

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1984-1985

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Plein contentieux et pouvoir normatif du juge sénégalais

Mémoire présenté par

AMADOU BAL

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE

**ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE
(E.N.A.M.)**

**PLEIN CONTENTIEUX ET
POUVOIR NORMATIF DU JUGE SENEGALAIS**

**MEMOIRE PRESENTE PAR
AMADOU BAL**

3^e ANNEE JUDICIAIRE

ANNEE ACADEMIQUE 1985 - 1986

" Après une période de méfiance, la jurisprudence a été considérée comme une source du droit tout autant que la loi. Les plus surpris de cette attribution de puissance ont été les juges."

(G - R I P E R T = Les forces créatrices du droit).

A MES PERE ET MERE
A MES FRERES ET SOEURS
A MON AMI Samba BOUSSO
A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS.

Le soutien matériel et moral des uns et des autres même aux heures les plus difficiles de ma vie m'a permis de mesurer leur attachement à ma modeste personne.

Puisse DIEU le Miséricordieux nous prêter longue vie tout en nous permettant d'aller davantage de l'avant et nous donner ainsi l'occasion de jouir ensemble du fruit de cet effort Collectif.

Qu'ils trouvent ici le témoignage simple mais sincère de ma profonde gratitude.

 EMERCIEMENTS

Qu'il nous soit permis de remercier ici notre tuteur de mémoire Monsieur Amadou Makhtar SAMB Conseiller à la Cour Suprême. Ce juriste émérite nous a beaucoup aidé par ses remarques et suggestions toujours pertinentes. Nous regrettons cependant de n'avoir pas pu mettre à profit intégralement ses conseils et critiques afin de combler certaines lacunes de ce travail eu égard surtout au vocabulaire employé et au fond.

... Nous remercions également du fond du Coeur Monsieur Serigne Mbaye FALL du service de la Comptabilité de l'ENAM pour le soutien constant, discret et efficace qu'il nous a apporté durant notre séjour dans cet établissement.

... Enfin nous remercions Mme BA Secrétaire en service à l'Intendance du même Etablissement qui a accepté spontanément et avec désintéressement d'assurer la dactylographie de notre manuscrit à peine lisible alors qu'elle venait de nous voir pour la ière fois.

/- V E R T I S S E M E N T

En choisissant de traiter du thème indiqué nous n'avons pas manqué de mesurer la difficulté de l'entreprise. En effet il s'agit de réflexions fondamentalement axées sur l'étude de la jurisprudence administrative Sénégalaise ou tout au moins de sa partie relative au plein Contentieux.

Or force est de reconnaître avec Marc Débène (dans sa préface à l'ouvrage de Jacques Mariel NZouankeu. "Les grandes Décisions de la jurisprudence Administrative Sénégalaise. Volume I. Contentieux général de la Légalité") que la jurisprudence Sénégalaise demeure "peu connue et confidentielle".

Mais précisons tout de suite que notre ambition est moins d'étudier de manière exhaustive une question aussi importante en un temps très limité et dans des Conditions assez particulières que de susciter la réflexion autour d'un thème qui présente un intérêt certain.

Tout au plus il sera question de rassembler et de synthétiser quelques idées, d'émettre quelques hypothèses générales. Aussi nous nous sommes contentés des rares décisions qui sont publiées dans certaines revues et d'autres qui ne le sont pas du tout dont nous avons pu disposer grâce à notre perspicacité.

Certaines de ces décisions nous paraissent constituer un échantillon suffisamment représentatif et important pour permettre de situer le rôle et la portée de la norme jurisprudentielle à la lumière du Contentieux de la responsabilité auquel nous avons volontairement choisi de cantonner nos investigations et ce pour plusieurs raisons.

.../...

D'une part il s'agit du Contentieux qui reflète pleinement le caractère écrit du droit administratif Sénégalais du fait de l'existence d'une loi comportant 148 articles codifiant "l'ensemble" des obligations de l'Administration.

D'autre part les enjeux pécuniaires de ce Contentieux se traduisant par un impact certain dans les relations sociales confèrent à celui-ci une importance particulière qui justifie largement qu'on y consacre certaines réflexions si limitées soient-elles.

On entrevoit d'ores et déjà la délicatesse de la mission dont se trouve investie le juge qui doit dans tous les cas s'efforcer de trouver un équilibre difficile mais indispensable entre les intérêts particuliers et l'intérêt général que poursuit l'Administration dont la responsabilité est recherchée ici.

Aussi le juge appelé à arbitrer entre ces intérêts par nature contradictoires, souvent en relation conflictuelle, même s'il est amené pour ce faire à mettre en oeuvre son pouvoir normatif pour réparer certaines iniquités manifestes là où la loi ne le permettait point, doit s'y prendre avec circonspection et dextérité.

Nous nous évertuerons d'ailleurs à scruter et à mettre en exergue les raisons objectives d'une telle attitude que semble dicter le réalisme.

Il est à noter aussi que nous utiliserons indifféremment les expressions "pouvoir normatif de la jurisprudence" ou "pouvoir normatif du juge" étant convaincu que dans une théorie formelle des sources du droit elles signifient la même chose.

.../...

En effet la règle ne peut être prise en considération isolément c'est à dire indépendamment de son auteur.

Les implications du sujet choisi ainsi mises en exergue, les écueils et les limites de l'entreprise relevés, il convient de signaler que nous nous livrerons en conséquence dans les développements qui suivent à des réflexions nécessairement partielles voire partisans et partant souvent contestables puisque reflétant des positions quasi-exclusivement personnelles. Quoi de plus normal d'ailleurs!

I I N T R O D U C T I O N

Le juriste observateur qui s'intéresse au droit administratif Sénégalais de prime abord est frappé par la prédominance des règles écrites surtout en matière de responsabilité publique.

En effet s'écartant du système Français le législateur Sénégalais a, par la loi 65.51 du 19 juillet 1965, codifié les obligations de l'Administration. Par une telle entreprise assurément il a fait oeuvre à la fois originale et utile.

Oeuvre originale en ce qu'il n'existe nulle part ailleurs du moins dans les Pays de tradition juridique Française un tel exemple de codification du droit Administratif.

Oeuvre utile dans la mesure où la Codification des obligations de l'Administration facilite largement la tâche du juge comme aussi celle de l'Administration et rend d'énormes services aux citoyens en général et aux contractants de l'Administration en particulier.

Apparemment donc le juge saisi d'une demande en réparation d'un dommage causé par la Puissance Publique se référera à son Code pour trouver la règle applicable au cas concret qui se pose ainsi à lui.

En fait une telle conception simpliste à volonté de la tâche du juge est loin de correspondre à la réalité.

En effet si ingénieux soit-il, le législateur n'a pu prévoir tous les cas de responsabilité susceptibles de se produire comme en atteste l'évolution jurisprudentielle Française postérieure à la promulgation du Code Sénégalais des obligations de l'Administration encore moins en réglementer tous les détails.

Aussi malgré l'existence voire la prédominance de la codification, il reste toujours place à l'innovation jurisprudentielle.

N'est-il pas révélateur, qu'en rendant compte de la Controverse autour de la tentative de Codification des obligations de l'Administration au Sénégal, D.G. Lavroff membre de la Commission de Codification instituée alors auprès du Ministre de la justice, rapportant en ces termes la conception des partisans d'une telle entreprise qui estimaient qu'elle "présentait l'avantage de faciliter la tâche du juge, de l'Administration et des particuliers qui disposeraient d'un corps de règles dont le contenu serait strictement fixé sans que l'oeuvre créatrice de la jurisprudence soit pour autant supprimée". (Conférence D.G. Lavroff " Le Code Sénégalais des obligations de l'Administration" Penant 1966 Page 1).

Si en dépit de la Codification du droit de la responsabilité la nécessité pour le juge d'user de son pouvoir normatif pour trancher certains différends ne s'entrouve pas pour autant écartée, il rest que son contenu demeure diffus et doit être précisé comme il en va tout de même de ses modalités d'exercice.

Dès lors il y a lieu de résoudre nécessairement plusieurs questions dont l'une des plus importantes pour notre propos peut être formulée de la manière suivante = que faut-il entendre par pouvoir normatif du juge ?

Nous dirons simplement que c'est le pouvoir qu'a le juge de poser ou plus exactement de créer des normes juridiques. Mais alors qu'est ce qu'une norme juridique ?

.../...

La réponse nous l'emprunterons à l'Ecole Kelsénienne qui entend par là "un précepte indiquant la conduite à tenir même par un seul sujet, et même dans une seule situation juridique" (Conférence de Marcel Waline "Le pouvoir normatif de la jurisprudence" Mélanges Georges Scelle: Tome II Page 613).

Toutefois il n'est pas complètement exclu que l'on puisse au cours de nos développements faire parfois allusion à la norme juridique en tant qu'étant "une règle de droit douée d'un minimum de généralité, en ce sens qu'elle est susceptible d'application dans un nombre indéterminé de cas, et au moins dans plusieurs Cas" (Conférence même référence que ci-dessus).

En définitive il faut comprendre donc que même si nous adhérons au 1er sens de la norme juridique cela ne saurait signifier l'exclusion de la définition donnée par ceux qui s'écartent de la pensée Kelsénienne même s'il est vrai qu'une telle conception se heurte à des obstacles certains. D'une part il est interdit au juge de statuer par voie d'arrêts de règlement ; d'autre part il demeure soumis dans l'exercice de ses fonctions à l'autorité de la loi. Cependant il faut relever que de tels obstacles n'ont pas une portée absolue comme l'on pourrait le croire car dans le même temps il est interdit au juge sous peine de ~~deni~~ de justice de refuser de juger sous le prétexte du silence ou de l'obscurité de la loi? En fait c'est là une manière indirecte de l'inviter à compléter l'oeuvre législative en tant que de besoin.

Par ailleurs le Sénégal ayant opté pour l'unité de juridiction c'est au juge de droit commun, c'est à dire celui du tribunal de 1ère instance devenu depuis la loi n° 84.19 du 2 Février 1984 fixant l'organisation judiciaire, "Tribunal Régional", qu'est confié le Contentieux Administratif à l'exception du Recours pour excès de pouvoir et du contentieux électoral.

.../...

Ce juge en effet est compétent pour connaître notamment "de toutes instances tendant à faire déclarer débitrices des collectivités publiques, soit à raison des marchés conclus par elles, soit à raison de tous actes de leur part ayant occasionné préjudice à autrui". (Confer Article 3 alinéa 2 premièrement de la loi précitée).

La Compétence qui lui est ainsi dévolue a pendant longtemps alimenté une controverse autour de la question que le Professeur Bockel a formulé éloquentement en ces termes = "Une corps harmonieux et équilibré de règles de droit administratif peut-il se développer dans un système d'unité de juridiction"?

Comme nous le savons une partie de la doctrine majoritaire d'ailleurs a répondu péremptoirement de façon négative à cette interrogation alors que d'autres trouvent le système Sénégalais assez satisfaisant en égard aux décisions rendues par les juridictions malgré l'existence de certaines erreurs qui fort heureusement "ne font généralement pas jurisprudence".

Pour les mêmes raisons on est en droit de se demander si ce même juge est suffisamment armé pour forger des règles de droit autonomes ? Dans quelle mesure pourra-t-il s'affirmer par la jurisprudence qui se dégage des décisions qu'il rend ? Quelle est la portée exacte de celles-ci ?

Nous tenterons de répondre à ces interrogations voire à ces inquiétudes à travers des développements que nous consacrerons à l'étude du thème choisi notamment en nous livrant à l'exégèse de certaines décisions fort hardies qui nous paraissent de ce chef bien révélatrices de l'attitude et de l'aptitude du juge Sénégalais face à sa mission qu'il remplit, du reste à notre avis relativement avec efficacité tout au moins lorsqu'il statue au plein Contentieux. Que faut-il entendre par cette expression ?

.../...

Pour notre propos il sera question essentiellement de tous les litiges tendant à faire prononcer, par le juge, et ce contre l'Etat ou de Collectivités publiques des condamnations pécuniaires en réparation des dommages causés par leurs actes ou activités.

Au delà des difficultés inhérentes à la spécificité de l'organisation judiciaire Sénégalaise se pose la problématique de la Cohabitation de deux sources du droit de la responsabilité publique au Sénégal plus exactement de la Codification des obligations de l'Administration et parallèlement de l'existence d'un pouvoir normatif de la jurisprudence.

Notre première partie sera consacrée à des développements afférents à cette problématique. En suite dans une seconde partie nous axerons nos réflexions autour de la question portant sur les limites de l'oeuvre normatrice du juge ainsi que de ses perspectives d'ascension.

Enfin en conclusion générale nous évoquerons certaines considérations que suggères la mise en oeuvre par le juge de son pouvoir normatif au plein Contentieux notamment dans le Contexte Sénégalais.

Ière PARTIE : CODIFICATION DES OBLIGATIONS DE
L'ADMINISTRATION ET EXISTENCE D'UN
POUVOIR NORMATIF DU JUGE.

Par la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 le législateur Sénégal a codifié "l'ensemble" des obligations de l'Administration. Force est de constater cependant que cette œuvre si utile fût-elle était partielle en raison du fait qu'il s'agissait essentiellement d'une reprise des grands principes délimitant le domaine de la responsabilité publique tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence Française à un moment de son évolution.

Dès lors on peut se demander si le législateur avait entendu délibérément figer celle-ci en étouffant toute perspective d'extension sans laisser place à la création jurisprudentielle ? Sans prétendre scruter la psychologie du législateur de 1965 pour déterminer avec exactitude sa volonté, il est permis grâce à l'examen de quelques décisions rendues par le juge Sénégalais statuant au plein Contentieux de répondre par la négative.

En effet ce dernier se montrant souvent fort audacieux, par le recours qu'il a pu faire à certains principes généraux du droit, n'a pas manqué même parfois au prix de certaines hésitations du reste légitimes, à étendre les cas d'engagement de la responsabilité publique en dehors des hypothèses prévues par le Code notamment en ordonnant la réparation de certaines iniquités manifestes.

De plus les difficultés inhérentes à l'application d'une loi par essence abstraite ont conduit le juge à faire siennes certaines théories jurisprudentielles dégagées par le juge Français et donc qui se trouvent de ce chef introduites dans le droit positif Sénégalais.

.../...

Notre deuxième chapitre sera consacré à l'étude de cette oeuvre d'extension des cas d'engagement de la responsabilité publique ébauchée par le juge et plus généralement à l'effectivité de son pouvoir normatif.

Mais au préalable nous évoquerons dans un chapitre premier les justifications à la fois théoriques et pratiques qui constituent le soubassement d'un certain réalisme ayant conduit fût-ce au mépris de certains principes pourtant considérés comme quasi sacrés à reconnaître une place à la création jurisprudentielle en dépit de la Codification des obligations de l'Administration.

CHAPITRE I - LES BASES THEORIQUES ET PRATIQUES DE
L'ADMISSION D'UN POUVOIR CREATEUR DU
JUGE SENEGALAIS.

Le pouvoir normatif du juge constitue un élément essentiel pour mener à bien l'oeuvre de justice. Au Sénégal pour autant que les obligations de l'Administration soient Codifiées il reste que ce pouvoir normateur du juge trouve matière à se déployer.

Les raisons en sont nombreuses = d'une part il y a des domaines non encore légiférés et le juge doit nécessairement suppléer à ce "désert législatif" pour résoudre les litiges qui lui sont soumis dans la mesure où ils se trouveraient compris dans une telle hypothèse; d'autre part l'application du texte existant nécessite une interprétation qui peut être le plus souvent l'occasion pour créer des règles tout à fait nouvelles.

Au Sénégal ce travail ainsi que les conséquences qui en découlent se posent avec acuité du fait des caractères généraux des principes Codifiés.

.../...

SECTION I - LA CARENCE DU LEGISLATEUR : UN FONDEMENT
DU POUVOIR NORMATIF.

Il peut arriver que le législateur compétent pour poser des règles générales et impersonnelles c'est à dire ayant vocation à s'appliquer en principe à un nombre indéterminé de cas d'espèce soit à tort ou à raison défaillant.

Dans ce cas faut-il se réfugier derrière le silence de la loi pour s'abstenir de juger un cas qui serait ainsi compris dans ce que l'on pourrait désigner comme étant un vide juridique ? *Quid* de l'attitude du juge devant une telle situation ?

Pour répondre à ces interrogations nous tenterons de dégager et de mettre en exergue les raisons théoriques qui rendent nécessaire la mise en oeuvre par le juge à la fois de son pouvoir juridictionnel et/ou de son pouvoir normatif pour résoudre certain différends.

Par ailleurs nous évoquerons la jurisprudence pour confirmer ce qui à ce stade de l'analyse n'était peut-être qu'une simple vue de l'esprit dénué de tout contenu concret.

PARAGRAPHE I - Le pouvoir normatif = Un élément indispensable à l'accomplissement de la mission du juge

A la question de savoir si le juge doit ou non se substituer dans certain cas au législateur compétent mais défaillant on serait tenté de répondre naturellement en lui déniait cette prérogative qui apparemment semble être l'apanage du seul législateur.

.../...

Il suffit simplement pour se rendre à cette évidence de songer à la prohibition qui lui est faite de statuer par voie d'arrêts de règlement.

Et il y aurait là un argument de taille, un obstacle difficile à éluder s'il n'existait pas cet autre principe non moins solennel qui commande au juge de trancher même s'il ne trouve pas de solution au litige qui lui est soumis dans la loi existante.

Dès lors ne lui donne - t - on pas ainsi le pouvoir et même le devoir de compléter au besoin l'oeuvre du législateur pour répondre à l'attente des plaideurs ou des justiciables.

Même si apparemment un tel raisonnement est sans faille, force est de reconnaître que toutes difficultés ne se trouvent pas pour autant aplanies.

En effet l'article 80 alinéa 2 de la Constitution ne dispose - t - il pas que "les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi" ?

Ainsi en statuant dans l'hypothèse où il n'existe aucune loi, ne peut - on pas soutenir alors, que le juge s'affranchit de l'autorité de la quelle il doit rester assujéti dans l'accomplissement de la mission dont il se trouve investie. Loin s'en faut.

Nous estimons que raisonner ainsi c'est se livrer à une interprétation erronée de la norme constitutionnelle précitée car à notre avis celle-ci signifie d'une part que dans l'hypothèse où il y a une loi qui régit le cas d'espèce soumis au juge ce dernier doit l'appliquer et rien qu'elle, d'autre part nous trouvons là un corollaire logique à l'affirmation de l'indépendance du pouvoir judiciaire que consacre l'alinéa premier du même texte constitutionnel.

En somme le juge doit appliquer la loi telle qu'elle sans s'encombrer d'aucune autre considération et surtout il doit s'abstenir de connaître de sa qualité. Ce n'est pas là son rôle.

En tout état de cause il ne s'agit point d'une interdiction absolue faite au juge de statuer au delà des hypothèses règlementées par le législateur. Pour conforter la justesse du point de vue que nous épousons ici il convient simplement de l'illustrer par la position de la jurisprudence.

PARAGRAPHE II - La reconnaissance jurisprudentielle de l'existence d'un pouvoir normatif au profit du juge.

Une décision fort audacieuse du Tribunal Régional de Dakar en date du 28 mars 1984 mérite d'être citée ici puisqu'elle corrobore parfaitement l'analyse faite ci-dessus.

Cette affaire qui opposait Abibou SALL demandeur à l'Agent judiciaire de l'Etat avait pour origine une plainte de la S.O.N.A.D.I.S contre SALL pour détournement de deniers publics. Le mis en cause sera inculpé de ce chef et placé sous mandat de dépôt le 13 juillet 1977 avant de voir intervenir en sa faveur une ordonnance de non lieu total et de mani-levée de mandat de dépôt.

Le Magistrat Instructeur n'ayant pu articuler contre lui à la clôture de l'information aucune charge quant à la matérialité des faits à lui reprochés et ce à la date du 31 juillet 1977.

Curieusement Abibou SALL sera malgré tout renvoyé, suivant ordonnance du même juge, devant le tribunal correctionnel de Saint-Louis, lequel tribunal par jugement en date du 27 juillet 1978 lui infligera une peine d'emprisonnement ferme de deux (2) ans en plus d'une condamnation ordonnant versement à la S.O.N.A.D.I.S de la somme de 936 885 Francs à titre de dommages intérêts.

Or il se trouve que l'ordonnance de non lieu intervenue antérieurement était devenue définitive. Sur appel de SALL, la Cour d'appel constatant que l'ordonnance précitée prise en faveur de SALL à la date du 31 juillet 1977 avait acquis l'autorité de la chose jugée a annulé toute la procédure postérieure à la dite ordonnance. Nanti de cette décision SALL initie alors devant le tribunal Civil de Dakar une action en indemnisation du préjudice qu'il a subi du fait de sa détention abusive pendant deux (2) ans par suite d'une procédure irrégulière.

Dans ses motifs le juge commence par constater l'absence de texte de loi lui permettant d'ordonner "la réparation d'un dommage résultant d'une détention irrégulière" pour, et c'est là que les motifs de sa décision nous intéressent directement, poursuivre en ces termes son raisonnement "que le juge saisi d'un litige auquel ne s'applique aucun texte a le devoir de faire l'exégèse des sources du droit, voire de faire appel aux principes généraux du droit en vertu de son pouvoir normatif".

Aussi va-t-il déclarer l'Etat responsable du dommage subi par SALL "par application du principe général du droit à réparation". Pour notre propos cette décision est intéressante moins par la Condamnation à laquelle le juge a abouti que par l'affirmation de principe qu'elle contient même si au regard des principes du droit de la responsabilité publique elle prête manifestement le "flanc" à la critique. (Sur cette critique confer chapitre I - Sections II de la Deuxième Partie)

Néanmoins on doit admettre qu'il s'agit d'une décision révolutionnaire car en même temps qu'elle affirme sans équivoque l'existence d'un pouvoir normatif au profit du juge Sénégalais statuant au plein Contentieux, elle ouvre de nouvelles perspectives fort intéressantes en regard au droit de la responsabilité publique et plus particulièrement au droit à la réparation des dommages subis du fait d'une détention abusive.

SECTION II. - L'INTERPRETATION DES PRINCIPES POSES

PAR LE CODE DES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION = FACTEUR D'ELABORATION DE

NOUVELLES REGLES.-

Pour appliquer un texte de loi à un cas concret qui lui est soumis le juge se livre nécessairement à une interprétation lorsque ledit texte est laconique ou, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, lorsqu'il ne pose que les grands principes laissant ainsi implicitement au juge le soin d'en compléter les détails de la réglementation.

Le Code Sénégalais des obligations de l'Administration n'échappe pas à cette règle et son application impose souvent un gigantesque travail d'interprétation du fait qu'il constitue essentiellement un ordonnancement des grands principes dégagés par le juge Français plus particulièrement par le Conseil d'Etat.

Aussi le juge est-il fréquemment amené à adapter ces principes et à poser de nouvelles normes qu'il applique effectivement au litige dont il se trouve saisi au lieu et place des dispositions textuelles qu'il vise et qui en réalité ne constituent pour lui qu'une sorte de "Couverture". (Confer dans ce sens J. Maury "observations sur la jurisprudence en tant que source de droit" Mélanges Georges Ripert Tome I - page 50).

PARAGRAPHE I - L'origine prétorienne du droit Codifié

comme facteur favorisant l'interprétation

créatrice du juge.

Le législateur Sénégalais en se proposant de condenser en les Codifiant "l'ensemble" des obligations de l'Administration dans un texte ne comportant que 148 articles

n'avait point, c'est quasi - certain, la prétention d'être exhaustif. Il était plus modestement guidé par le souci de préserver l'autonomie voire la pureté du droit administratif en mettant à la disposition du juge non spécialisé en raison de l'unité de juridiction, un outil de travail précieux lui permettant ainsi de satisfaire les exigences de cette option affirmée de manière Constante.

En définitive cette Codification devrait l'aider à appliquer sauf exception des règles exorbitantes du droit commun au Contentieux Contractuel ou extracontractuel de l'Administration et ce en dépit de l'organisation judiciaire mise en place.

Aussi s'est-il attaché à fixer le contenu des règles applicables "sans que l'oeuvre créatrice de la jurisprudence soit pour autant supprimée" (Confer D.G. Lavroff "Le Code Sénégalais des obligations de l'Administration "Penant 1966 Page 1 et suivantes).

C'est ce qui explique en partie le fait que ce Code ne soit pas détaillé ; Ce phénomène oblige naturellement le juge à se livrer à de nombreuses recherches pour déterminer le sens et la portée de certains articles voire à inventer parfois des règles complètement étrangères à l'esprit et à la lettre du texte à appliquer.

Paraphrasant un auteur on peut même dire sans exagérer que le législateur Sénégalais a déployé plus de virtuosité pour formaliser des règles jurisprudentielles dégagées ailleurs dans un contexte socio-économique et même politique différent du notre que de génie pour concevoir et accoucher des règles propres.

Dès lors la constante adaptation du texte mis en place s'impose nécessairement. Cela peut-il se faire sans un travail d'interprétation qui débouchera parfois sur la création de règles absolument nouvelles?

C'est pourquoi, envisagée sous l'angle du droit Sénégalais de la responsabilité la thèse que défend le Professeur Marc Dèbène dans les lignes qui suivent se justifie pleinement. Cet auteur écrivait en effet que "pour trancher un différend le juge se réfère à une norme mais souvent cette norme doit être interprétée c'est à dire reconstruite.

En donnant un sens au texte écrit le juge crée à son tour une norme qu'il applique au différend qui lui est soumis" (Confer Marc Dèbène Préface aux Grandes Décisions de la jurisprudence Administrative Sénégalaise Volume I . Contentieux Général de légalité).

Aussi on est point surpris d'entendre un juriste s'exprimer en ces termes "le droit administratif Sénégalais même partiellement codifié n'en demeure pas moins oeuvre d'origine prétorienne" (Confer Mahmoud Oumar SY Discours d'usage prononcé lors de la rentrée judiciaire 82-83 sur le thème "le juge et l'Administration" reproduit dans la Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal R.I.P.A.S n° 9 de Janvier - Mars 1984 Page 56).

Concrètement comment ce constat se traduit-il à travers les décisions du juge ? Pour répondre à cette question il faut inéluctablement faire l'exégèse de la jurisprudence et au besoin se livrer à une analyse critique de celle-ci.

PARAGRAPHE II - Un exemple jurisprudentiel d'interprétation constructive à propos de l'application de l'article 142 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration. :

C.S 22 mai 1985 Babacar SECK et consorts.

in de faciliter la compréhension de la décision de la Cour dans cette espèce il apparaît nécessaire de rappeler les dispositions du texte de loi sus - visé

A - Les principes posés par l'article 142
alinéa 2 du Code des obligations de
l'Administration.

Ce texte règit le problème de la responsabilité publique sans faute pour dommage anormal et Spécial notamment en limitant le droit à réparation lorsque ces conditions sont réunies. C'est à dire l'anormalité et la spécialité du dommage - à deux cas particuliers dont l'un seulement intéresse notre propos. C'est l'hypothèse de l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier.

En effet les principes posés par l'article 142 alinéa 2 sont ainsi conçus : "Les tiers peuvent également obtenir la réparation d'une partie du dommage anormal et spécial qui leur est causé : a) Par l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier lorsque le législateur n'a pas exclu explicitement ou implicitement toute réparation, et que la mesure, bien que prise dans l'intérêt général, a pour effet d'avantager anormalement un groupe de particuliers et de désavantager gravement les demandeurs".

L'exégèse de ce texte nous permet d'en fixer les conditions d'applications, sa philosophie ayant pour substratum l'idée d'égalité des Citoyens devant les charges publiques.

Ainsi s'explique-t-on cette responsabilité par le fait que la puissance publique en faisant usage d'un pouvoir légal dans l'intérêt général fait supporter une charge spéciale à un ou des particuliers ce qui traduit donc une rupture de l'égalité au détriment de ceux - ci.

.../...

Tout d'abord le texte subordonne la réparation à l'intervention d'un acte juridique qui peut être soit une loi soit un règlement administratif.

Pour ce dernier acte le Code fait allusion à sa régularité car autrement on se trouverait sur le terrain de la responsabilité pour faute. Ensuite le droit à réparation ne peut être admis, et là le Code en tempère l'automatisme, qu'avec l'assentiment du législateur.

En d'autres termes l'exégèse du texte même de la loi ou le recours aux travaux préparatoires ne doivent point indiquer une volonté contraire. Il résulte par conséquent de cette disposition que le législateur dispose du pouvoir d'écarter l'idée de toute responsabilité.- Théoriquement une telle atténuation de la responsabilité de la puissance publique ne peut se rencontrer que lorsqu'on est en présence d'une loi car comme le soutient Alain Bockel "l'autorité administrative auteur d'un règlement ne saurait disposer du pouvoir d'écarter la responsabilité publique qui relève des principes généraux du droit".

Aussi l'acte qualifié "loi" ici doit être nécessairement celui voté par le Parlement. Cette interprétation est-elle partagée par la Cour Suprême du Sénégal ? C'est une réponse ~~in~~ négative qui se dégage de la position originale pour ne pas dire solitaire de la Haute juridiction. ^{Ce qui} nous amène à dire que sous le prétexte de l'interprétation elle a en réalité inventé une conception bien singulière du terme "législateur" pour en avoir compris l'autorité administrative.

Ainsi elle a permis à cette dernière au même titre que l'Assemblée législative de disposer du pouvoir d'exclure toute possibilité de prétendre utilement à la réparation en matière de responsabilité sans faute pour dommage anormal et spécial.

.../...

Comment la Cour Suprême est-elle parvenue à légitimer l'attitude de l'autorité exécutive qui avait par un acte réglementaire écarté toute idée de réparation dans l'affaire qui a donné naissance à l'arrêt rapporté ici ?

B - La position de la Cour Suprême :

Pour mieux cerner la portée exacte de la décision de la Cour dans cette espèce "Babacar SECK et Consorts" il convient au préalable d'en camper les faits

a) Exposé des faits

Par la loi n° 66 - 07 du 18 Janvier 1966 complétée par celle du 28 Février 1967 le législateur avait doté les forces de Police d'un statut spécial en les soumettant à un régime plus contraignant.

Aussi a-t-on estimé plus équitable de reclasser ces personnels dans de nouvelles échelles indiciaires leur assurant des rémunérations plus substantielles.

Toutefois le décret 79.708 du 18 juillet 1979 modifiant celui en date du 13 Février 1978 notamment dans celles de ses dispositions relatives à la grille indiciaire, intervenu pour ce faire, prévoyait son application rétroactive à compter du 1er juillet 1977 tout en prenant soin de préciser en son article 4 que les reclassements prononcés ne pourront en aucun cas ouvrir droit à des rappels de traitement portant sur des périodes antérieures à cette date.

Les sieurs Babacar SECK et Consorts membres des forces de Police admis à la retraite avant le 1er juillet 1977 estimaient avoir subi un préjudice matériel et moral du fait de l'intervention de la loi et du règlement précités et demandaient à être indemnisés sur la base des dispositions de l'article 142 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration. Devant le tribunal Régional comme devant la Cour d'Appel ils seront déboutés de leur demande au motif principalement que

L'article 4 du décret du 18 juillet 1979 avait exclu toute idée de réparation pour tout reclassement intervenu antérieurement à la date du 1er juillet 1977.

Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel sera rejeté par la Cour Suprême. C'est cette décision qu'il convient d'examiner à présent.

b) Analyse de la solution de la Cour

Dans cette espèce la Cour devait résoudre la question de savoir si l'autorité administrative pouvait, par un acte réglementaire, exclure toute idée de réparation aux termes des dispositions de l'article 142 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration ou tout au moins on peut dire que le droit à une indemnisation des requérants du fait du préjudice allégué et partant la solution du litige, dépendait de la position de la Cour sur ce point.

La Haute juridiction après avoir rappelé les conditions posées par le texte de loi sus-visé pour l'admission du droit à réparation d'un dommage anormal et spécial ayant pour source l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier s'est livrée à une distinction classique de la loi et du règlement en se référant au sens donné à ces termes par la norme Constitutionnelle notamment en ses articles 56 et 37.

Mais la Cour dira = "qu'au sens de l'article 142 du Code des obligations de l'Administration le terme "législateur" doit être entendu dans son sens matériel sans qu'il y ait lieu de faire des distinctions selon que l'acte juridique est émané de l'Assemblée Nationale ou du Président de la République".

Or comme l'ajustement rappelé par ailleurs la Cour, aux termes de la charte fondamentale l'acte qualifié "loi" est celui qui est voté par l'Assemblée Nationale alors que le règlement est l'acte pris par le Président.

Pour suivant ses motivations dans la logique de son raisonnement la Cour en conclura que le decret du 18 juillet 1979 (acte règlementaire)"a pu valablement exclure toute idée de réparation en limitant sa prise d'effet à la date du 1er juillet 1977" !

Ainsi nous pensons qu'en décidant comme elle l'a fait en l'espèce, la Cour^a posé une règle "Contra legem" à laquelle les rédacteurs du Code de 1966 n'avaient nullement songé quand on sait surtout que le texte de l'article 142 en cause ici n'est en fait qu'une Codification de la jurisprudence Française découlant de la décision du Conseil d'Etat 14 janvier 1938 Société Anonyme des Produits Laitiers "La Fleurette" (Confer" Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative" Page 244 et suivantes).

Altération consciente des dispositions de l'article 142 alinéa 2 ? Ou s'agit-il d'une simple erreur d'interprétation ?.....
L'option est si nette, suite à une analyse rigoureuse et claire qu'il est permis de pencher pour le 1er terme de l'alternative.

La Haute juridiction a souverainement décidé de donner au terme "législateur" une définition extensive permettant d'y comprendre l'autorité administrative. On mesure aisément les conséquences fâcheuses qu'une telle acception pourrait entraîner.

En effet il est dorénavant loisible à l'autorité administrative, contrairement aux principes généraux du droit administratif de la responsabilité publique d'admettre ou d'écarter sa responsabilité. Il s'agit là d'une licence accordée voire d'une porte ouverte à tous les abus.

On ne peut que regretter une telle attitude du juge de Cassation d'autant plus qu'une telle interprétation si critiquable soit elle n'apparaît pas intolérable pour toutes les parties, dans ses effets surtout, pour entretenir l'espoir

de voir le législateur se décider à y mettre
une terme le plus rapidement possible/

De même que le recours pour excès de pouvoir
contre un acte administratif est d'ordre public, de même il
est unanimement admis en doctrine comme en jurisprudence que
l'autorité exécutive ne doit pas se reconnaître le pouvoir
de limiter voire de supprimer sa responsabilité selon ses
caprices.

Autrement ce serait là une éloquente consécration
du déclin du Contrôle juridictionnel de l'Administration et par
voie de conséquence de l'Etat de droit dont se réclame solen-
nellement le Sénégal. Et le juge ne devrait point endosser
une telle responsabilité.

En tout état de cause la mesure édictée par
l'autorité administrative ne doit pas pouvoir "s'imposer à
tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation" et
comme l'a fait remarquer Laferrière le "législateur peut seul
apprécier d'après la nature et la gravité du dommage, d'après
les nécessités et les ressources de l'Etat s'il doit accorder
cette compensation".

La norme qui se dégage de la décision de la
Cour Suprême rapportée ici, s'éloigne en tout point de vue des
"Sentiers battus" du droit administratif de la responsabilité
publique voire des principes du droit public, pour innover.

Mais à quel prix se demande - t - on ?

Un revirement jurisprudentiel est souhaitable dans un futur
prochain. En principe une telle éventualité n'est pas totalement
exclue car le point de vue de la Cour ne fait pas l'unanimité
et l'arrêt est rendu contrairement à la note du Conseiller -
rapporteur.

.../...

En effet pour ce dernier "si le législateur a expressément ou tacitement dénié tout droit à réparation, le juge, lié par la suprématie de la loi, doit s'incliner. Par contre le juge ne serait évidemment pas lié par une telle décision si elle était prise par une autorité administrative comme en l'espèce". (Confer Amadou Makhtar SAMB, Note sur l'affaire N°1/RG/84 Babacar SECK) et autres contre Etat du Sénégal, Cour Suprême 2ème Section).

Ce point de vue reflète exactement le position de la jurisprudence dominante qui manifeste une ferme volonté du juge de soumettre le pouvoir réglementaire, auquel d'ailleurs il ne dénie point la Compétence de traiter des questions de responsabilité publique, aux principes généraux du droit. (Pour des développements sur l'ensemble de ces questions, voir la note précitée).

CHAPITRE II - DE L'EFFECTIVITE DU POUVOIR
NORMATIF DU JUGE

L'affirmation théorique de l'existence d'un pouvoir normatif au profit du juge Sénégalais statuant au plein Contentieux trouve sa concrétisation dans l'apport de la jurisprudence au droit Administratif de la responsabilité publique.

L'analyse de certaines décisions rendues au plein Contentieux permet de situer la place qu'occupe la norme jurisprudentielle au sein de ce Contentieux même si celle-ci demeure encore à l'état de gestation.

Nous imputons un tel phénomène à la nature du système Sénégalais qui ne présente pas les Conditions optimales pour un épanouissement de la Création jurisprudentielle.

Aussi même si le rôle du juge ne se limite pas seulement à l'application mécanique des principes posés par le Code des obligations de l'Administration, leur dépassement ne se fait pas sans hésitation.

La rédaction des décisions présentées dans le cadre de l'extension jurisprudentielle des cas d'engagement de la responsabilité publique laisse apparaître des tâtonnements voire des contradictions ; Ce qui non seulement nuit à la clarté du raisonnement mais aussi entretient un certain flou quant au régime juridique qui a lieu à s'appliquer, flou que seule une exégèse difficile permet de lever.

Néanmoins dans certains domaines la mise en oeuvre du pouvoir normatif a permis d'allonger la liste des cas d'engagement de la responsabilité publique.

Par ailleurs le juge en comblant certaines lacunes des principes Codifiés et en introduisant des théories dégagées par le juge Français dans le droit positif Sénégalais a ainsi contribué à l'amélioration des règles écrites que le législateur, pour les besoins de la Codification, avait recensées et Compilées en un Code des Obligations de l'Administration.

Dans une certaine mesure on peut dire que le juge par l'usage de son pouvoir normatif s'est révélé être à côté du législateur, un artisan de l'autonomie du droit de la responsabilité publique mais surtout un Censeur dont les sentences visent un but pédagogique et d'information. Il s'agit dans les développements qui suivent de mettre en exergue ces différentes manifestations du pouvoir normatif du juge.

SECTION I.- Contribution à l'extension des cas d'engagement de la responsabilité de la puissance publique par le recours aux principes généraux du droit.

C'est sur le terrain de la responsabilité sans faute des personnes publiques que le juge a fait oeuvre créatrice utile par l'usage de son pouvoir normatif en consacrant des cas d'engagement de la responsabilité sans faute en dehors des hypothèses prévues par le Code des obligations de l'Administration.

En effet en droit Sénégalais le champ de la responsabilité sans faute correspond théoriquement à une liste de cas ; mais il s'agit d'une liste qui reste ouverte et peut s'enrichir du fait de la jurisprudence.

.../...

C'est ainsi que devant certaines iniquités manifestes le juge a pu user de son pouvoir normatif pour engager sans faute la responsabilité de l'Etat enrichissant par la même occasion le domaine de ce régime de responsabilité.

En l'absence d'un texte législatif lui permettant de connaître de la réparation de certains dommages le juge n'en a pas moins ordonné la réparation en se fondant sur les principes généraux du droit.

Il convient à présent d'illustrer l'oeuvre créatrice du juge dans ce domaine en nous appuyant sur des cas concrets. Deux exemples jurisprudentiels nous permettent de donner la mesure de l'apport du juge dans ce domaine.

PARAGRAPHE I.- Le principe de la responsabilité pour
"risque anormal"
Cour d'Appel 27 juillet 1979 Seybatou
NDOUR /Etat du Sénégal

Comme nous allons le constater, seul l'usage du pouvoir normatif qui constitue un de ses attributs de puissance, a permis aux juges d'appel de trancher le différend de l'espèce rapportée en donnant partiellement gain de cause au sieur NDOUR.

Aussi on peut, à l'analyse, dire que la norme portée par cet arrêt de Condamnation trouve sa base juridique dans cette décision elle même et non dans une quelconque autre source de droit.

La singularité de la décision est surtout accentuée par le fait qu'elle intervient dans le domaine encore "vierge" sur le plan législatif de la réparation des dommages résultant de la détention provisoire abusive.

A) Exposé des faits et de la procédure

Le sieur Souleymane NDAO employé au Bureau Central Télégraphique et Radio de la recette principale de Dakar, est arrêté au guichet de la Poste de THIES alors qu'il avait acquitté 6 mandats télégraphiques d'un montant de 5.400.000 Francs apparemment émis à partir du Bureau de Treichville, mandats qui en réalité étaient faux. Il devait dénoncer le sieur Seybatou NDOUR comme étant son complice. Toutefois ce dernier déclarait être étranger à l'affaire, niant énergiquement toute participation.

Mais l'Officier de Police judiciaire chargé de diligenter l'enquête Préliminaire avait annoncé l'existence d'un procès-Verbal de seconde audition du sieur NDOUR dans lequel ce dernier revenant sur ses dénégations, reconnaissait être le Complice de Souleymane NDAO, Procès-Verbal qui cependant ne sera jamais transmis aux autorités judiciaires.

Déféré devant le Procureur de la République, une information a été ouverte et NDOUR fût inculpé de Complicité de détournement de deniers publics et de Corruption passive. Aussi a-t-il été placé sous mandat de dépôt. C'est en vain que NDOUR entreprendra des démarches en vue de sa mise en liberté provisoire.

Ce n'est que le 21 mars 1974 que le tribunal Correctionnel devait le relaxer des fins de la poursuite. Nanti de cette décision NDOUR assigna l'Etat devant le tribunal Civil de Dakar en paiement de la somme de 663.348 Francs correspondant au montant de son traitement dont il a été privé pendant la durée de sa détention provisoire et en réparation de son préjudice Corporel et moral qu'il évalue à 1.000.000 de Francs.

A l'appui de sa demande le requérant invoque deux moyens = d'une part il soutient que l'article 140 du Code de Procédure Pénale crée pour les citoyens un risque social anormal ;

.../...

d'autre part et à titre subsidiaire

il fonde sa réclamation sur le fonctionnement défectueux du service judiciaire.

Ces 2 (deux) moyens seront rejetés par le tribunal de 1ère instance de Dakar par un jugement intervenu le 30 décembre 1976. C'est contre ce jugement que le sieur NDOUR interjeta appel.

Dans le dispositif de sa décision la Cour va retenir la responsabilité de l'Etat "du fait du fonctionnement du service judiciaire" se gardant bien de qualifier un tel fonctionnement du service en cause de "défectueux".

Cette prudence n'est pas gratuite et elle révèle le véritable fondement de la solution du reste longuement motivée à travers le raisonnement de la Cour d'Appel.

B Analyse de la Solution

Dans cette affaire la Cour d'Appel était amenée à statuer d'abord sur le fondement de la responsabilité avant d'envisager éventuellement les modalités de l'indemnisation.

Les juges d'Appel vont écarter la faute c'est à dire le fonctionnement défectueux du service judiciaire pour retenir le risque exceptionnel et anormal.

En effet ont-ils estimé que tel est bien le qualificatif "qui convient au dommage patrimonial subi par NDOUR privé de son traitement pendant la durée de sa détention et qui malgré sa réintégration n'a pu obtenir de son Administration le rétablissement de son traitement".

.../...

En se prononçant comme elle l'a fait la Cour a estimé qu'il y a bien là une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques et "que rien ne pouvant justifier qu'un particulier supporte seul les effets dommageables des charges Collectives, il échet d'admettre le principe de la responsabilité de l'Etat pour risques exceptionnels et anormaux dans l'exercice de sa fonction judiciaire sous certaines conditions toutefois".

Aussi pour dédommager le sieur NDOUR la Cour devait s'interroger sur l'imputabilité du dommage à l'Administration c'est à dire d'établir l'existence d'un lien de Causalité entre le préjudice subi et l'activité administrative, ce qui était manifeste ici. Ensuite seul le fait de NDOUR pouvait être pris en compte pour l'exonération totalement ou partiellement de l'Etat.

Sur ce point les juges d'appel ont fait un amalgame Curieux témoignant de certaines hésitations liées, en l'Etat actuel, à la difficile affirmation de leur autonomie dans la création de règles de droit en dehors du champ d'application des textes écrits.

En effet la Cour va non seulement s'interroger ici quant à la participation de NDOUR à la réalisation de son propre dommage (ce qui était bien le cas dans la mesure où NDOUR n'a pas usé de toutes les voies de droit qui existaient pour résister à sa détention), mais aussi elle se livre à une distinction entre la relaxe pure et simple et la relaxe au bénéfice du doute, pour en conclure que NDOUR relaxé au bénéfice du doute n'a pas bénéficié d'une déclaration claire et positive d'innocence. Pour toutes ces raisons la Cour devait exonérer partiellement l'Administration de sa responsabilité.

En définitive comme nous avons pu nous en rendre compte c'est bien, en dépit de quelques contradictions et hésitations relevées ainsi que de l'important part d'intuitif,

d'informulé que comporte l'arrêt rapporté sur le terrain de la responsabilité sans faute plus exactement du fait du fonctionnement du service judiciaire que le sieur NDOUR a pu bénéficier d'une réparation. Ainsi en l'absence de toute disposition législative, les juges d'Appel ont ouvert la voie à la responsabilité sans faute en matière de détention provisoire abusive.

Ce qui témoigne de sa contribution, par le biais de son pouvoir normatif, à l'évolution positive du droit Sénégalais de la responsabilité publique. c'est dans cette optique qu'il convient d'envisager le second exemple jurisprudentiel qui doit nous retenir à présent.

PARAGRAPHE II - L'engagement de la responsabilité publique
sur le fondement du principe d'égalité
des Citoyens devant les charges publiques
C.Appel 15 janvier 1971 Dame Doye Nekh
DIOP

C'est en se fondant sur le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques que la Cour d'Appel a pu, dans l'espèce, allouer des dommages-intérêts à l'appelante instituant ainsi un nouveau cas de responsabilité sans faute de la Puissance Publique.

Or comme l'a justement relevé Marcel Walnie, ce principe "n'est écrit dans aucune loi", on peut seulement le rattacher "au principe de droit fiscal : la contribution aux charges communes doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés".

L'usage par le juge de son pouvoir normatif se manifeste donc en l'espèce par le fait que la norme que porte la décision rapportée trouve son fondement exclusif dans l'arrêt lui même et non point dans une disposition législative. Evoquons en brièvement les faits avant d'envisager l'analyse de la solution de la Cour.

.../...

A) Exposé des faits et de la procédure

La Dame DIOP était propriétaire d'une parcelle de terrain à Rufisque. Devant les nécessités de l'intérêt général et en raison de l'importance pour la commune de la ville précitée de l'implantation d'un Poste de transformation du courant électrique, la Compagnie des Eaux et Electricité de l'Ouest Africain devait obtenir de la division de la Voierie des Travaux Publics du Cap-Vert l'approbation du projet d'implantation d'un tel Poste sur le terrain dont est propriétaire la Dame DIOP.

En dépit de ses protestations et après de vaines démarches tant auprès des autorités de la Commune que de celle de la Compagnie précitée, le Poste transformateur devait finalement y être édifié et des matériaux qui y avait entreposé la Dame DIOP en vue de la Construction de quelques pièces disparurent.

En effet le gardien préposé à la surveillance du dit matériel avait été chassé des lieux auparavant par les autorités sus-nommées. Elle intenta alors une action en indemnisation de son préjudice contre les autorités Communales et la Société Concessionnaire devant le tribunal Civil de Dakar.

A l'appui de sa demande elle prétendait être victime d'une voie de fait en raison de sa dépossession. Elle fût déboutée et interjeta appel contre ce jugement et ce le 5 Septembre 1969.

La Cour va alors se référer au principe général de droit évoqué ci-haut pour donner gain de cause à l'appelante notamment en allouant à cette dernière la somme de 300.000 francs à titre de dommages - intérêts infirmant par conséquent le jugement entrepris.

.../...

B) Analyse de la décision de la Cour d'Appel

Dans sa décision intervenue le 15 janvier 1971 la Cour d'Appel fit droit à la demande de Dame DIOP en se référant notamment au moyen soulevé par l'appelante devant le tribunal Civil de Dakar, mais plus directement, et c'est en cela que l'arrêt nous intéresse, à "la méconnaissance d'un principe général de droit qu'est celui de l'égalité des Citoyens devant les charges publiques".

Pour expliciter le fondement de leur décision, les juges d'Appel vont commenter le passage précité à travers un "Attendu" ainsi libellé : "Attendu en effet que la dépossession quasi-absolue qui frappe un particulier dans un de ses biens doit être supportée par la Collectivité et non pas être réalisée au détriment du propriétaire évincé, sans bourse délier".

C'est dire que la Cour a estimé en l'espèce que le dommage subi par l'appelante constitue de par son anormalité une charge extraordinaire que celle - ci ne devait pas supporter seule.

C'est donc semble - t - il la rupture de l'égalité des Citoyens devant des charges publiques se traduisant ici par une "dépossession quasi-absolue" qui constitue la motivation déterminante de la décision reconnaissant à la Dame DIOP le droit à réparation du préjudice qu'elle a ainsi subi.

Comme dans la précédente espèce les juges d'Appel ont fait ici usage de leur pouvoir normatif en s'appuyant sur un principe général de droit pour ordonner la réparation de ce qu'ils ont estimé comme étant une iniquité manifeste et par la même ils ont enrichi une fois encore le droit Sénégalais de la responsabilité sans faute des Personnes Publiques en forgeant ainsi une norme jurisprudentielle.

.../...

Il est simplement à regretter le fait que la rédaction de l'arrêt ne soit pas limpide. Aussi il est à souhaiter que le juge Sénégalais affine davantage sa méthode pour affirmer plus vigoureusement l'autonomie et la portée de son pouvoir normatif dans ce domaine, certes sensible, pour que sa Contribution y soit des plus décisives.

Si en l'absence de dispositions textuelles le juge peut, grâce à son pouvoir normatif, être un recours efficace, un redresseur de certaines injustices notamment en s'érigeant en un "législateur Secondaire", d'un attribut supplétif, on peut se demander si l'on peut parler d'effectivité de la norme jurisprudentielle dans la matière Codifiée ?

SECTION II. Participations à l'améliorations des règles
écrites.

Le Contentieux de pleine juridiction au Sénégal est gouverné essentiellement par les règles du Code des obligations de l'Administration. En effet le législateur avait choisi de mettre à la disposition du juge du Contentieux Administratif un texte qui marquait nettement sa volonté de transformer "en articles précis les grandes richesses de la jurisprudence".

Mais il faut relever objectivement l'impossibilité qu'il y avait "d'inscrire dans un texte législatif la totalité des définitions de la jurisprudence, car c'eût été, d'abord, donner au Code une amplitude exagérée et, ensuite empêcher ou du moins gêner, l'action du juge qui doit disposer d'une marge d'appréciation suffisante" (Confer D.G Lavroff : "Le Code Sénégalais des obligations de l'Administrations" Rec. Penant 1966 page 6)

.../...

Aussi à l'instar du législateur, le juge était-il implicitement invité en tant que de besoin, à compléter l'entreprise de Codification notamment en introduisant dans le droit positif sénégalais certaines théories jurisprudentielles Françaises ou en apportant des compléments et correctifs nécessaires à l'application de certains articles. Usant de son pouvoir normatif le juge a pu s'acquitter de cette mission de perfection et de Complément du texte écrit, lui servant de bréviaire pour la résolution des différends qui lui étaient soumis dans le cadre du Contentieux de pleine juridiction et ce de 2 manières =

PARAGRAPHE I. Par la réception de certaines théories
jurisprudentielles Françaises.

La rigidité de certaines dispositions textuelles du Code des obligations de l'Administration a été l'occasion pour le juge de puiser dans la jurisprudence Française des théories dont l'adoption a pour résultat de modifier sensiblement le régime de responsabilité défini par le législateur.

Pour illustrer cela nous prendrons comme exemple l'attitude du juge dans une espèce alors qu'il y était question de la détermination du régime de responsabilité qui s'applique à la victime d'un dommage de travaux publics.

A° Rappel des principes édictés par le Code
Ils résultent de l'article 143 du Code des obligations de l'Administration ainsi libellé =
"Les tiers ont droit à la réparation du dommage résultant soit de l'exécution d'un travail public soit de l'existence ou de fonctionnement d'un ouvrage public.

.../...

Les usagers ont droit à la réparation du dommage causé par une faute relative à ces travaux ou par le fonctionnement défectueux d'un tel ouvrage".

Aussi ce texte de loi prévoit-il l'application respectivement d'un régime de responsabilité sans faute lorsque la victime a la qualité de tiers et de responsabilité pour faute lorsqu'elle est en situation d'usager.

La réparation du dommage subi par le tiers ne pose aucune particularité, le juge se limite à l'application stricte et fidèle du régime de responsabilité sans faute prévu à l'alinéa 1er du texte de loi précité. (Confer dans ce sens tribunal de 1ère instance de Dakar 1er mars 1969, Sékou Badio, Annales Africaines 1973 page 232 et suivantes ; même s'il est vrai que c'est à tort que dans cette espèce la victime a été qualifiée de tiers.)

En effet le Sieur Badio à bord de son véhicule circulait sur la route de THIARA lorsqu'il tomba subitement dans un pont en construction du fait de l'absence de toute signalisation de la déviation de la route concernée.)

Dans cette affaire le juge avait motivé sa décision relativement à la situation de la victime et au régime de responsabilité qui lui est applicable ainsi qu'il suit : "Attendu que Sékou Badio n'étant lié à l'Administration par aucun contrat relatif à l'édification ou l'exploitation de l'ouvrage public en cours, est un tiers au sens des dispositions de l'article 143 du Code des obligations de l'Administration ; qu'il a donc droit à l'entière réparation du dommage résultant de l'exécution du travail public consistant dans la construction du pont et de la route sur la base du principe de responsabilité sans faute". En va - t - il de même lorsqu'il s'agit de la réparation d'un dommage subi par la victime - usager ?

.../...

B La substitution de la théorie du "défaut d'entretien normal" au régime de responsabilité pour faute Tribunal de 1ère instance de Dakar 9 décembre 1978 Hady NDIAYE c/Etat

a) Exposé des faits et de la procédure

Le 1er juillet 1971 entre Ziguinchor et Kabrousse, plus précisément au point kilométrique n° 13, un car rapide transportant 19 passagers avait sauté sur une mine vers 17 heures. Plusieurs passagers étaient blessés, au nombre de 9 dont le demandeur, en l'occurrence le sieur Hady NDIAYE. Ce dernier amputé de sa jambe gauche tandis que l'autre présentait des blessures initie, contre l'Etat du Sénégal, une action en responsabilité au motif que celui-ci par le biais de ses Agents avait commis une "faute de service" en tant que tenu "d'assurer la sécurité des routes" et ce, devant le tribunal de 1ère instance de Dakar.

Le problème juridique était celui de savoir si l'Etat en s'abstenant de signaler l'existence d'un danger sur la voie publique en cause "a fortiori" n'ayant rien fait pour déceler à temps et dégager la mine commettait-il une faute pouvant engager sa responsabilité du fait des conséquences dommageables de l'accident survenu à cette occasion ?

Le juge répond affirmativement à cette question en déclarant "l'Etat entièrement responsable des Causes et des Conséquences dommageables de l'accident dont a été victime Hady NDIAYE, sur le fondement de l'article 143 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration".

En motivant cette décision le juge a fait appel à une théories jurisprudentielle Française, celle dite du "défaut d'entretien normal" qui s'analyse en une présomption de faute donc en un régime de responsabilité sensiblement différent de celui défini par le législateur et qui normalement était applicable à l'espèce.

.../...

b) Analyse de la Solution du tribunal

C'est donc après avoir cerné avec précision les circonstances de l'accident que le juge a décidé de placer le différend sur le terrain de la responsabilité pour faute que fixe l'article 143 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration ou pour fonctionnement défectueux d'un ouvrage public tout au moins théoriquement.

Il en découle donc nécessairement qu'il avait qualifié à juste titre la victime "d'usager" ce qui d'ailleurs ne soulevait aucune difficulté car le sieur Hady NDIAYE avait subi le dommage à l'occasion de l'utilisation de la voie publique. S'agissant de l'imputabilité du fait générateur du dommage il fallait rapporter la preuve d'une faute commise par l'Etat.

Et normalement en vertu du principe "Actori incombis probatio" il appartenait au demandeur de rapporter une telle preuve. Le juge le rappelle d'ailleurs puisqu'il estime que "la responsabilité de l'Etat est engagée si la preuve de la défectuosité de l'ouvrage public ou de son fonctionnement a été établie par le DEMANDEUR" (C'est nous qui soulignons).

Toutefois le juge invoque l'existence d'une théorie celle dite du "défaut d'entretien normal" consacrée par la jurisprudence et en vertu de laquelle la charge de la preuve est renversée. Il l'applique concrètement à l'espèce.

Aussi estime - t - il que pour se dégager de la "présomption de faute qui pèse sur lui", l'Etat doit démontrer "que l'ouvrage public était normalement entretenu".

.../...

Il faut noter que cette théorie est très favorable à la victime usager car elle s'analyse exactement en une présomption de faute qui dépasse le Cadre de la responsabilité pour faute (qui constitue le régime posé par l'article 143 alinéa 2) sans pour autant rejoindre tout à fait celui de la responsabilité sans faute. Or il est certain que l'application d'une telle théorie n'est nullement impliquée par la rédaction claire du texte de loi précité.

Elle est donc introduite dans le droit positif Sénégalais par la simple volonté du juge. Le même juge a fait allusion, sans l'appliquer cependant, à cette théorie, dans sa décision en date du 4 juillet 1981 "Société ANIS BASSIT contre Etat" Dans cette espèce le société précitée avait assigné l'Etat en déclaration de responsabilité sur le fondement de l'article 143 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration pour les faits suivants = le Camion de la Société requérante stationné sur la rue Blanchot a été fortement endommagé par la chute d'une branche d'arbre qui était implantée dans le jardin de l'immeuble de la Douane.

En définitive on peut dire que l'application de cette théorie a fait jurisprudence et ce grâce au pouvoir normatif du juge qui en a délivré "l'acte de naissance dans le droit Sénégalais de la responsabilité pour dommages de travaux publics.

De la même manière le juge statuant au plein Contentieux dans le souci de réparer certain dommages s'est arrogé le pouvoir voire le devoir de dépasser les dispositions textuelles existantes notamment.

.../...

PARAGRAPHE II - En Complétant le droit Codifié

Ce rôle du juge dont le pilier essentiel se trouve être son pouvoir normatif est illustré par la décision du Tribunal Civil de Dakar en date du 12 Février 1977 Cheikhou DIENG et autres contre Etat du Sénégal, décision relative à la responsabilité du fait des dommages causés par les véhicules Administratifs. Ce régime de responsabilité est gouverné par les principes posés par l'article 147 du Code des obligations de l'Administration qui stipule entre autres que "L'action est dirigée contre l'auteur du dommage".

Dans l'espèce rapportée les dommages résultaient de l'accident d'avion survenu le 8 Avril 1976 dans l'agglomération de Pikine. Le Pilote du "Fouga. Magister" appartenant à l'Armée Nationale "avait reçu la mission d'effectuer une reprise en main en voltige dans la région de THIES".

Il avait trouvé la mort dans cet accident, son corps retrouvé à Cent treize mètres environs déchiqueté en plusieurs morceaux. Dans de telles Conditions il était impossible de respecter à la lettre le texte de l'article 147 précité. Dès lors une action en indemnisation était-elle, de ce chef, vouée à l'échec notamment pour irrévabilité ?

La réponse est négative, car dans cette affaire l'assignation a visé directement l'Etat du Sénégal et le juge a rendu sa décision sans se préoccuper de la recevabilité de l'action, problème qui du reste n'avait pas été soulevé par l'Etat.

.../...

Cet exemple démontre une fois de plus que la Codification des règles applicable au plein Contentieux n'est pas une oeuvre parfaite et que certaines dispositions se révèlent inadéquates dans certaines situations.

En effet son imagination si féconde soit-elle le législateur de 1966 n'a pu prévoir et envisager de les régler, toutes les facettes dans lesquelles pourraient éventuellement se présenter les cas d'espèce soumis au juge.

Ce qui pose avec acuité la nécessité de laisser à ce dernier une large marge d'appréciation mais aussi d'admettre qu'il puisse disposer et en user en tant que de besoin d'un pouvoir normatif afin de suppléer à certaines lacunes de la loi dans le souci d'une bonne administration de la justice.

De telles imperfections sont inhérentes à toute oeuvre humaine et il ne s'agit point de critiquer ici l'action du législateur Sénégalais. Il est d'ailleurs à signaler qu'à l'unanimité la doctrine a vanté les mérites du système Sénégalais, qui pose le principe selon lequel l'auteur de l'accident doit être attiré en justice, en le comparant à d'autres régimes notamment à celui découlant de la loi Française du 31 décembre 1957 qui a inspiré, du reste, le texte Sénégalais.

Cette doctrine avait estimé en effet que la position du législateur Sénégalais était plus conforme aux "principes admis de la procédure pénale selon lesquels l'action civile doit être dirigée contre l'auteur de l'infraction"

.../...

(Confer Alain Bockel "Droit Administratif" N.E.A 1978 page 413 ; voir également Charles Lapyre "Jurisprudence Administrative au Sénégal. Contentieux des droits", Annales Africaines 1977 page 37).

En définitive il convient de retenir qu'à côté du principe posé par le législateur invitant à attirer en justice l'auteur de l'accident, il existe une exception qui est une pure création du juge. On peut la formuler ainsi : toutes les fois que l'accident, source du dommage, aura occasionné la mort du chauffeur, l'action ayant pour objet la réparation des dommages causés par les véhicules administratifs visera directement la Collectivité publique responsable.

DEUXIEME PARTIE : Limites et perspectives de
développement du pouvoir normatif du juge dans
le Contentieux de pleine juridiction.

Le rôle de la jurisprudence en droit administratif Français est plus que décisif. En effet dans ce système Contrairement à ce qui a cours au Sénégal, le Contrôle de l'action administrative se fait sans la référence à un Code élaboré par le législateur à l'intention des juridictions administratives.

Mais le juge a su créer ou inventer les principes qui constituent ce qu'on peut appeler aujourd'hui une véritable théorie de la responsabilité administrative.

Même les rares textes applicables notamment la Constitution et certains textes épars ont été interprétés avec une très grande liberté témoignant d'un souci louable du juge d'assumer la responsabilité qui est la sienne c'est à dire celle de protéger les droits des plaideurs tout en sauvegardant les prérogatives indispensables au bon fonctionnement des services publics.

Aussi dans un tel système la Création jurisprudentielle a joué un rôle fondamental. En va - t - il de même au Sénégal ? La réponse est indubitablement négative car ici le juge est moins autonome pour plusieurs raisons :

- d'une part le droit administratif Sénégalais est moins prétorien, pour l'essentiel il est issu de la Codification, Ce qui limite le pouvoir d'appréciation et par voie de conséquence d'initiative créatrice du juge ;

- d'autre part en l'absence de spécialisation du fait de l'unité de juridiction, le juge chargé du plein Contentieux est moins enclin à dépasser les textes existants car Comme on a pu le soutenir il "n'a ni la liberté d'esprit ni le bagage technique suffisant pour innover surtout au stade de la formulation des règles" (Confer Alain Bockel "Sur la difficile gestation d'un droit administratif Sénégalais", Annales Africaines 1973 page 152)
- Toutefois en dépit de ces multiples obstacles il reste que le pouvoir normatif du juge Sénégalais ne semble pas inéluctablement voué à l'échec.

Dans les chapitres qui suivent il s'agira de mettre en exergue les écueils susceptibles de gêner considérablement l'initiative créatrice du juge en matière de responsabilité publique mais aussi d'indiquer les perspectives et surtout les dispositions à prendre pour assurer une harmonieuse éclosion du pouvoir normatif du juge en plein Contentieux.

CHAPITRE I. Des entraves à l'oeuvre normatrice du juge

Le pouvoir normatif du juge Sénégalais statuant au plein Contentieux se trouve souvent fort limité d'une part en raison de l'existence d'une multitude de textes écrits qui régissent l'essentiel de la matière et d'autre part il demeure entravé par des facteurs structurels c'est à dire des obstacles inhérents à la nature de l'organisation judiciaire mise en place par le Sénégal indépendant.

.../...

SECTION I . Prédominance de la Codification et
réduction du pouvoir jurisprudentiel

Comme l'a souligné avec pertinence Jacques Mariel NZOUANKEU "le droit Sénégalais a voulu Confier la protection des droits individuels et des prérogatives de l'Administration au pouvoir législatif lui même et non au pouvoir jurisprudentiel" (Confer la Revue des Institutions politiques et administratives du Sénégal N° 9 Janvier - Mars 1984 page 36).

Cette option s'est traduite concrètement par une prolifération, des règles écrites qui gênent Considérablement toute initiative créatrice du juge du Contentieux des droits et même entretiennent une certaine suspiscion vis à vis des règles jurisprudentielles, ce qui constitue un prétexte souvent invoqué pour justifier l'intervention du législateur afin de mettre un terme à toute solution jurisprudentielle controversée ou simplement gênante pour l'Administration.

PARAGRAPHE I. De l'influence de la diversité des sources
écrites sur le pouvoir normatif du juge

Dès lors qu'il existe un texte fixant les droits, les obligations et les prérogatives de l'Administration et des particuliers le juge ne peut en écarter l'application. Aussi se trouvera-t-il de ce fait pratiquement sevré de tout pouvoir d'appréciation et partant il ne dispose plus d'aucune marge de manoeuvre - sauf dans des cas rarissimes - pour créer

.../...

des règles qui se superposeraient ou mieux qui se substitueraient à celles existantes. Or "l'impérialisme" du législateur Sénégalais est une réalité manifeste en matière de plein contentieux.

En effet le Code des obligations de l'Administration couvre la majorité des cas d'engagement de la responsabilité de la puissance publique en matière Contractuelle et extracontractuelle. Par ailleurs il faut souligner qu'exceptionnellement les dispositions du Code des obligations Civiles et Commerciales peuvent trouver lieu à s'appliquer ainsi qu'en dispose l'article 4 de la loi 65 - 51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration.

Pour Compléter cette revue des textes applicables au contentieux de pleine juridiction il y a lieu de noter que les dispositions du Code précité relatives à la responsabilité extracontractuelle de l'Administration constituent un complément des textes Spéciaux "au sujet de la responsabilité de l'Administration et de ses Agents" (Article 48).

Il s'agit là d'une pluralité de textes législatifs dont l'application s'impose au juge car le Sénégal est un Pays traditionnellement "rebelle à tout ce qui va contre le primat de la loi" et cette réalité est proclamée par le chef de l'Etat en ces termes : "(le juge) doit donc appliquer la loi Sénégalaise, toute la loi mais rien que la loi à ses Concitoyens... Les Citoyens Comme l'Administration doivent être sûrs que c'est

.../...

la loi votée par leurs représentants qui leur sera appliquée. L'autorité du juge et la Confiance qui lui est accordée sont à ce prix. Nul même le Magistrat le plus chevronné ne peut se permettre de se substituer au législateur; encore moins d'aller contre sa volonté". (Confer Abdou DIOUF Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux de l'année 82-83 reproduit dans la Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal N° 9 janvier - Mars 1984 page 75).

A côté des dispositions législatives qui limitent naturellement l'oeuvre créatrice du juge il convient de signaler l'existence d'un important texte réglementaire qui organise la procédure en matière de plein contentieux et qui a les mêmes effets. Il s'agit du décret n° 64.572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile qui édicte dans ses articles 729 à 733 quelques règles particulières de procédure.

Aussi le juge ne peut dans ce cas faire recours à son pouvoir normatif pour déroger à ce formalisme procédural qui revêt un caractère impératif. C'est donc en méconnaissant cette réalité que certains intervenants lors d'un séminaire de l'Association Sénégalaise d'Etudes et de Recherches juridiques (A.S.E.R.J) organisé à Dakar les 9 et 10 Décembre 1983 ont suggéré au juge, dans le souci de servir les justiciables non avertis des questions de procédure de "rechercher l'équité au-delà des Contingences procédurales.... de simplifier et même quelquefois supprimer mais en tous les cas contourner certaines formalités procédurales". (Confer la Communication faite par Mountaga TALL, Avocat, sur "le pouvoir d'appréciation du juge en matière Administrative").
...../.....

Mais le juge a semble - t - il compris très tôt et autrement sa mission, en témoigne le jugement rendu par le tribunal de 1ère instance de Dakar le 23 mai 1970 dans l'affaire Abdourahmane NDOYE. De quoi s'est-il agi en l'espèce ? Une fillette avait été blessée par le bris d'un Carreau de la porte d'une salle de classe. Son père initia contre l'Etat du Sénégal une action en réparation du préjudice subi par la jeune NDOYE.

Il fonde ses prétentions sur deux (2) moyens = d'une part la responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés par les membres de l'Enseignement public (Article 146 du Code des obligations de l'Administration), d'autre part la responsabilité du fait d'un mauvais entretien d'un ouvrage public ou d'un fonctionnement défectueux du service.

Le juge après avoir examiné au fond le premier moyen va le rejeter mais il s'abstiendra de se prononcer sur le second en motivant ainsi qu'il suit sa position = "Mais attendu que, tant en ce qui concerne le mauvais entretien des bâtiments que l'organisation défectueuse du service, la responsabilité de l'Etat ne peut être recherchée qu'au titre du Contentieux Administratif ; que dès lors les dispositions de l'article 729 du Code de Procédure Civile sont applicables à une telle action".

Or comme le requérant avait introduit son recours plus de deux (2) mois après le refus implicite opposé par l'Administration à sa requête gracieuse, il était forclos. Ainsi l'espèce rapportée illustre parfaitement l'attitude du juge qui n'entend point s'affranchir des règles écrites, émaneraient-elles de l'Exécutif c'est à dire donc règlementaires

.../...

- "a fortiori" en ira - t - il de même lorsqu'il s'agit de textes législatifs - pour imposer l'application de règles Conçues et élaborées par lui même. Loin s'en-faut.

Mais au delà de cet arsenal de textes législatifs et règlementaires "sorte de Carcan rebelle à toute évolution" en principe, le pouvoir normatif du juge est menacé par la subordination de la norme jurisprudentielle qui découle de la hiérarchie des sources formelles du droit.

PARAGRAPHE II. De la vulnérabilité des principes
élaborés par le juge.

Le principe de la séparation des pouvoirs so-
lennellement affirmée par la Constitution du Sénégal interdit
aux trois (3) pouvoirs que sont l'Exécutif, le législatif et
le Judiciaire chacun d'empiéter sur le domaine de l'autre.

Or dans les développements consacrés à la
première partie de cette étude nous avons mis en exergue des
situations dans lesquelles pour trancher le différend qui lui
était soumis le juge Créait par sa propre sentence la solution
du droit qu'il n'a pu trouver dans les textes.

Cela "dissimule - t - il un empiètement des
juges sur les attributions du législateur" ? Assurément la
réponse est négative et certains auteurs n'ont pas manqué en
étudiant le phénomène de parler de "la jurisprudence, source

.../...

abusive de droit" (C'est l'intitulé même de l'article de Olivier Dupeyroux que l'on trouve dans l'étude faite en l'honneur de Jacques Maury Tome II page 349) Aussi en raison même de ses origines la norme jurisprudentielle porte congénitalement deux caractères qui affaiblissent et "minent" dangereusement le pouvoir normatif du juge.

D'une part elle est de ce fait une norme frappée d'incapacité relative pour deux (2) raisons =

Elle l'est dans la mesure où le juge ne peut se "porter fort" de son acceptation en tant que source de droit contre la volonté du législateur.

Elle l'est aussi car à tort ou à raison on souligne fréquemment son inaptitude à assurer le besoin de sécurité indispensable au commerce juridique. (Cette Critique n'est pas sans relation avec l'autre caractéristique de la norme jurisprudentielle qu'il s'agit à présent de relever..)

D'autre part le droit jurisprudentiel est marqué par l'instabilité. En effet comme on a pu l'écrire, non seulement le juge lui même "n'est jamais lié, par les espèces nouvelles qui lui sont soumises, aux règles qu'il a reconnues applicables dans des espèces antérieures" (Confer Georges Vedel "Droit Administratif" Presses Universitaires de France P.U.F page 289) mais aussi le législateur peut à tout moment intervenir pour mettre un terme à toute innovation jurisprudentielle soit parcequ'elle est gênante soit parcequ'elle lui apparaît intervenir dans un domaine si sensible que sa prise

.../...

en charge, ne serait-ce que par une codification dont les éléments fondamentaux sont fournis par la jurisprudence elle-même, soit nécessaire. A ce stade il convient de souligner les réticences de l'Administration à accepter les décisions rendues en plein contentieux Condamnant l'Etat en l'absence de tout texte, dont dans des Cas où le juge a manifestement fait usage de son pouvoir normatif.

En effet contre toutes ces décisions recensées à ce jour, l'Agent Judiciaire de l'Etat a fait preuve d'une diligence remarquable; pour user dans les délais, des voies de recours que lui offre la loi ~~XXXXXXXXXXXX~~ c'est à dire l'appel et la Cassation essentiellement.

C'est dire que ces décisions ne sont même pas acceptées "sous bénéfice d'inventaire" et il est quasi - certain que si ces procès encore pendants devant les juridictions compétentes se révèlent infructueux il y a lieu de craindre l'intervention du législateur que l'Administration ne manquera pas de provoquer.

Cela est d'autant plus à redouter quand on sait qu'actuellement le terrain de prédilection du pouvoir normatif du juge comme on a pu s'en apercevoir tout au long de nos précédents développements se trouve être celui de la détention provisoire abusive ou de celle résultant d'une procédure irrégulière.

.../...

Or au cours de l'audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux pour l'année judiciaire 1981/1982 dans son allocution, l'actuel Président de la République envisageait l'éventualité ou tout au moins il en avait émis le vœu tout en demandant au Ministre de la Justice de réfléchir sur le projet d'introduire dans le droit positif Sénégalais dans les hypothèses "où une personne aurait été victime d'une détention préventive abusive, la possibilité d'obtenir, sous Conditions strictement définies; la réparation du préjudice matériel et moral ainsi subi" (Abdou DIOUF dixit Confer "LE SOLEIL" Samedi 7 et Dimanche 8 Novembre 1981 page 6)

Au total après cette analyse on se rend compte que l'éventualité d'une intervention du législateur, contre laquelle il n'existe point de garde - fou, constitue un ferment de décadence du pouvoir normatif du juge en ce qu'elle inhibe toute initiative créatrice de ce dernier et entretient une certaine incertitude autour de ses décisions.

Outre ces limites tenant à la Codification de l'essentiel des règles applicables au plein contentieux il existe d'autres facteurs de blocage du pouvoir normatif secrétés ou plus exactement accentués par la nature du système judiciaire Sénégalais.

SECTION II. Incohérence de la Création jurisprudentielle =
Un ferment de décadence du pouvoir normatif du
juge.

.../...

L'absence de dualité de juridiction avec son corollaire la non - spécialisation du juge du plein Contentieux permet-il l'éclosion de normes jurisprudentielles satisfaisantes dans un système où le Contrôle juridictionnel de l'Administration est gouverné essentiellement par des règles écrites ?

S'il est incontestable que le juge Sénégalais Contribue positivement à l'évolution du droit Sénégalais il reste que cet apport ne sera décisif que s'il affine davantage la méthode par laquelle il fait oeuvre créatrice.

En effet l'examen de quelques décisions met en évidence certaines insuffisances découlant de la transposition au Contentieux Administratif de principes du droit privé, ce qui a pour effet d'entamer dans une large mesure la portée du pouvoir normatif du juge.

Par ailleurs bien qu'il soit encore prématuré de dresser un bilan - l'échantillon des décisions juridictionnelles qui ont servi de base à l'étude du thème choisi n'étant pas encore suffisamment étoffé - il est permis cependant de constater qu'une directive jurisprudentielle ferme fait défaut et cela constitue indubitablement un frein au développement du pouvoir normatif.

Il s'agit a présent de consacrer nos réflexions autour de ces phénomènes qui bloquent l'oeuvre créatrice du juge et qu'on peut élucider en les envisageant sous deux (2) aspects fondamentaux.

.../...

PARAGRAPHE I. La "difficile gestation" de principes
jurisprudentiels certains

Pour l'essentiel lorsqu'il crée par sa propre **Sentence** la solution du différend qui lui est soumis en dehors de tout texte écrit, le juge s'appuie sur les principes généraux du droit.

Au plein contentieux il demeure préoccupé par le souci louable de rétablir un équilibre qu'il estime rompu au détriment d'un plaideur.

Mais il y parvient fréqu^mement au mépris de la sauvegarde de l'autre face de sa mission qui est d'assurer la primauté voire la pureté du droit de la responsabilité publique lorsqu'il intervient dans cette matière.

Dès lors la décision qu'il rend pêche par manque de rigueur scientifique par voie de conséquence sa portée s'en trouve amoindrie et la règle formulée dans pareil cas devient vulnérable ou fragile.

Aussi on peut se demander si elle fera jurisprudence car véhiculant depuis sa base même les germes de sa propre disparition. Comment expliquer de telles décisions ?

On peut invoquer deux (2) arguments = D'une part le juge n'est pas spécialisé en matière administrative et les spécificités du droit administratif en général et du droit de la responsabilité publique en particulier lui échappent
.../...

parfois d'autant plus qu'il est rarement appelé à connaître des litiges relevant du contentieux administratif. D'autre part le juge statuant au plein contentieux dans une hypothèse de véritable "no man's land" juridique est tenté par "le désir de rechercher des solutions en équité" même s'il doit y aboutir par le recours à des Concepts ou à des procédés de droit privé.

A cet égard l'affaire Abibou SALL contre Etat du Sénégal (déjà évoquée dans notre première partie, ce qui d'ailleurs nous dispense de revenir sur les faits) jugée le 28 mars 1984 par le tribunal Régional de Dakar illustre parfaitement cette démarche du juge.

En effet ce dernier désireux de trouver une justification et un fondement à sa décision de condamnation de l'Etat se réfère à un prétendu " principe général du droit à réparation" qu'il applique au litige dont il est saisi. Evidemment les concepts de droit privé qui l'ont guidé sont mal venus en cette matière.

Ce qui est indiscutable car l'autonomie du droit de la responsabilité publique par rapport au droit privé a été solennellement affirmé depuis le célèbre arrêt "BLANCO" du tribunal des Conflits en date du 8 Février 1873 (Confer Long, Weil et Braibant : "Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative" page 5);

Aussi dans ce système de responsabilité tout dommage n'est pas réparé, seul celui qui est "immérité" c'est à dire qui dépasse un certain seuil de gravité ou bien encore

.../...

qui dépasse la charge que chacun doit supporter en raison de la vie en Société est réparé. Du fait de cette particularité on ne peut utilement s'affranchir de ces principes pour ériger en règle absolue le principe du droit à réparation de tout dommage de quelque importance soit-il et ce en l'absence d'un texte donc par la seule volonté du juge usant de son pouvoir normatif.

D'ailleurs l'arrêt précité après avoir admis le principe de la responsabilité de l'Etat s'empresse d'en poser les limites en ces termes : "Que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de Concilier les droits de l'Etat avec les droits privés".

En définitive on peut affirmer que la mise en oeuvre par le juge de son pouvoir normatif ne peut générer des règles viables que dans la mesure où celles-ci se démarquent nettement des principes qui gouvernent la responsabilité Civile.

L'attitude contraire - qui malheureusement Caractérise la jurisprudence analysée antérieurement - handicape l'oeuvre créatrice du juge mais surtout elle risque de Constituer un alibi de poids pour combattre, dans le domaine sensible du plein contentieux, le pouvoir normatif du juge déjà trop fragile en raison du "statut de la fonction juridictionnelle" en régime de séparation des pouvoirs.

.../...

Par ailleurs il faut signaler que les fluctuations de la jurisprudence conduisent au même constat. C'est l'étude de ce phénomène que nous envisageons dans les lignes qui suivent.

PARAGRAPHE II. Les Contrariétés de la jurisprudence = un élément de blocage du pouvoir normatif du juge.

Dans l'affaire Seybatou NDOUR (déjà évoquée dans la première partie de cette étude) jugée le 27 juillet 1979 par la Cour d'Appel de Dakar, les juges d'appel, sans tergiversation aucune, analysant la "fonction naturelle de la justice" relevaient qu'il était "surtout en matière administrative, de sa fonction de créer du droit par sa jurisprudence et par référence à des principes généraux du droit, MEME EN L'ABSENCE DE TOUTE LOI" (c'est nous qui soulignons).

Appliquant concrètement cette affirmation de principe, en s'alignant sur la jurisprudence précitée, le juge du Tribunal Régional, dans l'espèce Abibou SALL Contre Etat du Sénégal jugée le 28 mars 1984 et ayant trait à la réparation d'un dommage résultant d'une détention irrégulière (domaine non encore légiféré) a retenu la responsabilité de l'Etat en s'appuyant sur le "principe général du droit à réparation" et ce en vertu de son pouvoir normatif.

.../...

Aussi était - on légitimement fondé à croire qu'une directive jurisprudentielle ferme s'était dégagée en la matière. Mais hélas il n'en était rien.

En effet le même juge dans une espèce semblable refusait d'engager la responsabilité de l'Etat en motivant sa position comme suit : "qué s'il est envisageable d'engager la responsabilité de l'Administration en cas de relaxe pure et simple, il ne saurait en aller de même en cas de décision de relaxe au bénéfice du doute, les deux (2) décisions ne reposant pas sur les mêmes motivations ; que de plus EN L'ABSENCE DE TEXTE ET DE JURISPRUDENCE DEJA ETABLIE, il ne saurait être rigoureusement soutenu que la responsabilité de l'Administration pouvait être engagée dans tous les cas de détention préventive suivie d'une décision de relaxe de la juridiction de jugement" (Tribunal Régional de Dakar 16 janvier 1985 Babacar SARR et Consorts contre Etat du Sénégal).

De quoi s'agit-il ? Cette affaire est née d'une action en réparation intentée contre l'Etat du fait du préjudice subi par les requérants à la suite d'une période de détention préventive d'environ Dix-huit (18) mois, suivie d'une décision de relaxe au bénéfice du doute.

En effet les sieurs Babacar SARR et Consorts poursuivis du chef de détournement de deniers publics au préjudice de la Direction du Service de l'Océanographie et des Pêches Maritimes furent arrêtés puis inculpés de ce chef et mis en détention préventive de Mars 1979 au 16 Octobre 1980 ; date à laquelle le tribunal Correctionnel de Dakar ayant estimé

.../...

qu'il existait un doute en la cause renvoya les prévenus des fins de la poursuite sans peine in dépens.

C'est alors que les Sieurs Babacar SAMM et Consorts ont initié la procédure qui a donné naissance à l'espèce rapportée ici. Le tribunal Civil de Dakar les déclarant mal fondés dans leurs prétentions devait naturellement les en débouter pour les motifs évoqués ci-haut. Son raisonnement est Critiquable pour plusieurs raisons.

D'une part la distinction faite entre la relaxe pure et simple et la relaxe au bénéfice du doute n'est pas heureuse car elle conduit à "refaire le procès du procès pénal" ce qui est inadmissible dans le souci d'une bonne administration de la justice car ainsi comme on l'a soutenu, à juste titre, le contentieux de l'indemnisation deviendrait celui de l'innocence.

Or c'est exiger l'impossible à un justiciable relaxé au bénéfice du doute que de lui demander de rapporter la preuve de son innocence éclatante et surtout de subordonner la réparation de son préjudice à l'administration de cette "diabolica probatio".

D'autre part en invoquant "l'absence de texte et de jurisprudence déjà établie" pour refuser de Condamner l'Etat, le juge a transposé au Civil des considérations qui ne se justifient pleinement qu'en matière pénale.

.../...

Au total le revirement jurisprudentiel auquel il a procédé dans l'espèce "Babacar SAMM et Consorts" réintroduit une incertitude quant à la portée du pouvoir normatif du juge Sénégalais statuant au plein Contentieux. Ceci illustre une fois de plus l'attitude de ce juge, rarement spécialiste des questions de responsabilité publique, partant peu enclin à innover dans un domaine insuffisamment connu.

Dans ces conditions le pouvoir normatif du juge s'érigera difficilement en source autonome du droit à côté de la loi en raison de l'indécision et de la précarité qui caractérisent ainsi la norme jurisprudentielle.

CHAPITRE II. Perspectives de développement du pouvoir
normatif du juge Sénégalais

En dépit des écueils signalés dans les précédentes pages, l'oeuvre créatrice du juge ne s'en trouve pas pour autant condamnée à s'effriter d'abord pour disparaître ensuite. Loin s'en faut.

En effet outre qu'il demeure acquis aujourd'hui qu'on ne doit pas tout attendre du législateur mais aussi il s'est avéré l'existence d'éléments objectifs et subjectifs qui permettent de nourrir, grâce à certains aménagements, l'espoir d'un progrès futur d'une telle entreprise.

SECTION I . Des tendances actuelles de développement de
l'oeuvre créatrice du juge dans le Contexte
Sénégalais.

Présentement on peut étudier ce phénomène par le truchement duquel s'opère la revitalisation du pouvoir normatif du juge sous deux aspects fondamentaux.

.../...

PARAGRAPHE I. Caractère évolutif du Contentieux de la
responsabilité extracontractuelle de
l'Administration et pouvoir normatif du
juge

La responsabilité de l'Administration en dehors des Contrats est une matière évolutive, particulièrement mouvante. Or le Code des Obligations de l'Administration se caractérise par sa relative stabilité car depuis 1965 aucune modification directe n'a été apportée à cet texte dont l'importance en la matière est Capitale.

Aussi l'évolution de la jurisprudence Française postérieure au Code des obligations de l'Administration peut être introduite dans le droit positif Sénégalais par le juge usant de son pouvoir normatif.

Un exemple patent de cette virtualité de redéploiement des Capacités Contributives du juge à la création du droit de la responsabilité publique est fourni par l'article 142 du Code précité.

En effet ce texte afférent à la responsabilité du fait des lois internes a été étendu aux conventions internationales par l'arrêt du Conseil d'Etat Français du 30 mars 1966 Compagnie Générale d'Energie Radioélectrique (Rec.257).

.../...

Aussi avec l'essor que connaissent actuellement les Relations Internationales on assiste à un foisonnement de Conventions et traités qui de plus en plus touchent directement les droits et libertés des Citoyens des Etats Concernés.

Ce phénomène Constitue fréquemment la source de nombreux préjudices dont la réparation pourra être demandée à l'Etat du National victime, dans les Conditions de l'arrêt précité.

On peut donc présager qu'il s'agira là d'un domaine où la jurisprudence Sénégalaise, suppléant au vide juridique existant en la matière, jouera un rôle de premier plan.

Toutefois le juge ne pouvant pas se saisir lui même - Ce n'est pas là une raison pour "inciter au terrorisme judiciaire" contre l'Administration pour rechercher partout sa responsabilité - ~~mais~~ il est indispensable que les Citoyens participent au développement de cette jurisprudence notamment en donnant au juge l'occasion d'intervenir.

Mais c'est poser là un autre problème celui d'information et de sensibilisation qui semble - t - il fait progressivement chemin lentement mais sûrement comme nous allons d'ailleurs nous en rendre Compte dans les lignes qui suivent.

.../...

PARAGRAPHE II. De l'impact du renforcement du Contrôle
juridictionnel de l'Administration sur
l'exercice du pouvoir normatif du juge

Le phénomène de développement du contentieux de pleine juridiction auquel nous assistons actuellement a pour corollaire ou mieux s'explique par une nouvelle perception par les Citoyens des rapports entre le juge et l'Administration. En effet après une période de méfiance, ils deviennent de plus en plus procéduriers.

Ceci a eu naturellement entre autres effets pour résultat immédiat une multiplication des procès contre l'Administration à laquelle on réclame la réparation de certains préjudices et ce, pour des différends aussi variés les uns que les autres et relevant pour une part non négligeable de domaines non encore légiférés.

Ce qui postule donc la mise en oeuvre par le juge de son pouvoir normatif pour faire face à ces situations. Pour l'heure la responsabilité sans faute constitue le terrain de prédilection où l'on peut espérer une contribution décisive de la jurisprudence grâce au pouvoir normatif du juge.

On peut soutenir que dans ce domaine malgré certaines fluctuations et hésitations de la jurisprudence "toutes perspectives d'extension de la responsabilité sans faute

.../...

dans les hypothèses où une charge anormale et spéciale est imposée à un particulier soit à cause de l'usage de choses ou de méthodes dangereuses, soit par suite de décisions juridictionnelles régulières autre qu'une loi ou un règlement, hypothèses prévues dans le Code" (Confer Alain Bockel "Droit Administratif" N.E.A 1978 page 379) *ne sont pas bouahées.*

Les longues périodes de détention provisoire qui se terminent souvent par une décision de relaxe ou d'acquittement offrent aussi matière à de nombreux procès dans lesquels, du fait de l'absence de législation prévoyant ces cas, mais surtout leur mode de règlement, seule la mise en oeuvre par le juge de son pouvoir normatif, comme celà s'est d'ailleurs produit dans divers cas signalés dans la première partie de cette étude, permet de prononcer des Condamnations pécuniaires contre l'Administration en se fondant sur certains principes généraux du droit.

Mais il convient de noter qu'il ne s'agit point d'un domaine qui enchante l'Administration et pour prauve l'Agent judiciaire de l'Etat reconnaît dans cette tendance à saisir les tribunaux pour rechercher la responsabilité de l'Etat au titre de la détention préventive abusive comme un "fléau judiciaire".

Cette réaction traduit la préoccupation de l'Administration devant cette situation qui a donné naissance à des initiatives fort hardies de la part des juges pouvant déboucher dans une certaine mesure sur une directive jurisprudentielle ferme qui s'analyserait en une reconnaissance automatique de la responsabilité de l'Administration chaque fois qu'une déten-

.../...

tion provisoire se termine par une décision de relaxe au niveau de la juridiction de jugement.

Bref pour notre propos il s'agit simplement de faire remarquer ainsi l'existence de potentialités de développement du pouvoir normatif du juge. Les réticences enregistrées ça et là ne peuvent justifier le rejet de prétentions légitimes qui procèdent de certaines iniquités criardes.

Aussi dans toutes ces situations en l'absence de texte de loi, le juge peut recourir aux principes généraux du droit en vertu de son pouvoir normatif pour rendre JUSTICE Mais il doit être suffisamment vigilant pour éviter d'accréditer le célèbre adage selon lequel "juger l'Administration c'est encore administrer".

En d'autres termes paraphrasant Mahmond Oumar SY on peut dire que l'usage abusif qu'il fera de son pouvoir normatif entraînera inéluctablement l'effritement de son autorité morale qui seule permet d'espérer dans un Etat de Droit, le respect d'une décision déclarative ou Constitutive de Droit contre l'Administration.

- Mais au - delà des domaines qui objectivement peuvent potentiellement donner lieu au développement de l'oeuvre créatrice du juge, ce dernier doit lui même ménager ce pouvoir encore balbutiant, en gestation, en adoptant une certaine conduite et en respectant certaines règles.

.../...

SECTION II. Des autres facteurs de raffermissement du
pouvoir normatif du juge

Il est évident que l'éclosion d'un pouvoir normatif capable de prendre en charge ou plus exactement de forger une part importante du régime de la responsabilité publique doit s'efforcer avant tout de trouver l'équilibre difficile mais indispensable entre l'intérêt général que poursuit l'Administration et les intérêts particuliers.

De plus dans cette optique le juge doit garder la neutralité, agir avec circonspection, ne pas obéir aux sentiments car le fonctionnement de l'Administration, les moyens dont elle dispose et les exigences auxquelles elle doit faire face postule objectivement la reconnaissance de certaines prérogatives exorbitantes du droit Commun.

De telles Considérations dictées par les spécificités des problèmes administratifs doivent se traduire concrètement sous deux (2) exigences fondamentales si l'on veut assoir et étoffer davantage l'oeuvre créatrice du juge.

Quid de ces exigences ?

PARAGRAPHE I. La Nécessité d'une autolimitation du juge

Dans une matière où les Conflits d'intérêts sont

.../...

assez vivaces, le pouvoir créateur du juge doit se faire avec dextérité.

En faisant la politique de ses moyens pour instituer un ordre de juridiction unique le législateur Sénégalais n'entendait point voir ce juge de droit Commun qui tire sa puissance abyssale de l'étendue de la matière qui lui est dévolue, "troubler les opérations des Corps administratifs" pour reprendre l'expression Craintive des Révolutionnaires de ... 1789.

Si utile soit elle, son oeuvre créatrice sera vaine s'il en résulte pour l'Administration une hémorragie financière difficilement admissible dans le contexte d'un Pays en voie de développement confronté aux rudes effets de la Crise Internationale.

Car en ce moment sa réaction débouchera certainement sur une loi qui interdirait toute condamnation pécuniaire de l'Administration en l'absence d'un texte de la loi ou d'un règlement légalement fait.

Aussi même si le souci d'une bonne administration de la justice commande la réparation de certaines iniquités manifestes et ce sur la base des principes généraux du droit en vertu du pouvoir normatif du juge, les condamnations doivent être aussi modérées que possible.

.../...

En définitive tenant compte de la particularité du Contentieux administratif, ladite condamnation ne doit couvrir que le dommage qui serait à la fois anormal et spécial.

Car en tout état de Cause comme on a pu l'écrire l'Administration ne peut jouer le rôle d'assureur universel. Par ailleurs toute décision de condamnation même si elle véhicule une norme digne d'intérêt en ce qu'elle permet de donner une juste solution, acceptable pour les parties au procès, aux différends relevant de matières où il existait un vide juridique, risque de n'avoir qu'une portée platonique si l'Administration refuse de s'exécuter c'est à dire de tirer les Conséquences financières de cette décision en désintéressant le plaideur victorieux.

Une telle situation est d'autant plus à redouter quand on sait qu'il n'y a pas de voies d'exécution forcée contre les Collectivités publiques et qu'il est interdit au juge d'adresser des injonctions à l'Administration. Qu'on nous comprenne bien :

Il ne s'agit point pour nous d'être plus "Roya- liste que le Roi" en invitant à plus de vigilance en matière de plein contentieux et à ce sujet certains propos de l'actuel Président de la République, qui se passent de commentaires sont assez évocateurs pour ne pas être rapportés ici = "Ses moyens (l'Administration) économiques et financiers sont donc limités et, par voie de Conséquence ceux de l'Etat aussi.

.../...

Quand le juge condamne l'Etat ou une Collectivité publique à payer une indemnité, il doit se rappeler, en fixant le montant de cette indemnité, que c'est le contribuable Sénégalais qui doit la verser.

Le juge ne doit pas hésiter à condamner la puissance publique à réparer les préjudices anormaux qu'elle peut causer mais il doit le faire avec modération, sachant que ce sont lui même, son père et ses frères qui finalement paieront" (Confer Abdou DICUF Allocution rentrée judiciaire 82-83 sur le thème "Le juge et l'Administration", Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal N° 9 janvier - mars 1984 page 77)

Si cela est valable alors que le juge s'appuie sur un texte régissant le différend qui lui est soumis "à fortiori" en ira - t - il de même lorsque seul le recours aux principes généraux du droit constitue l'unique fondement de la décision de Condamnation et ce en vertu du pouvoir normatif du juge. "Tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser" enseignait Montesquieu.

Aussi en raison de l'importance dans le plein contentieux du juge du tribunal Régional on aurait pu croire qu'il ne résisterait pas à la tentation dont l'issue aurait des conséquences imprévisibles dans la fonction juridictionnelle.

.../...

Mais fort heureusement il n'en est rien semble - t - il du moins à en croire ce praticien qui déclarait : "Cependant malgré l'institution d'un corps de justice unique, le Corps judiciaire ne semble pas avoir manifesté par ses décisions, l'envie d'une volonté de puissance excessive, voire simplement hardie" (Confer Mahmoud Oumar SY Revue précitée page 49).

En définitive on peut dire que le développement du droit du Contentieux de la responsabilité peut se faire par la jurisprudence sans que cela ne puisse heurter outre mesure et susciter un sentiment de rejet et cela en dépit de l'option apparemment irréversible en faveur du droit Codifié. Il dépend simplement de la manière dont le juge s'y emploiera.

PARAGRAPHE II. L'impérieuse nécessité de sauvegarder
l'autonomie du droit de la responsabilité
publique

Le Caractère exorbitant du droit public constitue la "pierre angulaire" de toute la théorie de la responsabilité publique. Aussi la norme jurisprudentielle pour être fiable et acceptable dans l'ambiance de ce droit doit porter cette marque c'est à dire répondre aux besoins évolutifs qu'impose la bonne marche des services publics.

.../...

Par l'usage de son pouvoir normatif le juge statuant au plein contentieux ne peut s'arroger la possibilité d'engager la responsabilité de la Puissance Publique sans fixer un certain seuil qui permettrait de filtrer les demandes afin d'éviter la paralysie de l'action administrative.

Par cette exigence d'un seuil d'engagement de la responsabilité publique le juge fixe des limites qui sont essentiellement Contingentes. C'est ainsi par exemple que ce seuil sera variable d'un Etat à l'autre en fonction de leur degré de développement.

Plus concrètement la responsabilité publique, eu égard au seuil retenu, doit normalement être plus facile à engager par exemple en France qu'au Sénégal C'est cette idée que traduit cet auteur en ces termes : "Elles (ces limites) dépendent du contexte général = des exigences admises de la Solidarité Collective, des moyens dont dispose l'Etat ; etc.

Aussi vont elles varier dans le temps et seront elles différentes selon les Sociétés" (Confer Alain Bockel "Droit Administratif" N.E.A 1978 page 358).

Cette prise de Conscience une fois vécue par le juge au moment où il s'engage dans la Création d'une norme devant régir un différend relevant du plein contentieux doit se Combiner par ailleurs d'un sens aigu de la spécificité des problèmes administratifs.

.../...

En somme ceci l'amènera à choisir des fondements autonomes, par rapport à ceux ayant droit de cité en matière de responsabilité civile, pour l'engagement de la responsabilité publique c'est à dire des fondements étayés par les seuls principes généraux du droit public./.-

(CONCLUSION)

Il s'agit ici de mettre en exergue les Considérations générales qu'inspirent les réflexions certes non exhaustives consacrées aux développements du thème traité.

Ainsi il y a lieu d'indiquer que l'option claire des pouvoirs publics Sénégalais en faveur de la législation en matière de droit de la responsabilité publique n'en est pas pour autant exclusive de toute participation du juge à l'œuvre normative.

Aussi ce dernier faisant usage dans certains cas, comme nous l'avons vu, de son pouvoir normatif a contribué dans une large mesure à l'amélioration des textes applicables en matière de responsabilité publique.

Mieux il a su créer des normes grâce auxquelles, certains différends générés par l'activité administrative dans des domaines que le législateur n'avait pas organisés, ont pu trouver des solutions équitables et adéquates.

Cette attitude s'explique aisément car même la Codification n'a pas eu et ne peut avoir pour ambition d'être complète et suffisante. Bien qu'encore très timide en l'état actuel de la législation il y a là l'amorce d'une sage politique jurisprudentielle pouvant permettre certainement la cohabitation de ces deux (2) sources du droit de la responsabilité publique que sont la loi et la jurisprudence.

.../...

Toutefois cette oeuvre de création de normes jurisprudentielles reconnue à la fois utile et nécessaire n'en rencontre pas moins des facteurs de blocage. Ils sont parfois endogènes c'est à dire découlant de la méthode et des moyens employés par le juge pour ce faire. Ils sont aussi et surtout exogènes c'est à dire procédant du choix de politique juridique évoquée ci-dessus.

Mais alors peut-on parler dans un tel système d'un rôle déterminant de la norme jurisprudentielle dans le contentieux de pleine juridiction ?

Existe-t-il des possibilités d'affiner et d'étoffer ce travail ébauché par le juge Sénégalais ? Il est difficile de répondre à la première interrogation pour la simple raison qu'il est encore prématuré du fait de la rareté des décisions jurisprudentielles normatrices, de dresser un bilan afin d'en tirer un enseignement pouvant faire autorité.

Néanmoins on peut noter d'ores et déjà que la norme jurisprudentielle peut jouer un rôle déterminant surtout en matière de responsabilité sans faute des personnes publiques.

En revanche même si la réforme peut parfois ne pas être la solution idéale des problèmes qui se posent, nous sommes d'avis que la création auprès de chaque Tribunal Régional d'une chambre administrative semble constituer la "voie Royale" pour l'affirmation d'un pouvoir normatif moins vulnérable - sans conduire inéluctablement à l'instauration d'une sorte de "gouvernement des juges".-

///D)
L A N

///-)VERTISSEMENT

///NTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : Codification des obligations de l'Adminis-
tration et existence d'un pouvoir normatif
du juge

Ch 1 : Les bases théoriques et pratiques de l'admission d'un
pouvoir créateur du juge

S 1 : La Carence du législateur : Un fondement du pouvoir
normatif

P 1 : Le pouvoir normatif : Un élément indispensa-
ble à l'accomplissement de la mission du juge

P 2 : La reconnaissance jurisprudentielle de
l'existence d'un pouvoir normatif au profit
du juge

.../...

- S_2 : L'interprétation des principes posés par le Code des obligations de l'Administration = facteur d'élaboration de nouvelles règles
- P_1 : L'origine prétorienne du droit Codifié comme facteur favorisant l'interprétation créatrice du juge
- P_2 : Un exemple jurisprudentiel d'interprétation constructive à propos de l'application de l'article 142 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration
C.S 22 mai 1985 Babacar SECK et Consorts
- A. - Les principes posés par l'article 142 alinéa 2 du C.O.A.
- B. - La position de la Cour Suprême.
- Ch_2 : De l'effectivité du pouvoir normatif du juge
- S_1 : Contribution à l'extension des cas d'engagement de la responsabilité de la puissance publique par le recours aux principes généraux du droit

.../...

P 1 : Le principe de la responsabilité pour risque
anormal C.A 27 juillet 1979 Seybatou NDOUR
c/Etat

A. - Exposé des faits et de la procédure

B. - Analyse de la Solution

P 2 : L'engagement de la responsabilité publique
sur le fondement du principe d'égalité des
Citoyens devant les charges publiques C.A
15 janvier 1971 Dame NDOYE Nekh DIOP

A. - Exposé des faits et de la procédure

B. - Analyse de la décision de la Cour
d'Appel

S 2 : Participation à l'amélioration des règles écrites

P 1 : Par la réception de certaines théories juris-
prudentielles Françaises

.../...

- A. - Rappel des principes édictés par le Code
- B. - La Substitution de la théorie du "défaut d'entretien normal" au régime de responsabilité pour faute

P 2 : En Complétant le droit Codifié.

II) DEUXIEME PARTIE : Limites et perspectives de développement
du pouvoir normatif du juge dans le Con-
tentieux de pleine juridiction

Ch 1 : Des entraves à l'oeuvre normatrice du Juge

S 1 : Prédominance de la Codification et réduction du pouvoir
jurisprudentiel

P 1 : De l'influence de la diversité des sources
écrites sur le pouvoir normatif du juge

P 2 : De la Vulnérabilité des principes élaborés
par le juge

S 2 : Incohérence de la création jurisprudentielle : Un fer-
ment de décadence du pouvoir normatif du juge

P 1 : La "difficile gestation" de principes
jurisprudentiels certains.

P 2 : Les Contrariétés de la jurisprudence :
Un élément de blocage du pouvoir normatif
du juge

.../...

- Ch 2 : Perspectives de développement du pouvoir normatif du juge Sénégalais
- S 1 : Des tendances actuelles de développement de l'oeuvre créatrice du juge dans le Contexte Sénégalais
- P 1 : Caractère évolutif du Contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration et pouvoir normatif du juge
- P 2 : De l'impact du renforcement du Contrôle juridictionnel de l'Administration sur l'exercice du pouvoir normatif du juge
- S 2 : Des autres facteurs de raffermissement du pouvoir normatif du juge
- P 1 : La Nécessité d'une autolimitation du juge
- P 2 : L'impérieuse nécessité de sauvegarder l'autonomie du droit de la responsabilité publique

(C O N C L U S I O N

BIBLIOGRAPHIE

I. ()ouvrages

1. Alain Bockel : "Droit Administratif" N.E.A 1978
2. Jean Claude Gautron et Michel Rougevin Baville : "Droit Public du Sénégal" Editions A. Pédow Paris 1977
3. Jacques Mariel NZouankeu : "Les Grandes Décisions de la jurisprudence Administrative Sénégalaise . Volume I Contentieux Général de la légalité" notamment la Préface de Marc Débène
4. René Chapus : "Droit du Contentieux Administratif"
Edition Montchrestien - 1982
5. Georges Vedel : "Droit Administratif" P.U.F
6ème Edition 1976
6. Raymond Odent : "Contentieux Administratif"
6ème Edition 1977 - 1981

II. Articles de Doctrine

1. Alain Bockel : "Le Contrôle juridictionnel de l'Administration"
in "Les Institutions Administratives des Etats d'Afrique Noire francophone" page 197 et suivantes
2. Didier Linotte : "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et Ascension du pouvoir juridictionnel en droit Administratif" Actualité juridique de Droit Administratif Décembre 1980 page 632 et suivantes

.../...

3. Alain Bockel : "Sur la fiddicile gestation d'un droit Administratif Sénégalais" Annales Africaines 1973 page 137 et suivantes
4. D.G.Lavroff : "Le Code Sénégalais des obligations de l'Administration" Penant 1966 page 1 et suivantes
5. Marcel Waline : "Le pouvoir normatif de la jurisprudence" Mélanges Georges Scelles Tome II page 613 et suivantes
6. Alain Bockel : "Sur le rôle de la distrinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique" Actualité juridique de Droit Administratif 1968 page 437 et suivantes
7. Charles Lapeyre : "Jurisprudence Administrative au Sénégal - Contentieux des Droits" Annales Africaines 1977 page 27 et suivantes
8. Alain Bockel : "Le juge et l'Administration en Afrique Noire francophone. Introduction à l'étude du problème" Annales Africaines 1971/72 page 9 et suivantes

.../...

9. Jaques Mariel NZouankeu "La responsabilité de l'Etat du fait de la détention préventive Observations sous Cours d'Appel 27 juillet 1979 Seybatou NDOUR c/Etat du Sénégal" Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal n° 2 Octobre Décembre 1981 page 399 et suivantes

10. Alain Bockel : "Les Contrats des Personnes Publiques et les règles de la Comptabilité publique". Annales Africaines 1974 page 43 et suivantes.

11. Jaques Mariel NZouankeu : "Remarques sur quelques particularités du droit Administratif Sénégalais" Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal n°9 Janvier - Mars 1984 page 1 et suivantes

12. Laïty Kama : "Conclusions sous Cour d'Appel de Dakar. Chambre Civile et Commerciale 27 juillet 1979" Revue Sénégalaise de Droit 1978 page 65 - 71

.../...

13. Mahmond Mansour SY "Le juge et l'Administration" thème du Discours d'usage prononcé lors de la rentrée solennelle des Cours et Tribunaux 1982/1983 Revue des Institutions Politiques et Administratives du Sénégal n° 9 page 46-58
14. Olivier Dupeyroux : "La Jurisprudence, source abusive de droit" Mélanges Jacques Maury Tome II page 349 et suivantes
15. Jean Roche : "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence" Actualité Juridique de Droit Administratif 1962 page 532 et suivantes
16. Jacques Maury : "Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit" Mélanges Georges Ripert Tome I. page 28 et suivantes
17. Jean Rivéro : "Le juge Administratif Français = Un juge qui gouverne ? Dalloz 1951 chronique page 21 et suivantes

III. Textes législatifs et Règlementaires

1. Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration, J.O.R.S du 23 Août 1965

.../...

2. Loi n° 84-19 du 2 Février 1984 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal J O R S du 3 mars 1984 page 125
3. Ordonnance n°60-17 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur la Cour Suprême, modifiée
4. Decret n° 64-592 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile J.O.R.S n° 3705 du 28 Septembre 1964 page 1289 et suivantes.
5. Decret n° 84-1194 du 22 Octobre 1984 fixant la Composition et la Compétence des Tribunaux Régionaux et des Tribunaux Départementaux. N° Spécial du J.O.R.S du 23 Octobre 1984 page 687 et suivantes

IV. Jurisprudence

A) De la Cour Suprême

a) Décisions publiées

1. Cour Suprême 23 juillet 1975 Héritiers d'Amadou DIOP NGOM "Grandes Décisions de la jurisprudence Administrative Sénégalaise Volume I. Contentieux Général de la Légalité" page 422-424

.../...

2. Cour Suprême 1ère Section 28 mai 1980 Demba Baïdy
Gaye R.I.P.A.S N° 9 Janvier-Mars 1984 page
37-38

b) Décisions Inédites

1. Cour Suprême 22 mai 1985 Bâbacar Seck et Consorts c/Etat
du Sénégal

B) De la Cour d'Appel de DAKAR

a) Décisions publiées

1. Cour d'Appel 9 Janvier 1970 Mor Diaw c/Commune de Dakar
Annales Africaines 1973 page 235-240 avec les observations
de Alain Bockel
2. Cour d'Appel 9 Avril 1971 Société Bernabé Sénégal c/Etat
du Sénégal Annales Africaines 1973 page
221-225 avec les observations de Alain
Bockel
3. Cour d'Appel 20 mai 1977 Affaire Mor Tall et autres
Annales Africaines 1977 page 30-34
4. Cour d'Appel de Dakar 27 juillet 1979 Seybatou NDOUR c/Etat
du Sénégal R.I.P.A.S N° 2
Octobre - Décembre 1981 page 399 et suivantes

.../...

b) Décisions inédites

1. Cour d'Appel 15 Janvier 1971 Dame Ndoye Nekh Diop
2. Cour d'Appel 20 Juin 1980 Azz et Alamédine c/Etat du Sénégal
3. Cour d'Appel chambre Civile et Commerciale Arrêt N° 267 du 20 mai 1983 Babacar Seck et Consorts

c) Du tribunal Civil de DAKAR

a) Décisions publiées

1. Tribunal Civil de Dakar 1er mars 1969 Sékou Badio c/Etat Annales Africaines 1973 page 232-235 avec les observations de Alain Bockel
2. Tribunal Civil de Dakar 23 mai 1970 Abdourahmane Ndoye c/Etat du Sénégal Annales Africaines 1973 page 243-246 avec les observations de Alain Bockel
3. Tribunal Civil de Dakar 26 Novembre 1970 Babacar Guèye c/Etat du Sénégal Annales Africaines 1973 page 247-249 avec les observations de Alain Bockel

.../...

4. Tribunal Civil de Dakar 29 mai 1971 Bassiron NIANG
c/Etat Annales Africaines 1973 page 240 -
242 avec les observations de Alain Bockel
5. Tribunal Civil de Dakar 26 juin 1971 Dame NDIAYE c/Etat
Annales Africaines 1973 page 230-232 avec
les observations de Alain Bockel
6. Tribunal Civil de Dakar 30 décembre 1976 Seybatou NDOUR
c/Etat Revue Sénégalaise de Droit 1978 page
74-76
7. Tribunal Civil de Dakar 12 Février 1977 Cheikhou DIENG et
autres c/Etat du Sénégal Annales Africaines
1977 page 39-51

b) Décisions inédites

1. Tribunal Civil de Dakar 18 Février 1978 Demba Baïdy GAYE
c/Etat du Sénégal
2. Tribunal Civil de Dakar 4 juillet 1981 Société ANIS BASSIT
c/Etat
3. Tribunal Civil de Dakar jugement n° 739 du 28 Mars 1984
Abibou SALL c/Etat
4. Tribunal Civil de Dakar 16 janvier 1985 Babacar SARR et
autres c/Etat.