cas de réponse négative le contrat est nul. Mais à la décharge du juge on peut dire que cet argument n'a pas été invoqué par l'administration.

Dès lors que le contrat existe, il doit tirer son plein et entier effet. Celui-ci consiste pour l'Etat après réception des travaux à payer. C'est le non paiement ici qui constitue la faute. La position très hardie et juridiquement solide du tribunal de Saint-Louis n'a cependant pas été confirmée par la cour d'appel.

## SECTION II LA POSITION DE LA COUR D'APPEL

Deux des jugements rendus en premier ressort ont été frappés d'appel. Cette procédure permet de saisir la position de la cour d'appel. Elle ressort de deux arrêts rendus en 1971 et le 24 mai 1972.

Le premier arrêt est relatif à l'affaire Société Bernabé contre Etat du Sénégal. On se rappelle que le premier juge avait décidé que le contrat n'avait pas été formé du fait du non respect des règles prescrites par le décret 64-400 du 4 juin 1964.

Le juge d'appel confirme ce jugement tout en précisant qu'il se place non plus sur le terrain de la responsabilité contractuelle mais sur celui de la responsabilité délictuelle. Ce raisonnement est quelque peu mal aisé puisque le juge a examiné les conditions dans lesquelles la société requérante fut amenée à fournir des prestations détournées par la suite au profit par l'officier de détail Yatte. En déplaçant le fondement de la responsabilité, le juge évacue le débat même si par ailleurs il a affirmé que le contrat n'était pas formé et semble peu sûr de son argument même si pour justifier son point de vue il fait observer que c'est par accord des parties qu'il en vient à examiner le problème sous l'angle de la responsabilité délictuelle. C'est la demande qui lie le juge et il est de son devoir de substituer aux moyens invoqués ceux qu'il considère les mieux aptes à régler le litige.

La position de la cour d'appel est plus confortable dans la deuxième espèce. Il s'agit de l'arrêt en date du 24-05-1972 rendu dans l'affaire Berraz contre Etat du Sénégal. Les moyens opposés à l'intimé sont juridiquement plus soutenables. La cour remarque que Berraz ne peut invoquer à son profit les dispositions des articles 17 et 45 du C.O.A. qui n'existait pas au moment de la conclusion du contrat. Seuls les textes existant à l'époque pouvaient régir le contrat. L'autre argument est tiré des dispositions même du C.O.A. que le juge utilise par un raisonnement par l'absurde : même si par extraordinaire, on pouvait tenir compte du C.O.A., une disposition de ce texte de loi (l'article 18) prescrivait l'annulation du contrat conclu sans autorisation préalable, lorsque celle-ci est exigée. Pour toutes ces raisons le contrat conclu ne peut valablement exister. Le C.O.A. n'ayant pas encore été édicté, quelles sont les règles applicables au contrat ? Le juge d'appel a décidé que c'étaient les dispositions du décret 64-400 du 4 juin 1964.

Cette position de la cour d'appel a été codifiée par l'article 18 de la loi du 20 juin 1972. Dans cet article, le législateur fait du respect des règles de la comptabilité publique des règles essentielles à la formation du contrat administratif. Le non respect de celles-ci est sanctionné par l'annulation du contrat. Les tribunaux se trouvent ainsi épargnés d'une interprétation et d'une opération de conciliation des dispositions du C.O.A. et du décret 64-400 du 4 juin 1964. Quelle portée accorder à chaque texte ? L'un s'occupe du contrat, l'autre de la dette qui naît du contrat. Le problème pouvait être résolu par la responsabilité délictuelle. C'est une porte de sortie que pouvait saisir le juge pour sauvegarder les intérêts du partenaire de l'administration.

TITRE II LA FAUTE DANS LA RESPONSABILITE DELICTUELLE

La responsabilité délictuelle est celle qui naît à "la charge de celui qui a causé un dommage à autrui et qui, de ce fait, doit sous certaines conditions le réparer" (17). Cette responsabilité peut trouver son origine dans la faute, tout comme elle peut être sans faute, la doctrine l'assimile alors à une responsabilité objective. La responsabilité délictuelle sur la base de la faute sera seule concernée par cette étude.

La faute dans le contentieux de la responsabilité délictuelle peut être imputable soit à l'administration soit à l'agent, c'est la distinction entre la faute de service et la faute de l'agent. Le juge saisi d'un litige impliquant l'administration et relatif à un manquement à une obligation non contractuelle examine le degré de participation de l'individu qu'agit au nom et pour le compte de l'administration et voit dans quelle mesure sa fonction peut absorber la faute. D'un autre côté le juge peut considérer qu'une personne même revêtue des privilèges que lui confère sa fonction commet une faute mais que celle-ci traduit dans la réalité non pas la position de l'administrateur mais celle de l'individu. Dans l'un et l'autre cas, il conclut à l'existence de la faute de service ou personnelle. Certes dans la réalité, Duguit n'ayant jamais dîné avec une personne morale (l'administration peut en être une), la faute qu'elle soit personnelle ou de service est toujours commise par un individu mais il s'agit là d'une image qui permet de rendre compte de l'idée de représentation. Par une sorte de dédoublement de la personne, l'individu peut agir pour elle-même comme elle peut le faire pour quelqu'un d'autre en poursuivant un but bien défini. Ce but qui est celui de l'intérêt général, relève de la mission de l'administration.

Cette distinction que l'on peut qualifier de "summa divisio" dans la jurisprudence administrative ne s'impose cependant pas dans tous les cas. Il semble à l'examen de la jurisprudence administrative que, quelques particularités subsistent suivant la nature du service : il en est précisément ainsi dans le cadre du service public de la justice où le juge exige en plus du fonctionnement défectueux anormal du service, la preuve que cette anomalie soit fautive.

Deux chapitres seront consacrés à ce titre : l'un relatif à la nature de la faute, il s'agira principalement dans ce chapitre d'étudier les différentes catégories de la faute. Le deuxième chapitre traitera de la particularité de la faute dans le service public judiciaire.

## CHAP I LA NATURE DE LA FAUTE

La faute administrative peut revêtir un caractère personnel ou de service. Cette distinction établie par la jurisprudence française depuis la décision du tribunal des conflits du 30 juillet 1875 (18) a été codifiée par le C.O.A. dans ses articles 142 et 145. Alors que la jurisprudence définissait ce qui constituait la faute de service ou la faute personnelle, le C.O.A. se borne simplement à poser le principe de la distinction. Ainsi le juge sénégalais prenant acte de cette distinction, procède ainsi et examine ce qui dans le comportement d'un individu relève de la faute personnelle ou de la faute de service. La distinction n'est pas rigide toutefois, l'évolution de la jurisprudence française et qui a été appliquée au Sénégal ayant abouti au cumul de fautes.

SECTION I LA FAUTE PERSONNELLE

L'article 145 du C.O.A. prévoit que "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". Devant une définition aussi laconique, le juge apprécie le comportement qualifié de fautif selon un certain nombre d'éléments

Le comportement fautif ainsi dégagé se voit appliquer un certain régime juridique.

§ I ELEMENTS D'APPRECIATION

L'interprétation de la jurisprudence conduit à un certain nombre d'idées-maîtresses que la doctrine appelle critères et qui sont destinés à dégager les éléments constitutifs de la faute personnelle. Une remarque s'impose d'emblée; c'est qu'aucun critère n'a une portée générale, il varie selon les espèces et l'autorité qu'acquiert une certaine doctrine et la conviction qu'elle entraîne nécessairement à une époque déterminée. Cette doctrine a joué un rôle certain dans la fixation de la jurisprudence en France. Nous omettons volontairement d'en parler bien qu'il soit de notoriété publique cette doctrine par la jurisprudence française interposée influe largement sur le cours jurisprudentiel et juridictionnel au Sénégal.

En analysant la jurisprudence sénégalaise en elle-même, on voit que le juge sénégalais définit la faute personnelle par opposition à la faute de service, en disant qu'elle est dépourvue de tout lien avec le service, il le fait aussi en considérant le but poursuivi. Ces deux critères que l'on peut qualifier de nécessaires ne sont pas toujours suffisants, il s'ajoute d'autres que l'on peut déduire des motifs des jugements.

A L'absence de tout lien avec le service

C'est un critère *dégage* par la jurisprudence contestée Société Bernabé contre Etat du Sénégal et qui a été par la suite repris dans l'affaire Paul Faye et Ibrahima Sy contre Etat du Sénégal. Ce critère a le mérite d'avoir été posé tant par le juge de première instance que par le juge d'appel.

On se rappelle que dans l'affaire Société Bernabé contre Etat du Sénégal, le juge en ravalant le litige sur terrain délictuel avait conclu que la faute commise par le Lieutenant Yatte était dépourvu de tout lien avec le service. Mais alors que cette expression est posée en pétition dans cette affaire, elle se voit attribuer un certain contenu dans la seconde affaire. En effet, dans celle-ci, le juge en examinant les circonstances dans lesquelles le requérant fut amené à conduire un véhicule de service bien que n'étant pas le chauffeur titulaire, précise que Paul n'avait pas été désigné par le chef de service : que c'est sur initiative du manoeuvre de service que Paul a disposé des clés de la voiture. Pour exclure donc le lien avec le service, le juge note tout d'abord qu'il n'a aucune preuve quant à l'implication d'une manière ou d'une autre du chef de service dans la remise des clés à un agent qui n'était pas le chauffeur titulaire. Le raisonnement se poursuit par la conclusion que Paul Faye a reçu les clés de la voiture du manoeuvre du service : par conséquent vu la place occupée par celui-ci dans la hiérarchie administrative, aucun lien de subordination et de préposition ne peut être relevé.

La subordination qui n'est en droit administratif ce que la préposition est en droit civil reflète la position d'un individu envers un autre : la soumission à l'autorité de quelqu'un qui se traduit par des "ordres" (sur le but à atteindre) et des instructions (sur les moyens à employer") (19).

Ce critère d'absence de lien avec le service n'est pas utilisé seul. Il est cumulé avec celui du but poursuivi.

#### B Le but poursuivi

Il semble que ce soit ce critère qui détermine le juge à conclure que tel ou tel comportement constitue une faute personnelle. Il en est précisément ainsi dans les deux espèces précitées.

Dans l'affaire Société Barnabé contre Etat du Sénégal, le juge conclut à la responsabilité personnelle de l'agent après avoir trouvé que l'utilisation faite des quarante sept (47 t) de ciment livrées a été exclusivement personnelle. Il en est de même dans l'affaire Paul Faye.

Le juge s'obstine à démontrer que le Lieutenant Yatte a réussi à commettre les malversations qui ont conduit à la mise en cause de l'administration par la société demanderesse que parce qu'il n'a pas respecté la procédure édictée pour la conclusion des marchés de l'Etat. De cette démonstration, il (le juge) tire la conséquence suivante que ce non respect des procédures visait un but, étranger au but que poursuit l'administration. La conclusion qui se dégage de cette longue démonstration (un peu mal-aisée il faut le reconnaître) (20) est que le lieutenant Yatte a usé de manœuvres frauduleuses parvenant ainsi à réaliser une escroquerie.

Quant à Paul Faye, le juge en examinant les faits remarque que Paul Faye avait effectué la mission pour laquelle les clefs de la voiture lui ont été remises, ~~avait été accomplie~~. Il continue la description des circonstances de la collision et note que celle-ci s'est produite au moment où Paul Faye "a voulu profiter de la voiture pour déposer ses achats chez lui et par la même occasion déposer un camarade". Cet argument semble suffisant pour dévoiler l'absence d'un motif de service lors de la survenance de l'accident.

Cette absence de lien téléologique avec le service suffit pour conférer un caractère personnel à une faute même commise dans le service. Ce critère peut s'ajouter à d'autres moins explicites.

#### C Les critères subsidiaires

Ces critères n'apparaissent pas toujours dans les motifs du jugement, ils ne font que transparaître. Il en est ainsi dans l'affaire Société Bernabé où le juge prend en considération (mais sans le dire) la personnalité du Lieutenant Yatte. Pour cela il se réfère à une notion de droit pénal pour expliquer que Yatte par son fait répréhensible ne peut engager que lui-même et non le service c'est le recours à la notion de manœuvres frauduleuses. En d'autres termes cela veut dire que Yatte est un délinquant et la faute qu'il peut commettre par des agissements frauduleux quelconques est purement personnelle à l'image de la faute pénale et ne peut donc être imputée à autrui.

Dans l'affaire Paul Faye, le critère subsidiaire provient du manque de qualité de Paul pour effectuer la mission qu'il a accomplie : il n'était pas le chauffeur titulaire et selon le règlement administratif il ne pouvait pas disposer du véhicule de service. Le faire c'est pêcher en quelque sorte disciplinairement, ce qui engage personnellement l'auteur d'un pareil fait.

Le juge après avoir examiné les différents aspects du comportement de l'agent qui confèrent à son action le caractère d'une faute personnelle, lui applique alors le régime juridique prévu à cet effet.

## § II LE RÉGIME JURIDIQUE

Après avoir défini la faute personnelle dans l'alinéa 1 de l'article 145 du C.O.A., l'alinéa 2 de ce même article prévoit le régime juridique applicable. Un principe est posé : c'est celui de la mise en cause systématique de l'administration même si "la faute est détachable du service public". Cela ne nuit cependant pas au droit de l'administration : celle-ci peut se retourner contre l'agent fautif.

### A La mise en cause de l'administration

Le législateur sénégalais en optant pour le système de l'unité de juridiction, n'a pas opté pour l'unification des contentieux. Si c'est vrai que c'est la même juridiction qui connaît tant des litiges de l'administration que ceux des personnes privées du moins dans le contentieux des droits, les règles applicables à ces litiges ne sont par contre pas les mêmes tant sur le plan du fond que sur le plan de la forme. Dans le contentieux de la responsabilité, le souci du législateur de protéger les intérêts du particulier est évident à deux niveaux :

- d'abord pour qui connaît les difficultés engendrées en France par la dualité de juridictions pour déterminer le tribunal compétent dans un litige où l'administration se trouve impliquée.

- ensuite au niveau de la solvabilité de l'agent fautif. L'administration de la faute de cet agent, le particulier est assuré de recouvrer sa créance de dommages et intérêts. Dès lors le particulier peut à tout bout de champ saisir le tribunal de première instance et "inviter" l'administration au procès qui l'oppose à un agent de celle-ci. Mais il est nécessaire que la faute soit commise dans le service même si elle est détachable de celui-ci. Le droit de l'administration reste toutefois sauvegardée par l'action recoursoire.

#### B L'action recoursoire

C'est la voie de droit offerte à l'administration pour se retourner contre un de ses agents dont elle a supporté les conséquences du fait fautif. Cette voie permet à l'administration de récupérer les fonds qu'elle a versés à la victime du comportement fautif. Une illustration en est donnée par l'affaire Dame Ndiaye contre Etat du Sénégal et autres dont le jugement a été rendu le 26 juin 1971.

Une Land-rover de l'Etat ayant à son bord quatorze passagers s'était renversée sur la route par suite de l'éclatement des pneus arrières, usés à 90 %. les passagers parmi lesquels se trouve le nommé Dame Ndiaye revenaient des champs de la mère de Momar Talla Dramé, chef d'arrondissement qui avait donné l'ordre au chauffeur de les transporter. Le juge ne s'est pas apesanti outre mesure sur la faute de Cheikh Ndiaye le chauffeur, se bornant à constater qu'elle a été établie par un précédent jugement du tribunal correctionnel de Diourbel l'ayant condamné à deux mois d'emprisonnement avec sursis et trois mille (3.000 F) francs d'amende pour blessures involontaires et défaut de maîtrise. Quant à Momar Talla Dramé, le juge caractérise son comportement.

Comme il poursuivait un but personnel et qu'il a donné l'ordre de transporter les passagers bien que connaissant l'état défectueux des pneus, sa faute est personnelle, n'ayant rien à voir avec le service. Mais comme Cheikh Diagne a agi sur ordre de son supérieur hiérarchique, l'Etat devait être déclaré civilement responsable. Par contre l'ordre étant un abus de fonction de la part de Momar Talla Dramé parce que poursuivant un but personnel, il y a lieu de retenir sa responsabilité personnelle et de dire que l'Etat est fondé à se retourner contre Momar Talla Dramé.

## SECTION II LA FAUTE DE SERVICE

La faute de service est une faute dont l'auteur est le service. Cette définition tautologique est à la mesure de la complexité du problème. Quand et comment le service peut-il commettre une faute ? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre dans les développements qui suivent. Des précisions terminologiques seront nécessaires dans un premier temps. Le deuxième paragraphe sera consacré aux caractéristiques de la faute de service.

### § I PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

L'étude de la jurisprudence administrative surtout française permet de découvrir plusieurs termes qui expriment à quelques nuances près, la faute imputable à l'administration. Certains termes rendent compte de l'étendue de la faute et de son origine c'est-à-dire en quelque sorte la détermination de son origine, la localisation de la défaillance. Aussi l'utilisation de la distinction faute de service - faute du service n'est pas fortuite. Par ailleurs le juge ne traduit pas nécessairement l'existence de la faute de service par ce terme. Il lui arrive souvent en fonction de la spécificité de l'activité qui a engendré la faute d'user de termes qui ne disent pas nécessairement faute de service mais rendent compte d'une telle idée.

## A Faute de service et faute du service

Il est fréquent de rencontrer dans la jurisprudence administrative la distinction subtile entre la faute de service et la faute du service. Quel est le critère de la distinction ? Quelle est sa portée ?

Le critère de la distinction : Cette distinction est une oeuvre de la doctrine qui la justifie par l'origine de la faute. Elle a été adoptée par la jurisprudence. Une faute est dite <sup>de service</sup> quand, malgré le caractère objectif de celle-ci, la défaillance qui l'a occasionnée peut être localisée. C'est-à-dire qu'on peut connaître l'agent de l'administration qui n'ayant pas exécuté ses obligations professionnelles a provoqué cette faute. Quant à la faute du service, c'est la faute anonyme, celle dont l'origine ne peut être établie, on le constate tout simplement.

La jurisprudence sénégalaise a adopté cette distinction et ne manque pas de s'y référer. Le juge y a expressément fait allusion dans l'affaire Babacar Kébé dit Ndiouga contre Etat du Sénégal. Dans cette affaire Babacar Kébé s'était déclaré commanditaire d'une adjudication faite à l'audience des criées du 9 janvier 1973 au profit de la Compagnie sénégalaise du Sud-est. Le prix de l'adjudication et les frais, le total d'un montant de 21.500.000 F. a été versé entre les mains du greffier en chef qui n'a pas remis le prix de l'adjudication à la compagnie sénégalaise du Sud-est. Le greffier avait commis là un abus de confiance, ayant détourné des fonds pour lesquels il n'était que mandataire. Mais qu'est-ce qui dans le service a pu permettre qu'un tel délit se produisit ? C'est là qu'intervient le service et la localisation de cette défaillance n'a pu se faire, et le juge a alors conclu à la faute du service.

Une autre illustration en est donnée par l'affaire Abdoulaye Guèye contre Etat du Sénégal. Le juge est cette fois-ci la Cour Suprême puisque l'affaire est arrivée pour cassation. La décision rendue le 8 juin 1968 fait état de la faute du service. Un chauffeur de la mairie de Dakar s'était rendu à un mariage à Rufisque avec le véhicule de service. De retour de ce mariage à une heure tardive il entre en collision avec le taxi conduit par Abdoulaye Guèye. Celui-ci fait intervenir l'Etat dans l'action qu'il intente contre Alpha Seck le chauffeur. L'Etat argue du fait que l'utilisation du véhicule est abusive et conclut à la responsabilité personnelle de Alpha Seck. La Cour Suprême rejette cette argument et fait valoir que seules les fonctions de Alpha lui ont permis d'entrer en possession de la voiture. Celle-ci devait pourtant être ramenée au garage à 19 h au plus tard. Qu'est ce qui dans le fonctionnement du service a permis que Seck puisse conserver le véhicule au-delà de l'heure à laquelle il devait être ramené au garage. La défaillance n'est pas localisée, elle est anonyme donc c'est la faute du service.

2.- La portée de la distinction : La distinction ainsi établie n'est pas un simple caprice intellectuel, elle répond à un but déterminé. En déclarant qu'un comportement est fautif, le juge sanctionne une légèreté, une défaillance, une erreur etc... Mais en montrant à l'autorité administrative que cette défaillance peut être localisée, le juge permet ainsi à celle-ci d'utiliser son pouvoir disciplinaire pour sanctionner une attitude qui ne devrait pas être. Certes cela est sans incidence sur la réparation, l'Etat étant dans tous les cas tenu de réparer intégralement le préjudice subi mais cela permet une moralisation de la vie publique et renforce la conscience professionnelle.

B. Les termes jurisprudentiels rendant compte de la faute de service

Ces termes sont aussi divers et variés que le sont les domaines de l'activité administrative. Sans pouvoir les épuiser tous, l'arrangement énumère ceux qui reviennent le plus souvent dans le langage judiciaire.

1 - Le fonctionnement anormal : C'est le fonctionnement qui ne répond pas aux règles normales qui régissent le fonctionnement habituel d'un service. Cela suppose que le minimum qu'on pouvait attendre d'un service compte tenu de son importance et de ses moyens n'est pas atteint.

2 - Le fonctionnement défectueux : C'est le terme le plus couramment employé. Dans ce cas le service a fonctionné mais pas comme il devait le faire. Quelque chose dans l'organisation interne du service n'a pas permis de réaliser la mission assignée à ce service.

3 - Le défaut d'entretien normal : Ce terme est le plus souvent utilisé pour les fautes résultant des activités relatives aux travaux publics ou aux ouvrages publics. Cela veut dire que le minimum de soins qu'on devait apporter à un ouvrage ou à la réalisation d'un travail public n'est pas fait.

Ces termes s'ils évoquent la diversité des domaines de l'activité administrative, traduisent une même idée, celle de la faute de service. En cela ils présentent les mêmes caractéristiques.

§ II LES-CARACTERISTIQUES DE LA FAUTE DE SERVICE

Elles sont posées par l'article 142 du COA qui à l'instar de toutes les dispositions du C.O.A. reprend une position dégagée par la jurisprudence française. Le fonctionnement défectueux "s'apprécie en tenant compte de la nature du service, des difficultés qu'il rencontre et des moyens dont il dispose". Le juge sénégalais saisi d'un problème de responsabilité pour faute de service procède à une sorte de comparaison entre ce que peut faire le service et ce qu'a fait le service. Le comportement fautif de l'administration est saisi en concreto.

La jurisprudence Mr. Diaw est celle qui donne une définition de la faute de service : la faute doit présenter une certaine gravité et l'existence de la faute peut être subordonnée à la nature de la faute.

A Faute doit être d'une certaine gravité

Contrairement au droit civil où toute faute quelle qu'elle soit est obligée à réparation, la faute de l'administration ne peut provoquer une réparation que si elle est d'une certaine gravité. Cela ressort parfaitement de l'arrêt Mr. Diaw : Dans ce litige, un enfant de sept ans Moustapha Diaw accompagné de deux de ses amis satisfaisant leurs besoins à proximité d'un dépôt d'ordures : ils devaient découvrir dans ce dépôt un objet qui a explosé à la suite de manipulations auxquelles ils s'étaient livrés. Moustapha Diaw en sortit grièvement blessé. Son père Mr. Diaw intente une action contre l'administration pour fonctionnement défectueux du service d'enlèvement des ordures. La Cour d'appel sans le dire admet que le fait que les ordures soient encore sur les lieux constitue une faute mais cela ne suffit pas pour engager la responsabilité de l'administration.

La victime devait en outre démontrer que les ordures y sont restées un temps anormalement long, c'est-à-dire que la carence de l'administration a pris une certaine dimension. Faute d'avoir prouvé que cette anomalie a duré plus qu'il n'était permis de le faire, la faute de service ne peut être reconnue.

L'affaire cheikh Marone contre Etat du Sénégal rentre dans la ligne de la jurisprudence Mor Diaw même si elle est antérieure à celle-ci. Cheikh Marone a intenté une action en responsabilité contre l'Etat du Sénégal pour inaction des services de police qui n'auraient pas selon ses dires efficacement protégé Me Lamine Guèye et la suite qui l'accompagnait lors de sa tournée électorale en Casamance, précisément à Bignona au village de Coudenphor permettant ainsi à ses opposants de tuer beaucoup des militants qui accompagnaient le leader socialiste. Le tribunal de première instance de Dakar saisi du dossier se livre à une reconstitution des circonstances dans lesquelles se sont déroulés les massacres. Le juge admet implicitement l'accusation de Marone selon laquelle Me Lamine Guèye et sa suite n'ont pas été efficacement protégés alors que l'administration était au courant des dangers qui pesaient sur eux mais il constate tout de suite après que si le gros peloton de gendarmerie a été maintenu à Bignona, c'est en raison des incidents qui s'y sont produits et qui étaient alors une sorte de mise en garde. Le juge continue son raisonnement et dit que le parcours aller s'était déroulé sans désordre. Dès lors même si la carence de l'administration est regrettable, celle-ci devant protéger les hommes politiques pendant leurs campagnes électorales, elle ne présente pas la gravité nécessaire pour déclarer l'administration responsable de la mort du frère de Cheikh Marone. Il est vrai que le juge dans cette affaire semble s'être plutôt basé sur les moyens humains dont disposaient les services de police pour conclure qu'il n'y avait pas de faute.

Il n'en demeure pas moins qu'il a mentionné l'existence de la carence (qui est la faute ici) mais vu que celle-ci semble légère, il n'a pas conclu à la faute de service.

#### B La subordination de l'existence de la faute à la nature de l'activité

La nature de l'activité administrative est souvent prise en considération par le juge dans la détermination de l'existence de la faute. Il peut être exigé que la faute présente non seulement la particularité d'une certaine gravité qui s'attache à toute faute de l'administration, mais le juge peut demander par exemple que la faute soit lourde.

Cela est la position de la jurisprudence française en matière de dommages causés par les activités de police. Au Sénégal à notre connaissance une pareille jurisprudence n'existe pas.

D'un autre côté par contre, le juge peut être plus exigeant envers l'administration surtout quand l'activité ou l'objet qui a provoqué le dommage recèle un certain danger pour les particuliers. Telle semble être la position du juge sénégalais dans l'affaire Mor Tall et autres : des enfants mineurs qui jouaient sur un terrain vague ont été victimes de l'éclatement d'un obus. Leurs parents intentent une action contre l'Etat devant le tribunal de Thiès qui les déboute de leurs demandes mais la Cour d'appel reçoit leur appel et en admet le bien fondé en déclarant qu'il y a fonctionnement défectueux du service public. La Cour décide que même si les circonstances dans lesquelles l'obus <sup>s'est trouvé sur le terrain ne sont pas éclaircis, il n'en demeure pas moins que l'obus</sup> appartenait à l'Etat et il était de son devoir de rechercher ou de détruire les obus non éclatés ou prendre "toutes précautions pour interdire effectivement l'entrée du champ de tir à des tiers". Le juge d'appel prend en considération le danger de l'objet. Le fait de savoir comment l'obus est parvenu au terrain n'intéresse pas le juge.

Ce qui est suffisant pour lui, c'est que les mesures que doit prendre l'Etat pour assurer la sécurité des citoyens ne sont pas suffisantes. Pourquoi elles n'ont pas été prises, quelles sont celles qui ont été prises, de quels moyens disposent les services devant le faire, le juge n'essaie pas de savoir.

La faute de service ainsi dégagée de ses caractéristiques globales n'est pas exclusive de toute autre. Le rôle de l'agent administratif dans le service la dimension que peut prendre celui-ci, les moyens dont il dispose font qu'il arrive très souvent dans les jugements de responsabilité qu'il y ait interférence entre la faute de service et la faute personnelle.

### SECTION III LA NON RIGIDITE DE LA DISTINCTION : LE CUMUL DE FAUTES

L'évolution de la jurisprudence administrative a abouti de nos jours à une liaison plus étroite de la faute personnelle et de la faute de service : l'une n'est pas exclusive de l'autre. C'est la suite logique de l'implication de plus en plus croissante de l'administration dans la vie des particuliers mais surtout des exigences qu'impose la satisfaction de l'intérêt général.

Les sacrifices consentis par les particuliers trouvent leur contre partie dans la sanction de toute défaillance à quelque niveau que ce soit. Ce qu'il faut surtout remarquer c'est que le lien est perçu d'un seul côté : on lie beaucoup plus souvent la faute personnelle à la faute de service et rarement le contraire, sauf lorsque la faute de service révèle des intentions personnelles frisant la malhonnêteté. Mieux encore, la faute personnelle tend à faire présumer la faute de service.

Cela dit, en regardant la jurisprudence, on voit que le lien entre la faute personnelle et la faute du service passe souvent par les moyens du service mais aussi quand la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service.

### § I FAUTE PERSONNELLE ET MOYENS DE SERVICE

La faute personnelle de l'agent tend à se dissoudre dans celle de service. La dissolution n'est pas totale puisque la faute personnelle est toujours affirmée mais elle est diluée par l'expression jurisprudentielle "faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service". La jurisprudence sénégalaise sans reprendre à la lettre cette expression décalquée par le juge français ne l'on consacrée pas moins dans ses décisions.

C'est la Cour suprême qui a adonté cette jurisprudence dans l'affaire Abdoulaye Guèye contre Mairie de Dakar. L'on se rappelle qu'Alpha Seck employé par la Mairie comme chauffeur avait utilisé un des véhicules de service pour se rendre à un mariage à Rufisque. De retour de ce mariage vers quatre heures (4 h), dans un état d'ébriété avancé il entre en collision avec le taxi conduit par Abdoulaye Guèye. L'Etat du Sénégal attrait devant la justice argue devant le tribunal de première instance tout comme devant la Cour d'appel qu'il ne peut être tenu pour responsable de cet accident, Alpha Seck ayant abusé de ses fonctions de chauffeur en utilisant un véhicule de service au delà de l'heure admise par la réglementation en vigueur. Le juge d'instance et le juge d'appel avaient suivi l'Etat dans son argumentation en vigueur. Le cours suprême prenait une position contraire en affirmant que le véhicule a été remis à Alpha Seck dans "des conditions ou un tiers quelconque n'aurait pu semblablement en obtenir la disposition". Donc c'est le moyen qui a causé l'accident qui est ici seul pris en considération, le juge ne se demande pas dans quelles conditions Alpha Seck a pu entrer en possession de la voiture.

Le lien de la faute personnelle avec la faute de service se fait ici par le moyen utilisé par l'agent fautif. Celui-ci ayant été mis à sa disposition pour l'accomplissement d'un service, la faute qu'il peut provoquer par son fait même si elle est fortement personnalisée est atténuée et à la limite même dissoute sous réserve de l'action récursoire dans la faute de service.

La Cour d'appel n'a cependant pas adopté cette jurisprudence considérée comme "libérale" (21). Elle a refusé de suivre cette jurisprudence dans une autre espèce qui se rapprochait beaucoup de celle étudiée ci-dessus. C'est la jurisprudence Société Bernabé contre Etat du Sénégal. Le Lieutenant Yatte officier de détails au groupement parachutiste de Thiaroye s'était fait livrer pour une utilisation personnelle quarante sept (47 t) tonnes de ciment en signant des bons de commande. Le procédé utilisé cachait une intention malhonnête du Lieutenant Yatte. Le juge du premier degré et celui d'appel saisis du dossier ont estimé qu'il n'y avait aucune faute de service, que les agissements de Yatte étaient constitutifs d'escroquerie. Mais là où le raisonnement du juge pêche par insuffisance c'est le fait de n'avoir pas examiné ce qui a déterminé la Société Bernabé-Sénégal à livrer le ciment. Il est clair d'abord qu'un "particulier quelconque" ne pouvait utiliser des bons de commandes de l'armée pour en tirer le profit frauduleux qu'en a tiré Yatte. Il est vrai aussi que la manipulation des bons de commande entraînait dans les attributions de Yatte.

Dès lors tout concourait à donner aux agissements de Yatte quelque lien avec le service. Les conditions que peut exiger la jurisprudence pour lier la faute personnelle à la faute de service semblent être au regard de l'arrêt de la Cour suprême les suivantes : que les moyens utilisés par l'agent lui soient fournis par le service d'abord, et que l'utilisation soit faite dans le cadre de ses attributions normales.

Ces conditions sont remplies dans l'affaire Bernabé et pourtant le juge n'a pas cru devoir reconnaître qu'il y avait un lien avec le service. Pour éluder la question il a situé le débat au niveau de la responsabilité pénale en mettant beaucoup plus l'accent sur le caractère pénalement reprehensible des faits commis par Yatte.

Un autre critère utilisé par le juge pour conclure à la liaison de la faute personnelle avec la faute de service résulte de la position de la victime par rapport au service. Si celui-ci est l'intermédiaire nécessaire qui a favorisé la faute personnelle, le juge conclut qu'il y a "faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service" selon la formule consacrée.

## § II LE SERVICE COMME INTERMEDIAIRE NECESSAIRE

Cette situation se présente quand la victime d'un fait personnel de l'agent n'a été mis en présence de celui-ci que par l'effet du service. C'est en d'autres services quand le service occasionne la faute par le fait que c'est lui qui explique la présence de la victime dans l'endroit où le dommage lui a été causé. Cette jurisprudence qui a été développée par la France, n'a pas encore trouvé application au Sénégal mais quelques espèces déjà connues du juge sénégalais pouvaient valablement l'adopter.

C'est notamment le cas dans l'affaire Babacar Kébé dit Ndiouga contre Etat du Sénégal.

Un bref rappel des faits s'avère indispensable une fois de plus. Babacar Kébé dit Ndiouga commanditaire d'une adjudication faite à l'audience des criées au profit de la Compagnie Sénégalaise du Sud-est avait versé 21.500.000 F entre les mains du greffier en chef. Celui-ci ne remit pas la somme à la Compagnie Sénégalaise du Sud-est et Ndiouga Kébé fut contraint de nouveau de payer directement la somme à la compagnie. Le greffier en chef n'ayant pu représenter la somme reçue fut condamné par le tribunal correctionnel et Ndiouga Kébé intenta une action judiciaire contre l'Etat.

Le juge dans son analyse réfute les arguments de l'Etat qui soutient qu'il n'y avait qu'une faute personnelle d'ailleurs sanctionnée pénalement par la condamnation du tribunal correctionnel. Il poursuit en posant le principe que la responsabilité personnelle de l'agent et la responsabilité de l'Etat pour faute **du** service ne sont plus exclusives l'une de l'autre et aboutit à la conclusion qu'il y avait une faute **du** service. Malheureusement pour la clarté de l'interprétation de sa décision il ne mentionne pas en quoi il y avait faute **du** service. Il affirme tout simplement la marge d'appréciation ainsi laissée au commentateur permet diverses versions. Une première a été donnée plus haut (22). Une autre peut être donnée ici aussi.

Pour cela il faut d'abord noter que le greffier en chef a commis une faute personnelle en ne représentant pas la somme qui lui avait été versée pour l'adjudication. La condamnation pénale l'a d'ailleurs sanctionnée. Le juge qui a connu du problème de la responsabilité de l'administration ne devait pas méconnaître cette décision et pouvait viser simplement la décision pénale pour établir la responsabilité personnelle du greffier. Dans cette espèce, elle (la faute personnelle) se juxtapose à la faute du service que le juge a relevé mais dont il n'a fourni aucun élément d'appréciation du contenu. Alors on peut dire que c'est le rôle joué par le service qui fait qu'il ait été mis en cause. En effet sans le service, Babacar Kébé dit Ndjouga n'aurait certainement jamais rencontré le greffier en chef pour lui remettre les 21.500.000.F. C'est parce que le greffier était auréolé de sa fonction et comptable des obligations qu'elle entraîne qu'il a reçu l'argent. Dès lors le service crée le lien nécessaire à la réalisation de la faute de l'agent qui en d'autres circonstances n'aurait pu se concrétiser. C'est là qu'on peut révoquer et même affirmer que la faute personnelle laisse présumer l'existence de la faute de service.

Ainsi faute personnelle et faute de service tendent à se confondre. L'évolution de la jurisprudence va expressément dans ce sens en France et de manière beaucoup moins manifeste au Sénégal.

Cependant il est des domaines où la faute de l'agent n'existe que dans des cas limitativement définis par le législateur. On pourrait alors naïvement croire que si l'agent est ainsi protégé, l'on admettrait beaucoup plus facilement la responsabilité du service. Ce n'est malheureusement pas le cas et le paradoxe veut que ce soit dans le service qui établit juridiquement l'existence de la faute que la situation se présente.

## CHAP. II LA PARTICULARITE DE LA FAUTE DANS LE SERVICE JUDICIAIRE

Les caractéristiques des fautes personnelles et de service plus haut ne sont pas applicables uniformément à tous les agents de l'administration ou à tous les services publics de l'Etat. Elles souffrent de quelques exceptions. La tradition qui veut qu'en toutes règles apparaissent quelques particularités est sauvegardée.

Cette tradition a été consacrée par des données réglementaires. Des applications jurisprudentielles en ont été faites.

### SECTION I DONNEES REGLEMENTAIRES

L'intitulé de la section délimite en lui-même son objet. Il ne s'agira pas de faire une étude de ces données mais seulement de procéder à un rappel des principales dispositions réglementaires qui guident et orientent le raisonnement du juge quand il est saisi d'un problème de responsabilité mettant en cause de façon principale ou incidente le comportement fautif d'un agent du service public de la justice ou le mauvais fonctionnement de celui-ci.

Ces données réglementaires résultent de l'article 312 du code de procédure civile. Cet article prévoit que la faute personnelle du juge, ne peut être engagée que selon la procédure de la prise à partie qui n'existe que :

- 1° s'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle qu'on prétendrait avoir été commise, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements.
- 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi.
- 3° si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêts.
- 4° s'il y a déni de justice.

Les articles 313 à 323 du code de procédure civile définissent le déni de justice et prévoient la procédure à appliquer en matière de prise à partie tant des juges des juridictions de première instance que de ceux de la Cour d'appel.

Le problème qui se pose à ce niveau est de savoir comment concilier ces dispositions du code de procédure civile à celles de l'article 142 du C.O.A. L'on sait que la promulgation du C.O.A. est postérieure à celle du code de procédure civile mais est ce là à dire que celui-ci abroge le code de procédure civile ? Cela ne paraît pas évident, tout d'abord ces dispositions ne sont pas de même nature, l'une est législative tandis que l'autre est réglementaire. La hiérarchie des actes aurait plaidé en faveur d'une subordination du code de procédure civile au C.O.A. mais encore faudrait-il que tous les deux aient le même objet. D'un autre côté l'abrogation ou la modification d'un texte par un autre doit être expressément mentionnée.

Le législateur voudrait alors, devant cette incompatibilité apparente que l'on adopte une position raisonnable c'est-à-dire considérer que les dispositions des articles 312 et suivants du code de procédure civile constituent une dérogation au principe général de la responsabilité pour faute posée par les articles 142 et 145 du C.O.A. L'étude de la jurisprudence pour faute provenant de l'activité judiciaire conforte cette position.

## SECTION II APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

Il sera question des décisions jurisprudentielles tant d'instance que d'appel qui se rapportent à la responsabilité de l'administration pour faute de service ou pour faute personnelle résultant des activités judiciaires.

Il va de soi que la distinction établie préalablement qui traduit la différence générale entre la faute de service et la faute personnelle de l'agent reste valable. Pour mémoire, il importe de la rappeler brièvement. Pour caractériser la faute personnelle de l'agent et la faute du service, il faut partir de l'agent en tant que personne physique et du service en tant qu'organe. Cette distinction n'est pas étanche et là où aucune faute de service n'est relevée, la responsabilité de la collectivité publique n'est pas nécessairement rejetée. Celle-ci peut être déclarée en vertu de ce que les arrêts appellent "le lien avec le service". Ce lien unit au service soit les faits litigieux dans leur généralité, soit la faute dommageable, soit l'agent auteur matériel du dommage, soit la victime dans le cas, où celle-ci "n'a été mise en présence du coupable par l'effet du jeu du service".

Dans le cas qui nous concerne ici, il est difficile de faire la part des choses entre la faute personnelle et la faute du service, le lien avec le service transparaissant à tous les égards.

Pour rester fidèle à la jurisprudence encore que la fidélité ne soit pas garantie quand l'on s'adonne à une interprétation, nous parlerons du ou des critères exigés pour l'établissement de la faute personnelle et de ceux exigés pour la faute service.

### § I LES CRITERES DE LA FAUTE PERSONNELLE

Une délimitation des agents concernés par les critères qui seront énoncés est nécessaire. Il s'agit principalement des magistrats qu'ils soient du siège ou du parquet c'est-à-dire ceux qui détiennent cette parcelle de puissance publique qui confère le pouvoir de maintenir quelqu'un en détention préventive. C'est l'erreur dans l'accomplissement de leur mission qui peut engager selon le fondement déterminé par la victime et admis par le juge la responsabilité personnelle de l'agent. Aux magistrats s'ajoutent les auxiliaires de la justice que sont les officiers de police judiciaire et certainement les greffiers.

L'espèce jurisprudentielle qui s'est intéressée aux critères de la faute personnelle est dans une certaine mesure l'affaire Seybatou Ndour. Ce dernier suspecté de complicité de détournement de deniers publics et de corruption passive fut placé en même temps que l'auteur principal du détournement Souleymane Ndao sous mandat de dépôt en application de l'article 140 du code pénal. Il faut auparavant préciser que Seybatou Ndour a été arrêté sur les seules accusations de Souleymane Ndao. A ces accusations s'ajoute le fait que l'officier de police judiciaire ayant diligenté l'enquête a mentionné sur le premier procès verbal que Seybatou Ndour avait reconnu les faits et que ces aveux feraient l'objet d'un procès verbal ultérieur. Ce procès verbal n'a jamais été transmis au parquet; L'office des Postes et Télécommunications (O.P.T) n'ayant trouvé aucune charge contre Seynatou Ndour ne s'est pas constitué partie civile. Les diverses demandes de Seynatou Ndour pour l'obtention de la liberté provisoire ont été rejetées conformément aux dispositions de l'article 140 du code de procédure pénale.

Le 21 mars 1974 Seynatou Ndour est relaxé purement et simplement des fins de la poursuite par jugement du tribunal correctionnel de Dakar devenu définitif. Il intente alors une action en responsabilité contre l'Etat pour risque anormal créé par l'article 140 du code de procédure pénale et pour fonctionnement défectueux du service judiciaire. En première instance ses prétentions sont rejetées. La Cour d'appel saisie se prononce d'abord sur l'existence d'une faute commise par les magistrats ou l'officier de police judiciaire. Elle refuse de se prononcer sur la manière dont la procédure d'instruction a été conduite donc à s'interroger sur le comportement professionnel du juge d'instruction et du magistrat du parquet. Elle se borne tout simplement à indiquer que la faire c'est permettre à la juridiction administrative de faire le procès du procès pénal, ce qui est inadmissible et contraire à la règle de l'autorité de la chose définitivement jugée, ou remettre en cause les diligences des magistrats indépendants qui n'ont pas à en répondre en dehors des cas limitativement prévus de prise à partie, de déni de justice ou de forfaiture. Le débat ainsi évité se justifie par les dispositions restrictives de l'article 312 du code de procédure civile.

Quant à la faute qu'aurait commise l'officier de police judiciaire pour avoir mentionné l'existence d'aveux faits par Seynatou Ndour dans autre procès-verbal qui n'a jamais été transmis au parquet, la Cour d'appel souligne son rôle dans le fonctionnement du service public de la justice. Elle conclut qu'il ne se dégage aucun lien de causalité entre la non transmission du procès-verbal et le dommage dont Seynatou réclame la réparation, le pouvoir de placer sous mandat de dépôt ou d'ordonner la liberté provisoire ressortissant de la seule compétence des magistrats. Elle ajoute d'autre part que "l'officier de police judiciaire exécute sa mission sous les directives et le contrôle des autorités judiciaires". On peut donc dire à ce niveau que la faute qu'aurait pu commettre l'officier de police judiciaire est dès lors couverte par les autorités judiciaires.

Ce raisonnement pour séduisant qu'il soit n'emporte pas la conviction. En effet tout en soulignant l'existence d'une subordination formelle entre l'officier de police judiciaire et les magistrats, le juge devrait souligner la relative autonomie qui ne peut se départir de l'exercice de leurs fonctions. La non exécution d'une prescription de service par un subordonné ne peut trouver d'excuse dans le pouvoir qu'a ou non le supérieur de se fonder sur les éléments produits pour décider en toute liberté. Dans le cas qui nous concerne, les dispositions de l'article 140 du code de procédure pénale ne souffrent d'aucune équivoque, le juge d'instruction doit décerner mandat de dépôt contre un individu poursuivi, pour détournement de deniers publics lorsque le montant du manquant est supérieur à 250.000 F et qu'il n'y ait pas de contestations sérieuses.

Les mêmes dispositions sont étendues aux complices. Dès lors le juge d'instruction saisi d'un réquisitoire introductif sollicitant le mandat de dépôt se voit obliger de le faire. Il faut dire qu'à ce niveau n'intervient pas encore la culpabilité et c'est dès l'instruction que le juge décerne le mandat de dépôt. Il est manifeste même si cela n'est certainement pas ressorti du réquisitoire introductif, que le magistrat du parquet a fondé sa demande de délivrance de mandat de dépôt sur le procès-verbal de police qui devait faire l'objet d'une transmission ultérieure. La faute commise par l'officier de police judiciaire en mentionnant l'existence d'aveux dans un procès-verbal qui n'a pas existé s'est répercuté au niveau de l'instruction et s'est traduite par la longue détention préventive qu'a subie Seynatou Ndour (21 mars 1973-22 mars 1974).

La question de l'existence même d'une faute personnelle des agents du service judiciaire peut être légitimement posée. Un motif de la Cour d'appel dans cet arrêt ne manqua pas de soulever des suspicions : le juge sans autre forme affirme qu'en regard aux spécificités du service judiciaire de l'Etat et aux moyens mis en oeuvre pour l'exercer, "il faut actuellement conserver le principe de son irresponsabilité dans le cas de faute éventuelle de ses agents délégués dans ce pouvoir". Qu'en est-il de la faute de service ?

## § II LES CRITERES DE LA FAUTE DE SERVICE

L'espèce jurisprudentielle qui s'intéresse à la faute de service dans le fonctionnement du service public de la justice est l'arrêt de la Cour d'appel du 20 juin 1980 Azzet Alamedine contre Etat du Sénégal, Azzet Alamedine commerçant établi au Sénégal avait déposé une plainte contre inconnu au cabinet du Procureur de la République pour détournement de dossiers aux cabinets de Maîtres Reyss et Geni avocats à la cour. Le 26 juillet 1972, Alamedine se constituait partie civile devant le juge d'instruction et consignait la somme de cinquante mille francs (50.000 F). L'instruction fut confiée à Mme Wiltord juge d'instruction au tribunal de Dakar. L'instruction s'étant poursuivie jusqu'en 1977, Alamedine demande le 9 mars 1978 à la Cour de désigner un autre juge d'instruction puis a renoncé à cette prétention et recherché la responsabilité de l'Etat et sa condamnation au paiement d'une indemnité de dommages et intérêts de 50.000 000 F. Cette procédure a été auparavant initiée devant le tribunal de première instance qui a débouté Alamedine de sa demande. Devant la Cour d'appel Alamedine succombe aussi sur ses prétentions. Celle-ci constate la lenteur de l'information mais estime "que le justiciable doit établir que cette lenteur anormale est fautive et imputable aux agents de la puissance publique" et décidé qu'il n'est pas prouvé par ailleurs que "les retards de l'information, si regrettables qu'ils soient constituent en l'espèce une faute suffisamment grave et caractérisée ni même qu'elle soit imputable au service public" et ne discerne pas enfin "la moindre causalité entre le fonctionnement défectueux du service public invoqué et le préjudice allégué".

#### A. Une lenteur anormale et fautive

L'information ouverte depuis 1971, s'est poursuivie jusqu'en 1977 et n'était pas encore clôturée. La cour d'appel déplore cette lenteur qui s'est étalée sur six ans mais n'en n'a pas pour autant conclu en l'existence de la faute. Elle admet implicitement qu'aucun temps n'est imparti à un juge d'instruction pour régler définitivement la procédure d'instruction. Elle (la cour d'appel) tend à conforter sa position en se référant à l'importance de la plainte (sept pages) et des documents produits (quinze) auxquels se sont ajoutés d'autres documents et des lettres. En clair le juge sans le dire expressément veut mentionner les moyens dont disposait le juge d'instruction pour la conduite de l'information. Il relate les conditions dans lesquelles est conduite une information qui nécessite de fréquentes communications entre le ministère public et le juge d'instruction. Mais c'est là où le bât blesse : le juge est amené à admettre que des délais sont prévus pour la communication et la transmission du dossier même si ceux-ci ne sont pas sanctionnés. La non sanction du non respect d'un délai n'empêche pas que celui-ci (délai) doit être respecté ; ne pas s'exécuter dans le délai prescrit constitue en soi une faute. La sanction n'intervient que pour donner une autre dimension à l'obligation, dans tous les cas elle reste due.

Une autre chose curieuse est relative au deuxième terme introduit pour qualifier le comportement de l'administration. Le comportement anormal ou mieux le fonctionnement anormal d'un service public n'est-il pas déjà fautif ? N'y a-t-il pas similitude de contenu entre anormal et fautif. L'arrêt de la Cour d'appel semble dire le contraire mais il est certain qu'un comportement anormal ne peut être non fautif. Dire qu'un service a fonctionné dans des conditions anormales, c'est reconnaître le caractère défectueux de ce fonctionnement et par voie de conséquence l'existence de la faute.

L'anormalité peut se traduire en droit par le fait de se mettre en dehors des règles édictées pour réaliser quelque chose : c'est se mettre hors de la légalité et donc faire une faute. Mais l'existence de la faute à supposer qu'elle soit admise entraîne-t-elle pour autant la responsabilité de l'Etat? La Cour d'appel exige une autre condition.

#### B Une faute grave et caractérisée

Le juge ajoute au caractère fautif du fonctionnement, que la faute soit grave et caractérisée. La gravité de la faute est exigée pour toute faute qui engage la responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement défectueux du service. L'intérêt général défend l'administration mérite bien des égards. Mais l'article 142 du C.O.A. qui prévoit la gravité de la faute n'exige pas qu'elle soit caractérisée. On peut estimer qu'il s'agit encore là d'une particularité accordée au service public judiciaire. Est-elle justifiée? Rien dans la décision présentement analysée ne permet de le croire. Et le drame c'est que le juge ne fournit aucun élément dans les motifs qui puissent aider à comprendre ce qui constitue la faute grave et caractérisée. Même quand l'on tente le rapprochement comme il est coutume de le faire dans l'analyse des décisions jurisprudentielles on ne trouve pas les éléments qui donnent le contenu des conditions posées par le juge. L'on se souvient que dans l'affaire Babacar Kébé, le juge avait tout simplement après avoir relevé les circonstances dans lesquelles le greffier en chef a réalisé son forfait constaté sinon affirmé péremptoirement qu'il y a un défaut de fonctionnement normal du service ce qui équivaut nous l'avons vu à la faute. Mieux encore la faute de service est appréhendée par le juge selon une démarche classique : un résultat doit être atteint par l'administration, s'il ne l'est pas la présomption de faute peut jouer mais seulement dans la conscience du juge qui pour le constater juridiquement doit alors procéder à la comparaison entre les moyens disponibles et les moyens mis en oeuvre.

Appliquée à l'espèce qui nous intéresse, cette démarche devait conduire le juge à dire que voilà six ans qu'une affaire est dans un cabinet d'instruction et qu'elle n'a pas encore fait l'objet d'un règlement définitif. Cette lenteur laisse présumer certainement une faute, procédant d'une carence dans l'accomplissement d'un devoir professionnel. La quantité de pièces produites, la nécessité d'une communication entre le ministère public et le juge d'instruction ne peuvent justifier, ou excuser une telle lenteur, le deuxième moyen soulevé (communication permanente entre le ministère public et le juge d'instruction) n'étant pas une exigence particulière à ce dossier mais une règle posée pour toutes les affaires instruites.

Cela étant faut-il obligatoirement conclure à la faute ? A priori on doit répondre négativement car la suite que peut donner une procédure d'instruction ne peut être déterminé d'avance. Tout est possible, une décision de non lieu comme une décision de renvoi devant la juridiction de jugement. Encore que ce n'est là qu'une étape de la procédure la juridiction de jugement pouvant prendre à son niveau une décision contournant celle déjà prise par le juge d'instruction.

C L'absence de causalité entre le fonctionnement défectueux du service public et le préjudice allégué

Alamedine avait évalué son préjudice à la somme de 50.000.000 F. mais pour que celui-ci soit réparé encore faudrait-il réellement démontrer que le défaut de fonctionnement lui a causé un dommage. Le juge dit ne trouver aucun lien entre le prétendu défaut de fonctionnement et ce dommage "initialement imputé à des avocats et ensuite répercuté sur l'Etat".

Mais c'est là mal comprendre ou mal interpréter les conclusions d'Alamedine.

La lenteur du juge d'instruction ne lui a pas valu un préjudice de 50.000.000.F mais lui a privé de la chance de situer les responsabilités sur les détournements de pièces commis chez les avocats Gabelde et Reyss. Si le juge d'instruction avait clôturé son information et trouvé un coupable, ce dernier serait renvoyé devant la juridiction du jugement et là Alamedine aurait confirmé sa constitution de parti civile et réclamer des dommages et intérêts. C'est donc la perte d'une chance dont Alamedine réclame la réparation. La cour d'appel a eu une vision étriquée du lien de causalité. Le défaut de fonctionnement n'a pas provoqué ni causé le dommage mais il a contribué à ne pas le faire réparer et c'est ce que Alamedine voulait faire sanctionner.

NOTES

- 1 Jean-Pierre Tosi "Théorie générale des obligations" page 1
- 2 Donce-Rasy "Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.
- 3 T.C.8. février 1873, Blanco G.A.J.A. N° 1.
- 4 Bockel Alain "Droit administratif" N.F.A. 1978
- 5 " " "Encyclopédie juridique de l'Afrique" Vol IX  
page 410
- 6 Cas de l'agent de l'administration qui utilise un véhicule de l'administration alors qu'il n'est pas le chauffeur-titulaire pour effectuer une course au profit du chef de service. De retour de mission il se rend chez lui et chemin faisant entre en collision avec un autre véhicule.
- 7 C.S. 4 mai 1977. Ismaila Fall.
- 8 Article 5 du C.O.A.
- 9 Boris Starck -Droit civil obligations page 35
- 10 Article 40 du C.O.C.C.
- 11 Bockel Alain Droit administratif N.F.A. 1978 page 189
- 12 Les développements ci-dessous sont largement repris du manuel d'Alain Bockel "Droit administratif". N.F.A. 1978 p. 194 et suivantes

- 13 Loi du 2 juillet 1976 art. 56 "Sont administratifs tous les actes intéressant le domaine de l'Etat" ex : contrats portant occupation du domaine public, de même ceux portant sur le domaine public, de même ceux portant sur le domaine privé (baux, concessions)
- 14 Bockel Op cité p 201
- 15 Infra chapitre I
- 16 Boris Starck Op cité
- 17 Boris Starck "obligations" p. 9
- 18 T.C. 30 juillet 1873. Pelletier D. 1874 3. 5 Conclusions David G.A.J.A. N° II
- 19 Jean Pierre Tosi "Théorie des obligations. Fascicule p207
- 20 Voir Section III
- 21 Alain Bockel 1973 p. 221 Observation sur Abdoulaye Gueye
- 22 Supra section II La faute de service

## IIe PARTIE : LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA LEGALITE.

Le contentieux de la légalité constitue cette partie des litiges relatifs à la régularité des actes administratifs. Il s'agit en termes moins ésotériques de soumettre les décisions que prennent les autorités administratives à la censure du juge. Le système juridique français qui fait partie de l'héritage colonial du Sénégal connaît la hiérarchie des actes administratifs.

La constitution est le norme suprême à laquelle se réfèrent les autres normes qui en sont le prolongement dans leurs diverses manifestations : normes législatives, normes réglementaires. Cela veut dire que les normes juridiques sont soumises les unes aux autres et le fait pour une autorité administrative de méconnaître ce principe (constitutionnel) peut conduire la décision qu'il a prise devant le juge. C'est la deuxième section de la cour suprême qui est exclusivement compétente avec cette réserve cependant que l'exception d'illégalité soulevée devant le juge répressif doit être examinée par celui-ci (1).

Comment aborder la faute dans le contentieux de la légalité ? Diverses approches peuvent être envisagées ici. On peut estimer que la censure de la décision administrative constitue une faute que le juge sanctionne. Cette faute est alors liée soit aux vices de forme qui entachent la régularité de l'acte, soit une mauvaise application des principes fondamentaux sur la base desquels cet acte a été pris. Tout le contentieux de la légalité devrait donc dans ce cas être concerné par l'étude. En prenant cette approche on s'écloigne alors de la définition originelle donnée à la faute qui s'apprécie comment un manquement à une obligation juridique préexistante si tant est-il qu'on entend par obligation le rapport de droit qui permet à un individu (le créancier) d'exiger l'exécution de l'obligation au débiteur.

Le manquement à ces règles constitue la faute qui prend la qualification de pénale lorsqu'il s'agit des règles sociales et disciplinaires pour les obligations professionnelles. Cette distinction établie il va de soi, que cette partie s'intéressera d'avantage et même exclusivement de la faute résultant du manquement à l'obligation professionnelle.

Le chapitre I consistera donc à examiner le contenu de la faute. La détermination faite, le juge soit en tirer des conséquences juridiques. La première qui d'ailleurs va de pair avec la constatation de la faute est la sanction s'analysant en une réparation par-ci ou une peine par là. Jusqu'on va la sanction ? En d'autres termes qu'elle en est l'étendue ? Ce sera l'objet du chapitre II

## CHAPITRE I LE CONTENU DE LA FAUTE

En quoi consiste la faute dans le contentieux de la légalité ? Il s'agit comme précisé dans l'introduction de cette partie de se limiter uniquement à la notion de faute à caractère disciplinaire. Dans le rapport de droit institué entre l'administration et ses agents, celle-ci leur fixe une certaine conduite tant dans l'exécution de leur mission que dans le comportement comme représentant de l'administration. Le rapport de droit établi ainsi prévoit des droits mais aussi des devoirs à la charge de l'agent administratif et ceux-ci constituent ce qui est appelé la déontologie ou éthique professionnelle qui a d'ailleurs une certaine connotation morale. Cependant elle la dépasse puisque la codification qui en est faite lui donne une autre dimension en instituant une sanction prononcée par un tiers. Dès lors la faute dont il sera question ici consiste en une appréciation du comportement du préposé de l'administration : l'analyse se fera donc à sens unique.

Mais si la faute se caractérise à ce niveau par une défaillance dans le comportement professionnel, il y a lieu d'atténuer cette affirmation en constatant que le juge appelé à apprécier le fait reproché ne se limite pas seulement à son examen, du moins le fait-il en tenant compte de la fonction occupée.

#### SECTION I UN COMPORTEMENT PROFESSIONNEL REPREHENSIBLE

L'analyse de la jurisprudence qui concerne cette manière permet de constater que contrairement à ce que le juge exige pour conclure en l'existence de la faute dans le contentieux de la responsabilité, la gravité n'est pas exigée pour l'établir. Une défaillance si minime soit-elle peut conduire le juge à dire qu'il y a faute, les circonstances de son intervention jouant peu. Mais le juge peut d'un autre côté être amené à revoir la décision de l'administration en subordonnant l'existence de la faute à la décision du juge pénal.

#### §I UNE DEFAILLANCE PROFESSIONNELLE QUELCONQUE.

Une illustration en est donnée par l'arrêt rendu le 25 février 1981 par la Cour suprême. SOCAS, L'inspecteur du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale de la Région du fleuve avait autorisé le licenciement de Mamadou Ndiaye délégué du personnel qui avait refusé de répondre à une demande d'explication lui enjoignant de se justifier sur sa participation à une grève. Ayant bénéficié d'un repos médical pendant le déroulement de cette grève, Mamadou n'a pas daigné donner une suite à la demande d'explication. Pourtant un constat dressé par un huissier de justice a conclu qu'il avait participé à la grève. L'autorisation accordée par l'inspecteur du travail est déférée devant le ministre de la fonction publique, de l'emploi et du travail qui l'annule. Cette décision est soumise à la censure de la Cour suprême qui l'annule.

Dans son arrêt, la Cour suprême a estimé qu'il y avait faute du fait du refus de Mamadou Ndiaye de donner la suite qui s'imposait à la demande qui lui était parvenue. Pourtant si le refus de répondre à la demande a constitué un motif de licenciement pour faute, il n'en n'était pas le principal. Le principal motif même s'il ne prend pas cette dénomination dans la lettre de licenciement reste la participation de Mamadou Ndiaye à la grève. Le juge ayant conclu à l'incompatibilité juridique entre le repos médical dûment accordé et la cessation volontaire du travail ou grève a dit que pour cela il n'y avait pas faute. Mais le simple fait pour un travailleur de ne pas répondre aux correspondances qui lui sont adressées par la direction est constitutif d'une faute. Le juge ne s'est pas posé la question de savoir pourquoi une demande d'explication a été adressée à Mamadou Ndiaye et qu'est ce qui a motivé son refus de répondre. On l'a écrit plus haut la demande d'explication est fondée sur la participation de Mamadou Ndiaye à la grève, participation qui a été authentiquement constatée par un huissier de justice. Mais Mamadou Ndiaye ayant bénéficié d'un repos médical a-t-il volontairement cessé son travail? La Cour suprême a répondu non en se fondant sur un plan juridique. Dès lors l'absurdité de la demande d'explication devenait évidente, puisqu'on ne peut en droit à la fois se reposer pour maladie et refuser intentionnellement de travailler.

Il n'appartient pas au travailleur d'apprécier la valeur de la demande d'explication et de la traiter avec mépris, le droit du travail lui faisant obligation de se justifier même s'il estime que son comportement est irréprochable.

Dans l'arrêt El Hadj Omar Fall rendue le 27 juillet 1975, il était reproché au réquerant d'avoir omis de signaler dans le procès-verbal des opérations d'examen l'intervention intempestive d'éléments étrangers dans la salle d'examen et qui ont établi un contact avec les candidats.

La cour commence d'abord par blanchir Omar Fall en remarquant qu'il n'était pas impliqué dans le déclenchement des incidents et lui rend hommage pour les mesures qu'il a prises suite à l'envahissement du centre d'examen. Mais elle finit par déplorer qu'il n'ait pas été jusqu'au bout en omettant de consigner dans le procès-verbal les incidents survenus. Ce fait qui est quelque peu grave puisque la régularité de l'examen en dépend n'est pas replacé dans le contexte général. Il est pris isolément et considéré comme fautif. F. Hadj Omar Fall devait faire un compte rendu exact des conditions et circonstances dans lesquelles s'est déroulé l'examen. Ne l'ayant pas fait il commet une faute professionnelle même s'il n'était pour rien dans la survenance des faits pouvant affecter la régularité de l'examen.

Ainsi la défaillance si minime soit elle est constitutive de faute. Et quand elle se situe dans une série de faits et que pris dans leur globalité ceux-ci ne constituent pas une faute, le juge peut les analyser individuellement et isolément pour rechercher si l'un d'eux ne constitue pas une faute. Et le fait que les comportements antérieurs soient exempts de reproches n'influe pas de manière favorable ou non dans l'appréciation isolée que fait le juge de chaque attitude.

Il est des moments par contre où le juge même s'il trouve que le fait est disciplinairement répréhensible, ne le dit qu'après avoir examiné la décision d'un autre juge, en principe le juge pénal.

## § II LA particularité : la faute pénale, préalable indispensable à la faute disciplinaire

La faute disciplinaire ne se confond pas avec la faute pénale. Cela d'abord parce qu'elles ne portent pas sur le même objet mais aussi parce qu'elles ne sont pas appréciées par les mêmes organes.

SECTION II    L'INTERVENTION DE L'IMPORTANCE DE LA FONCTION  
OCCUPEE

Le juge atténue la rigueur avec laquelle il analyse le comportement de l'agent fautif en prenant en considération la fonction occupée. Cette position est justifiée, l'administration ne pouvant exiger le même comportement tant au haut fonctionnaire qu'à l'agent-subalterne. Plus on gravit les grades dans l'échelle administrative, plus le comportement exigé doit-il tendre vers la perfection. Le comportement exigé du stagiaire c'est-à-dire de l'individu qui a vocation à occuper à un emploi doit être exempt aussi de reproches.

Le juge prend une pareille position dans l'arrêt du 6 juin 1973 Dame Yaye Katy Dieng et autres. Le ministre de la fonction publique, du travail et de l'emploi avait pris une décision retardant la titularisation de la Dame Yaye Katy Dieng et de deux autres de ses collègues aux motifs qu'ils avaient participé à une grève. La Cour suprême amenée à se prononcer par le biais de l'excès de pouvoir analyse la situation des requérants : ceux-ci s'ils sont stagiaires ne doivent l'être que pour un an et à l'issue de l'année de stage une décision devrait être prise pour régulariser leur situation soit en les titularisant, soit en les licenciant, soit en les faisant reprendre leur stage. Aucune décision n'ayant été prise, ils (requérants) se sont retrouvés par le fait de l'administration en situation irrégulière. Mais est cependant un détournement de pouvoir la décision du ministre qui en représailles de leur participation à la grève utilise son pouvoir de titularisation à une fin autre que celle prévue par les textes. On peut se poser la question de savoir qu'aurait décidé le juge si leur participation à la grève se situait au moment de leur stage.

A défaut d'une opinion clairement exprimée, on ose prendre une hypothèse. Le juge se serait-il demandé si la grève est légale ou non? Et que dire dans le cas d'une grève légale, les participants qui se sont conformés aux prescriptions légales n'ont commis aucune faute. La logique eût voulu qu'il en fut ainsi mais c'est là ne pas tenir compte de la situation des prévisistes. Ceux-ci sont des stagiaires et pris comme tels ne bénéficient pas pleinement des droits concédés aux travailleurs titulaires et moins encore du droit de grève. En leur imposant le stage l'administration <sup>veut</sup> éprouver en même temps leurs connaissances et leurs aptitudes tant physiques qu'intellectuelles mais aussi et surtout leur loyalisme. Aller en grève c'est prendre une attitude en porte à faux avec ces deux notions, chose que l'administration ne peut pardonner. A ce stade on remarque donc que la situation de l'agent administratif intervient quand il est question de se demander si son comportement est fautif. On n'est pas encore arrivé à l'importance de la fonction occupée mais on n'en est pas loin.

Justement l'arrêt Babacar Lô et Abdou Salam Diallo en donne un exemple non équivoque. Les réquérants admis après examen à un stage de perfectionnement, se voient retirer par décision du ministre de la Fonction publique, du travail et de l'emploi, le droit d'y participer aux motifs qu'ils ont exercé une activité politique à l'intérieur de leur service (au profit de l'opposition) pour le premier et pour le second qu'il aurait tenu des propos indéliçats à l'endroit du Président de la République candidat de nouveau à l'élection présidentielle. Le juge amené à statuer sur la requête de Babacar Lô et de Abdou Salam Diallo fait une distinction. Il part du principe que la liberté d'association, d'opinion est reconnue à tous et même aux fonctionnaires mais ces droits ne sauraient se manifester à l'intérieur du service et cela en raison du principe qui veut que l'administration n'ait pas de coloration politique, en d'autres termes qu'elle soit neutre.

Babacar ayant enfreint l'interdit était fautif. Et pour conclure que les faits reprochés à Babacar sont matériellement exacts, le juge se fonde sur le procès-verbal et le rapport de la sûreté urbaine. Il ne se demande pas comment ceux-ci ont été dressés, en clair il ne s'interroge pas sur leur valeur probatoire.

Quant à Abdou Salam Diallo, le juge relève qu'on ne lui reproche que la participation à "des réunions tenues en dehors du service et dans d'autres localités que celle où il est en service" bien qu'il ait tenu des propos peu aimables sur la personne du Président de la République. Cela constituait-il une faute? Le juge répond négativement et pour ce faire, donne des motifs critiquables mais qui laissent comprendre qu'il a tenu compte de la fonction exercée par Abdou Salam. Ainsi remarque-t-il à bon escient qu'Abdou Salam contrairement à Babacar l'a manifesté ses opinions hors du service mais il précise inutilement pensons-nous qu'il l'a fait dans "d'autres localités". L'interdit ne s'étend pas à la localité où exerce le fonctionnaire mais se circonscrit au lieu même du service et uniquement aux heures du service. Un autre argument avancé par le juge concerne le langage tenu au cours de cette réunion par Abdou Salam Diallo. Le juge le qualifie d'excessif mais ne dit pas en quoi il l'est : mais là où la critique porte c'est que le juge tienne compte des propos d'Abdou Salam alors que c'était la période de la campagne électorale. On sait que cette période est propice aux invectives entre candidats et qu'une particulière liberté leur est accordée sans toutefois qu'elle ne déroge aux règles établies pour protéger la liberté et la dignité de chacun. Dès lors il ne lui appartenait pas de se fonder sur des propos tenus par Abdou Salam contre le Président de la République alors candidat pour dire qu'Abdou Salam a commis une faute. S'il en avait commis une, ce n'était pas la procédure disciplinaire qu'il fallait faire jouer mais plutôt la procédure pénale prévue à cet effet (3).

Heureusement que le juge a considéré qu'il n'y avait pas faute au compte tenu de "l'ensemble du dossier et du grade modeste de l'intéressé". Le peu d'influence que lui octroie son emploi dans la hiérarchie administrative a donc plaidé en sa faveur et lui a évité une sanction pour faute.

## CHAPITRE II L'EFFET DE LA SANCTION

La faute étant imputée à son auteur, il faut tirer les conséquences juridiques qui s'y attachent. La première qui d'ailleurs va de pair avec la détermination de la faute est la sanction. Celle-ci s'analyse en une mesure destinée à punir l'auteur de la faute. La punition infligée consiste à atteindre l'agent de l'administration dans sa carrière, dans sa fonction. Une variété de sanctions sont à la disposition de l'organe chargé de les appliquer. L'application de la sanction est laissée à la discrétion de l'administration. Le juge est impuissant pour apprécier de l'opportunité de telle ou telle sanction. Quand il conclut à l'existence d'une faute, il ne s'interroge pas sur la question de savoir si la sanction proposée ou infligée est proportionnelle à la faute commise.

### SECTION I L'ÉCHELLE DES SANCTIONS

L'administration dispose d'un arsenal de sanctions qu'il utilise selon l'inspiration du moment pour réagir à la faute commise par son agent. On note des sanctions dites du premier degré, d'autres du second degré et enfin celles du troisième degré.

#### § I Les sanctions du premier degré

Elles sont au nombre de deux : l'avertissement et le blâme. Il s'agit d'un reproche verbal qu'on fait à l'agent et qui peut être consigné dans son dossier individuel. Ces sanctions se rapprochent de la réprimande et on y relève quelque connotation morale. On ose bien croire (bien qu'il n'y ait là aucune correspondance) que l'administration ne l'utilise que pour les fautes légères

car faut-il le rappeler, une défaillance quelconque peut être réprimée. A ces sanctions du premier degré se superposent celles du second degré.

### § II Les sanctions du deuxième degré

Au nombre de deux, elles touchent l'agent dans sa fonction en retardant son avancement, soit en l'éloignant du cadre dans lequel il a commis la faute. Le retard de carrière se traduit par la réduction d'ancienneté qui ne peut excéder deux ans tandis que le déplacement d'office s'identifie à la volonté de l'administration d'effacer toutes les traces de la faute par la mutation du fautif.

### § III Les sanctions du troisième degré

Ces dernières sanctions sont plus énergiques en ce que leurs effets sont plus contrariés. Les deux premières catégories avaient une portée beaucoup plus intellectuelle en donnant au fonctionnaire l'occasion de se rectifier. Les sanctions du troisième degré sont essentiellement pécuniairement par l'argent, sa rémunération étant principalement affectée par la sanction.

Un premier niveau consiste à retarder considérablement l'agent dans son avancement : c'est le but de la radiation du tableau d'avancement pour deux ans et de la retrogradation. A ces deux sanctions s'ajoute une qui est intermédiaire, celle de l'exclusion temporaire pour une durée minimale de six mois. Le troisième niveau des sanctions met fin à la carrière de l'agent. Cette fin de carrière peut être faite avec ou sans droit à pension si le concerné justifie du nombre d'années requises pour se voir ouvrir ce droit. La fin de carrière comme sanction peut être prononcée par l'administration mais il lui arrive de la constater tout simplement : c'est quand l'agent ne remplit plus les conditions exigées pour servir l'Etat, c'est-à-dire qu'il soit mis dans une situation incompatible avec la probité qu'on exige de tout agent de l'administration.

## SECTION II L'ABSENCE DE CONTROLE DU JUGE

Le juge ne s'interroge pas sur la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute commise. Ce pouvoir relève de l'appréciation souveraine de l'administration. Le juge se borne à constater que la sanction est justifiée, c'est-à-dire qu'elle s'applique à un comportement effectivement déplorable. Dès lors que la sanction est méritée, le juge ne se préoccupe pas de son adéquation encore moins de sa proportionnalité.

### § I L'indifférence quant à l'adéquation de la sanction à la faute commise

Le juge ne s'élève pas outre mesure sur la question de savoir si la sanction appliquée s'adapte bien à la nature de la faute. Un exemple pour illustrer cette idée : dans l'affaire Babacar Lô, le ministre de la Fonction publique, du travail et de l'emploi avait retiré au requérant le droit de suivre le stage de perfectionnement. En regardant de plus près on peut être étonné qu'une pareille sanction ait été prise : l'attitude reprochée à Babacar Lô ne présente aucun lien avec le stage qu'il devait suivre. Le droit de suivre le stage lui a été reconnu après la réussite à un concours. L'administration ne pouvait donc prendre une pareille sanction que si sa faute provenait d'une attitude déplorable pendant le déroulement du concours.

Par contre ce que le juge refuse d'admettre, c'est que le pouvoir de sanction soit utilisé à des fins autres que celles pour lesquelles il était prévu : c'est le problème du détournement de pouvoir. L'administration utilise un pouvoir qui l'appartient réellement mais l'applique à une situation pour laquelle ce pouvoir n'avait pas vocation à s'appliquer. C'est la situation qu'on retrouve dans l'arrêt Dame Yaye Katy Dieng et autres. Il était loisible au ministre de la fonction publique de sanctionner Dame Yaye Katy Dieng et ses collègues pour avoir participé à la grève, mais il ne

doit pas utiliser ce pouvoir pour retarder la titularisation des requérants, ce pouvoir étant limité dans le temps à la durée d'un an.

## § II L'indifférence quant à la proportionnalité de la sanction à la faute commise.

Tout comme le juge ne s'intéresse pas au problème de savoir s'il y a adéquation entre la faute commise et la sanction appliquée, il n'essaie pas de savoir si la sanction prononcée est proportionnelle à la faute commise. On aurait pu penser que la distinction opérée ci-dessus entre les sanctions du premier degré, celles du second degré et celles du troisième degré ont quelque lien avec la gravité de la faute commise. Le juge ne fait que démontrer en quoi le comportement est reprehensible. La sanction prononcée qu'elle semble disproportionnée pour l'observateur ne rentre pas dans la compétence du juge. Ousmane Sy, préposé de troisième classe des douanes en a fait les frais : révoqué de son emploi pour être intervenu en faveur de son frère arrêté par ses collègues en flagrant délit de contrebande, il défère la décision du ministre devant la cour suprême. La cour après avoir statué sur la réalité du fait qui lui est reproché, a conclu que l'appréciation de la sanction disciplinaire relève de la compétence exclusive de l'administrative.

A vrai dire, cette position ne doit pas étonner. La compétence de la cour suprême se limite à la question de savoir si le droit a été correctement appliqué. Plusieurs techniques de contrôle sont appliquées mais elles évitent dans la mesure du possible de juger de l'opportunité d'une décision administrative quand elle est légalement justifiée. L'interdiction faite originellement au juge judiciaire de s'immiscer à quelque titre que ce soit des problèmes réservés à l'administration subsiste encore même au niveau du juge de l'administration.

CONCLUSION :

En guise de conclusion générale on peut tenter quelques rapprochements entre les deux parties de ce mémoire qui à priori semblent irréductibles l'une à l'autre.

Sur l'objet même de l'étude, la faute : les conditions exigées pour fonder l'une ne sont pas les mêmes que celles exigées pour conclure en l'existence de l'autre. Dans le contentieux de la responsabilité, le juge sur prescription du législateur exige que la faute reprochée à l'administration soit d'une certaine gravité ou présente quelques caractéristiques particulières. Il n'en n'est pas de même dans le contentieux de la légalité où c'est l'agent de l'administration qui commet la faute. Dans ce dernier cas, l'administration appréciant le comportement de l'individu sous le contrôle du juge ne le qualifie pas. Dès lors que celui-ci traduit une quelconque défaillance la faute est consommée.

Sur un autre plan, le juge quand il s'interroge sur l'existence de la faute a deux démarches différentes suivant l'un ou l'autre cas : ainsi étudie-t-il la situation globale dans laquelle est intervenue la faute quand on l'impute à l'administration en examinant les circonstances dans lesquelles elle s'est produite et c'est compte tenu de la situation d'ensemble qu'il retient ou non l'existence de la faute. Dans la faute disciplinaire, la situation d'ensemble n'a pas une influence décisive : les actes pris individuellement et les attitudes analysées isolément s'ils révèlent un quelconque manquement à l'obligation dont l'agent est débiteur, font conclure à la faute.

A ces rapprochements tentés pour laisser entrevoir l'unité du travail, on peut juxtaposer quelques réflexions qui s'attachent plus particulièrement à la première partie.

Dans cette première partie on peut s'interroger finalement sur l'utilité de la distinction faute personnelle-faute de service. L'évolution de la jurisprudence tend à se restreindre de plus en plus la responsabilité de l'agent pour faute personnelle et à accroître celle de l'administration pour faute de service. Diverses techniques sont utilisées dont la plus récente est le lien avec le service.

On voit donc qu'à un moment ou à un autre la responsabilité personnelle du fonctionnaire peut se trouver diluer dans celle du service soit en raison des moyens de service mis à sa disposition, soit parce que le service a attiré la victime vers le fonctionnaire.

L'article 145 alinéa 2 du C.O.A. va dans ce sens même si l'action recoursoire est prévue.

NOTES

- 1 - Voir article 374 du code de procédure pénale et une application malheureuse  
Tribunal Dakar 7 avril 1981 M.P. contre Cheikh Anta Diop.
- 2 - Voir chapitre III du titre I - Livre IIIe du code pénal
- 3 - Voir code de procédure pénale. Titre III du livre IV et Section IV du Chapitre IV du Livre III e

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Bockel Alain - Droit administratif - N.F.A. 1978
- Starck Boris - Droits des obligations - Librairies techniques 1972
- Encyclopédie juridique de l'Afrique - Volume 9 IIIe Partie Titre II

Ouvrages spécialisés

- Moreau Jacques - L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative
- Rabut Albert - La notion de faute en droit privé
- Rasy Done - Les frontières de la faute personnelle et de la faute en droit administratif français

Articles

- Bockel Alain - "Sur la difficile coexistence d'un droit administratif. Annales Africaines" 1973
- " " - "observations sous quelques décisions jurisprudentielles rendues en matière de la responsabilité de la puissance publique". Annales Africaines 1973 n. 137
- Bockel Alain - "Les contrats des personnes publiques et les règles de la comptabilité publique" Annales Africaines 1974 p. 43

- Rockel Alain - " le juge et l'administration en Afrique Noire francophone". Annales Africaines 1972 n. 9
- Chabas Jacques - "Le droit de la responsabilité devant la cour suprême Annales Africaines" 1963 p. 91
- Janeyre Charles - "Chroniques de jurisprudence administrative" Annales Africaines 1977 n. 27
- Mollion Jacques - " Rapport sous cour suprême, 8. juin 1968  
REvue sénégalaise de droit 1969 n. 86
- Nzouankeu Jacques Mariel - "La responsabilité de l'Etat du fait de la détention préventive". Note-sous cour d'Appel de Dakar 27. juillet 1976, Seybatou Ndour contre Etat  
R.I.P.A.S. n° II p.399
- Waline Marcel - "Note sous les arrêts de la Cour de Cassation, Defaux, Bestheselmer"  
Revue de droit public 1950 n. 183

#### Publications

- Répertoire de jurisprudence sénégalaise en matière de droit public. Volume I 1980 par Iemalla Ndiaye
- Grands arrêts de la jurisprudence administrative Long, Mail, Braibant
- Grands arrêts de jurisprudence administrative sénégalaise - Jacques Mariel NZouankeu

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

I-ere PARTIE : LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITE

TITRE I LA FAUTE CONTRACTUELLE

CHAPITRE I LES CONDITIONS PREALABLES

SECTION I LA FORMATION D'UN CONTRAT ADMINISTRATIF

§ I LES PRESCRIPTIONS FORMELLES

A Les conditions d'engagement

B Les procédures de choix du Co-contractant de l'administration

§ II LES FORMES DU CONTRAT ADMINISTRATIF

SECTION II L'INTERVENTION DES REGLES DE LA COMPTABILITE PUBLIQUE

CHAPITRE II LE MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

SECTION I L'APPRECIATION DES TRIBUNAUX DE PREMIERE INSTANCE

§

§ I LE REFUS DE STATUER SUR L'EXISTENCE DU CONTRAT

A - Le respect des règles du décret 64-400 du 4 juin 1964

B La faute de la victime

§ II LA CONSTATATION DE L'EXISTENCE DU CONTRAT

A L'identification des règles de forme

B La réalité de l'engagement contractuel

SECTION II LA POSITION DE LA COUR D'APPEL

TITRE II LA FAUTE DANS LA RESPONSABILITE DELICTUELLE

CHAPITRE I LA NATURE DE LA FAUTE

SECTION I LA FAUTE PERSONNELLE

§ I ELEMENTS D'APPRECIATION

- A L'absence de tout lien avec le service
- B Le but poursuivi
- C Les critères subsidiaires

§ II Le régime juridique

- A La mise en cause de l'administration
- B L'action recoursoire.

SECTION II LA FAUTE DE SERVICE

§ I PRECISIONS TERMINOLOGIQUES

- A Faute de service et faute du service

- I Le critère de la distinction
- 2 La portée de la distinction

- B Les termes jurisprudentiels rendant compte de la faute de service

- 1 Le fonctionnement anormal
- 2 Le fonctionnement défectueux
- 3 Le défaut d'entretien normal

§ II Les caractéristiques de la faute de service

- A La faute doit être d'une certaine gravité.
- B La subordination de l'existence de la faute à la nature de l'activité

SECTION II LA NON RIGIDITE DE LA DISTINCTION / LE CUMUL DE FAUTES

§ I FAUTE PERSONNELLE ET MOYENS DE SERVICE

§ II LE SERVICE COMME INTERMEDIAIRE NECESSAIRE

CHAPITRE III LA PARTICULARITE DE LA FAUTE DANS LE SERVICE JUDICIAIRE

SECTION I DONNEES REGLEMENTAIRES

SECTION II APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

§ I LES CRITERES DE LA FAUTE PERSONNELLE

§ II LES CRITERES DE LA FAUTE DE SERVICE

- A Une lenteur anormale et fautive
- B Une faute grave et caractérisée
- C L'absence de causalité entre le fonctionnement défectueux et le préjudice allégué

II e PARTIE / LA FAUTE DANS LE CONTENTIEUX DE LA LEGALITE

CHAPITRE I LE CONTENU DE LA FAUTE

SECTION I UN COMPORTEMENT PROFESSIONNEL REPREHENSIBLE

- § I Une défaillance professionnelle quelconque
- § II La particularité : la faute pénale comme préalable indispensable à la faute disciplinaire

SECTION II L'INTERVENTION DE L'IMPORTANCE DE LA FONCTION OCCUPEE

CHAPITRE II L'ETENDUE DE LA SANCTION

SECTION I L'ECHELLE DES SANCTIONS

§ I LES SANCTIONS DU PREMIER DEGRE

§ II LES SANCTIONS DU DEUXIEME DEGRE

§ III LES SANCTIONS DU TROISIEME DEGRE

SECTION II L'ABSENCE DE CONTROLE DU JUGE

§ I L'INDIFFERENCE QUANT A L'ADEQUATION DE LA SANCTION  
AVEC LA FAUTE COMMISE

§ II L'INDIFFERENCE QUANT A LA PROPORTIONNALITE DE LA  
SANCTION A LA FAUTE COMMISE.