

**LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES DES COLLECTIVITES
LOCALES AU SENEGAL**

**Par Ismaila Madior FALL,
Docteur d'Etat en droit
Maître assistant associé
Université Cheikh Anta DIOP,
Faculté des sciences juridiques et politiques**

Résumé en français

Les lois décentralisatrices de 1996 ont instauré de nouvelles règles du contrôle de légalité des actes locaux qui remettent en cause les principes la tutelle antérieure dans le sens de l'accroissement de l'autonomie des collectivités locales. En vertu de ces nouvelles règles, le contrôle s'exerçant sur les actes des collectivités locales est devenu, d'une part, confiné à la légalité et après l'entrée en vigueur des actes locaux, d'autre part, échelonné dans sa mise en œuvre en une phase administrative et en une phase juridictionnelle.

Les premières années de la mise en œuvre du dispositif de contrôle des actes locaux montrent des « *carences affectant l'exercice du contrôle de légalité* ». Ces carences sont constatables tant au niveau des élus locaux qu'à celui des représentants de l'Etat et du juge. Ce qui ne favorise pas l'émergence d'un droit de la décentralisation de qualité.

Résumé en anglais

In Senegal, the laws of 1996 have instituted new rules of legality control in order to increase the autonomy of the subnational government. According these new rules, the control has been confined in one hand to the legality and after the adoption of the acts, in other and the control show an administrative stage and a jurisdictional stage.

The first years of the reforms show deficiencies notables as well in the local deputies as the state representatives and judge which doesn't conduct of the birth of a decentralisation law base on quality.

Sommaire

I. Un contrôle confiné à un champ d'application réduit

- A. Un contrôle circonscrit à la légalité des actes
 - 1. L'interdiction du contrôle d'opportunité
 - 2. Les actes concernés par le contrôle de légalité

- B. Un contrôle postérieur à l'entrée en vigueur des actes
 - 1. L'érection du *contrôle a posteriori* en contrôle de principe
 - 2. La persistance du contrôle *a priori*

II. Un contrôle échelonné dans sa mise en œuvre

- A. La phase administrative du contrôle
 - 1. l'examen de la légalité des actes par le représentant de l'Etat
 - 2. Les conséquences de l'examen de la légalité des actes par le représentant de l'Etat

- B. La phase juridictionnelle du contrôle
 - 1. L'intervention du juge
 - 2. L'intervention limitée du juge

L'année 1996 fut, au Sénégal, une année de relance de la décentralisation¹. Avec l'adoption en 1996 et l'entrée en vigueur en 1997 de nouveaux textes², l'Etat sénégalais envisage d'accomplir un pas qualitatif dans l'évolution du mouvement de décentralisation enclenché sous la période coloniale³. En effet, après avoir expérimenté dès l'indépendance survenue en 1960 plusieurs réformes décentralisatrices⁴ « le Sénégal qui a opté pour une politique de

¹ La décentralisation revêt des significations nuancées voire différentes selon les contextes historiques, sociologiques et culturels différents. Dans sa version française reprise dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone, elle consiste, selon les propos du doyen Maurice Hauriou, en « une manière d'être de l'Etat caractérisé par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance de droits c'est-à-dire en faisant des actes d'administration ». M. Hauriou, Répertoire Becquet, V^e décentralisation, cité par Serge Regourd, *l'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982, p. 24. Alain Bockel va dans le même sens puisqu'il considère que la décentralisation (territoriale s'entend), « définit, les tâches décentralisées selon un critère géographique : elle consiste, dans son essence, à individualiser une collectivité humaine sur une partie du territoire et à la charger de gérer l'ensemble de ses propres affaires communes, elle donne naissance à des collectivités territoriales ou locales ayant compétence pour mener une action administrative générale ». V. A. Bockel, *Droit administratif*, NEA, 1978, p. 247. Pour une vue comparative des différents systèmes de décentralisation, v. Charles Debbasch, *la décentralisation en Europe*, édition du CNRS, 1981.

² Il s'agit de six lois et de leurs décrets d'application (vingt quatre décrets au total). Parmi les lois, il faut citer les deux plus importantes que sont : la loi 96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales et la loi 96-07 du 22 mars 1996 portant transfert de compétence aux régions, aux communes et aux communautés rurales. Pour l'ensemble de ces textes, v. République du Sénégal, Ministère de l'Intérieur et des collectivités locales, *Le recueil des textes sur la décentralisation*, Edition novembre 2003.

³ L'expérimentation d'une décentralisation administrative au Sénégal remonte, en effet, à la création au XIX^e siècle des quatre vieilles communes que sont Gorée et Saint-Louis en 1872, Rufisque en 1880 et Dakar en 1887. Communes dont le statut était fondé sur la grande loi municipale française du 5 avril 1884. V. M.C. Diop et M. Diouf, *Sénégal : enjeux et contraintes de la gestion municipale*, Centre d'études d'Afrique noire, 1990, p.13.

⁴ Dès 1960, il y a eu l'élargissement du statut de commune de plein exercice à l'ensemble des communes. En 1966, fut adoptée la loi 66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale (abrogée). En 1972, la grande réforme de l'administration territoriale et locale consacre l'apprentissage de la décentralisation dans les campagnes avec la création de la deuxième catégorie de collectivité locale : la communauté rurale.

Globalement, il s'agit, à l'époque, d'un régime de décentralisation surveillée. L'année 1996 peut être considérée comme un virage important dans l'évolution de la politique de la décentralisation avec l'érection de la région en collectivité locale et le transfert de compétences de l'Etat central aux collectivités locales dans neuf domaines. Pour un aperçu de l'évolution des réformes décentralisatrices, V. Alain Bockel, *Droit administratif*, NEA, 1978, p.291 et s. Pour une analyse plus récente du mouvement de décentralisation sénégalais, v. B. Kanté, « L'originalité de la voie sénégalaise de décentralisation » (à paraître).

décentralisation progressive et prudente, mais désormais irréversible » selon les termes de l'exposé des motifs de la loi 96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales va élargir et approfondir la décentralisation considérée comme une occasion de relancer le développement politique, économique et social. Cette relance s'appuie principalement sur l'érection de la région en collectivité locale à côté des collectivités locales classiques que sont la commune et la communauté rurale dont les compétences ont été par ailleurs accrues. A juste titre, la réforme est qualifiée de régionalisation, même si celle-ci n'en est qu'un aspect. C'est dans la dynamique d'émancipation et de responsabilisation des collectivités locales ou territoriales⁵ que le législateur, « *considérant les collectivités locales comme majeures* », a décidé, en 1996, de « *substituer un contrôle de légalité a posteriori, rapproché, à l'actuel contrôle d'approbation a priori, centralisé* ». De façon générale, il s'est agi « *d'organiser pour ces trois ordres de collectivités locales un mode de contrôle unique (dans lequel) le contrôle a posteriori sera donc désormais la règle et le contrôle a priori l'exception* ». Ce qui fait que « *la notion de tutelle doit désormais disparaître et faire place à celle de contrôle* »⁶. A travers ces propos tirés de l'exposé des motifs, apparaît nettement le régime de contrôle qui s'exerce dorénavant sur les actes des collectivités locales sénégalaises : là où le contrôle était centralisé c'est à dire exercé pour l'essentiel par le Ministère de l'intérieur, il existe désormais un contrôle déconcentré, « *rapproché* » dans la mesure où il est exercé par les représentants de l'Etat⁷. Là où le contrôle était, en pratique, un contrôle d'opportunité conforme au régime

⁵ Indifféremment utilisés et assimilés l'un à l'autre dans le langage courant et dans la pratique, les termes de collectivité territoriale et de collectivité locale ne sont pas synonymes en strict droit. Ainsi que le fait remarquer Philippe Foillard, dans le cas de la France, les collectivités territoriales regroupent la région, la commune, le département et l'Etat tandis que les collectivités locales regroupent les mêmes moins l'Etat. Ainsi, si toute collectivité locale est, en général, une collectivité territoriale, l'inverse n'est pas vrai. En effet, l'Etat est une collectivité territoriale qui n'est pas une collectivité locale tandis que les collectivités locales que sont la commune, le département et la région sont également des collectivités territoriales. On considère en France depuis une décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1982 que l'emploi indifférent de l'une ou de l'autre est désormais tolérée et acceptée. Pour une distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale, v. Philippe Foillard, *Droit administratif, Centre de Publication universitaires, année universitaire 1997-1998*, p.24. V. dans le même sens, J. Bourdon, « qu'est-ce qu'une collectivité territoriale ? » in *Les cahiers français*, janvier-février 1989, p.5. J. Boudine, « La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique ? » in *RDP* 1992, p.171-182. A propos de l'unification du vocabulaire collectivité locale et collectivité territoriale, v. Y. et F. Luchaire, *Décentralisation et Constitution*, Economica, 2003, p.18.

⁶ Exposé des motifs de la loi 96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales.

⁷ les représentants de l'Etat sont les délégués du Président de la République dans les circonscriptions administratives que sont les régions, les départements et les arrondissements. Le gouverneur représente l'Etat

de la décentralisation surveillée et de la tutelle d'assistance, il est réglementé dans le sens d'un contrôle de légalité. Là où le contrôle était pour l'essentiel un contrôle a priori sous forme d'approbation préalable ou d'autorisation, il devient un contrôle a posteriori. Là où le contrôle était assuré par l'autorité administrative, il est, à présent, exercé en dernière instance par le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier « *se trouve... (ainsi) investi de l'honneur d'être le seul gardien de la légalité* »⁸.

Ce nouveau régime du contrôle des actes locaux qui s'inspire du droit français suscite une question centrale: quelle est le régime juridique et la réalité du nouveau mode de contrôle des actes des collectivités locales ? Cette question peut être déclinée en plusieurs questions : la proclamation par le législateur de la suppression de la tutelle s'est-elle traduite par une disparition effective de celle-ci ou simplement par son allègement ? Autrement dit, l'élimination de la tutelle en tant que concept du vocabulaire juridique correspond-elle à son bannissement dans les faits ? Quelle perception les acteurs du contrôle (représentants de l'Etat, élus locaux, juge et personnes lésées dans une moindre mesure) ont des nouvelles règles posées par le code des collectivités locales ? Quelle est l'effectivité et l'efficacité du nouveau mode de contrôle exercé sur les collectivités locales ?

La recherche s'emploie à apporter des éléments de réponse à ces questions à partir d'une analyse juridique qui s'appuie sur les sources normatives⁹ du contrôle sur les actes des collectivités locales. Ainsi qu'on le voit, il s'agit d'une recherche qui s'inscrit, au principal, dans le champ du droit administratif et plus spécifiquement du droit relatif aux collectivités

auprès de la région, le préfet au niveau des communes et le sous-préfet auprès des communautés rurales. Ils veillent à la sauvegarde des intérêts nationaux au respect des lois et exercent le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire. Cf. titre VII du code des collectivités locales « *Des représentants de l'Etat* ».

⁸ Daniel Chabanol, « Décentralisation et juge administratif », in *AJDA* du 20 février 1983, p.73.

⁹ Pour apprécier la dimension du changement, nous nous référerons aux textes antérieurs régissant la tutelle avant l'avènement du code des collectivités locales de 1996. Il s'agit essentiellement pour les communes de la loi 66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale et pour les communautés rurales de la loi 72-25 du 19 avril 1972 (abrogées). Pour les textes en vigueur, il y a lieu de citer la Constitution du 22 janvier 2001 qui pose en son article 102 le principe de la libre administration des collectivités locales, les textes de la décentralisation, notamment le code des collectivités locales en son chapitre « du contrôle de légalité » auxquels il faut ajouter la circulaire relative aux modalités du contrôle de légalité (Circulaire n°1737/MINT/DCL du 21 mars 1997 sur les contrôle de légalité et le contrôle budgétaire), sans oublier la jurisprudence relative au contrôle de légalité. Cette jurisprudence se caractérise par son austérité. Dans ces conditions, le chercheur est forcément attentif à l'abondante jurisprudence française.

locales¹⁰. Cependant, bien que situé, au principal, dans un champ disciplinaire, celui du droit administratif, le sujet déborde sur des questions plus ou moins liées à des considérations de droit constitutionnel¹¹ et de sociologie administrative.

L'analyse du droit sénégalais articulée à la pratique telle que décrite dans les *rapports sur le contrôle de légalité*¹² permet d'avancer que le nouveau régime du contrôle bouleverse les

¹⁰ V. Bourdon (J.), Pontier (J- M.), Ricci (J-C), *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 1987. F.Luchaire, Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, Paris PUF, Themis, 1988. J. B. Auby, J. F. Auby, *Droit des collectivités locales*, PUF, 1990. Il faut signaler la partie consacrée au contrôle des actes des collectivités locales par l'ouvrage fruit d'un colloque *La régionalisation, approche comparée France Sénégal*, Dakar, CREDILA, 1998, notamment l'étude de A.B. Fall et de celle de NG. Ngom, pages 253 à 319.

¹¹ La dimension constitutionnelle du droit des collectivités locales en général et du contrôle de légalité des actes locaux en particulier est considérable du fait de la consécration par la Constitution du principe de libre administration des collectivités auquel il faut ajouter d'ailleurs, dans le cadre de la France (mais pas du Sénégal), que l'exigence du contrôle de légalité par le représentant de l'Etat est postulée par la Constitution de la Vème République en son article 72. V. Ch. Autexier, « l'ancrage constitutionnel des collectivités de la République » in *RDP* 1981, pp. 607 et s. Pour d'autres réflexions sur la dimension constitutionnelle de la décentralisation, CH. Houteer, *les bases constitutionnelles de la décentralisation*, thèse, Toulouse, 1987. L. Favoreu, « les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in *La nouvelle décentralisation* (sous la direction de F. Moderne, Sirey, 1983. Du même auteur, « Décentralisation et constitution », *RDP* 1982, p.1259. L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, précis Dalloz, 2001. Pour une étude récente, Y. et F. Luchaire, *Décentralisation et Constitution*, Economica, 2003, V. p. 413 et s. Il convient de faire remarquer que cette articulation intellectuelle entre la décentralisation administrative et la Constitution participe de la célèbre théorie du doyen Vedel « les bases constitutionnelles du droit administratif » et a engendré « l'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation ». Cf. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *la Pensée de Charles Eisenmann*, Economica, PUAM, 1986, p. 140. F. Luchaire, « l'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », in *Décentralisation, bilan et perspectives*, *AJDA* 1992 n° spécial, p. 25. *Droit constitutionnel local* (sous la direction de . Le Pourhiet,, Economica, 2000. En ce qui concerne plus spécifiquement le fondement constitutionnel du contrôle de légalité, v. Jean Claude Douence, « Le fondement constitutionnel du déféré préfectoral », *RFDA* 1997, p.1198. Marceau (A.), *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales, étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse Université de Bourgogne, 2000. Verpeaux (M.), « Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou commune du Port, encore... », in *Les collectivités locales, Mélanges offerts à Jacques Moreau*, Sous la direction de J. Petit, Economica, 2003, pp.469-480.

¹² L'article 339 du code des collectivités locales prévoit que « le gouvernement soumet chaque année, à l'Assemblée nationale qui en débat au cours de sa première session ordinaire, un rapport sur le contrôle de légalité exercé l'année précédente à l'égard des collectivités locales ». Cette disposition est frappée d'ineffectivité car en huit ans d'application des textes sur la décentralisation, jamais rapport sur le contrôle de légalité n'a été soumis à l'Assemblée nationale. Pourtant, il faut signaler la confection de deux rapports inédits

principes de la tutelle jusqu'ici en vigueur dans le sens d'un rétrécissement des prérogatives de l'Etat contrôleur et corrélativement d'une plus grande liberté pour les collectivités locales. Cela se traduit par l'aménagement d'un contrôle confiné à un champ d'application réduit (I) et échelonné dans sa mise en oeuvre (II).

I. Un contrôle confiné à un champ d'application réduit

En vertu de l'article 102 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, « *les collectivités locales constituent le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques. Elles s'administrent librement par des assemblées élues* »¹³. Cependant, la libre administration dans un Etat unitaire signifie que la décentralisation est une forme d'autonomie et non d'indépendance¹⁴. L'Etat exerce un droit de regard contrepartie de la liberté locale conçue dans le cadre de lois et règlements appelé contrôle de tutelle. Ce dernier se distingue du contrôle hiérarchique¹⁵ pouvant s'exercer sur les actes et sur les organes des

sur le contrôle de légalité portant la mention du Ministère de l'Intérieur : le premier couvrant la période 1998-2001 et daté de juin 2002, le second couvrant l'année 2002 daté d'octobre 2003.

¹³ Sur le principe de libre administration, la littérature est abondante. On peut citer entre autres, outre la littérature relative à l'articulation entre constitution et décentralisation citée plus haut, *Libre administration des collectivités locales : Réflexions sur la décentralisation* (sous la direction de J. Moreau), PUAM, 1984. M. Bourjol, « Libre administration et décentralisation », in *Vertus et limites de la décentralisation*, colloque des 2 et 3 mai 1985, Clermont Ferrand, *les cahiers du droit public*, p. 63. A. Roux, le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, *RFDA*, 1992, p.435-452. Pour une analyse synthétique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français relative à l'affirmation du principe de libre administration des collectivités locales et de ses limites, v. L. Touvet, J. Ferstenbert (J.), C. Cornet, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, 2ème édition, Dalloz, 2001 pp. 3-43. Pour une étude du principe de libre administration au Sénégal, V. A. Diokhané, « Le principe de libre administration des collectivités locales », in *La régionalisation, op.cit.*, p. 95-115. M. Zaki, « Droit d'amendement des députés et principe de libre administration des collectivités locales. Observations sous Décision du Conseil constitutionnel sénégalais en date du 11 décembre 2001 », in *Afrilex n°3 le statut du juge en Afrique*, pp. 223-242 <http://www.u-bordeaux4.fr>.

¹⁴ V. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, t.1, 9ème édition par J.C. Vénézia et Yves Gaudemet, LGDJ, 1984, p.95.

¹⁵ En droit, c'est au niveau des conditions d'existence des procédés de contrôle que survient la différence décisive entre le contrôle hiérarchique et le contrôle de tutelle. En effet, tandis que le pouvoir hiérarchique est de droit commun, la tutelle ne se présume et n'existe que dans la mesure et les limites où la loi l'a organisée. C'est ce que rend le célèbre adage « *pas de tutelle sans texte et pas de tutelle au delà des textes* ».

collectivités locales¹⁶ selon différentes modalités variables en fonction des contextes juridiques¹⁷.

La tutelle - définie comme « l'ensemble des pouvoirs limités accordés par la loi à une autorité supérieure sur les agents décentralisés et sur leurs actes dans un but de protection de l'intérêt général »¹⁸ - est inhérente à l'organisation de la décentralisation. Elle est donc insusceptible de suppression mais peut faire l'objet d'un réaménagement dans le sens de son allègement¹⁹. En droit sénégalais, cela s'est traduit par l'aménagement d'un régime de contrôle uniforme pour l'ensemble des collectivités locales, régime de contrôle qui rompt avec les modalités classiques comme le contrôle d'opportunité et le contrôle a priori qui étaient jusque-là les procédés de contrôle de principe. A ces modalités traditionnelles d'exercice de la tutelle, le législateur a substitué des modalités de contrôle plus respectueuses des libertés locales et de la dignité des collectivités locales. Les traits dominants du nouveau système sont qu'il s'agit, d'une part, d'un contrôle circonscrit à la légalité (A) et, d'autre part, d'un contrôle postérieur à l'entrée en vigueur des actes (B).

A. Un contrôle circonscrit à la légalité des actes

En intitulant expressément le chapitre premier du titre IV du code des collectivités locales «*contrôle de légalité*», le législateur a voulu marquer le changement par rapport au passé en confinant l'Etat contrôleur à la stricte référence qu'est la légalité. Il importe sur ce

¹⁶ La doctrine distingue traditionnellement le contrôle qui s'exerce sur les actes et celui qui s'exerce sur les personnes ou les organes. V. entre autres, G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, Paris, P.U.F., 12^{ème} édition, 1992 p. 565. Sur la tutelle sur les personnes, v. L. Richer, « la notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », in *RDP* 1979, pp.971-1008.

¹⁷ Le régime de la tutelle varie selon les conceptions de la décentralisation, notamment les rapports entre l'Etat et les collectivités locales. Pour une étude comparative d'expériences différentes de décentralisation, V. entre autres, P. Mahon, *Décentralisation administrative : étude de droit public français, allemand et suisse*, La Chaude-Fonds, Suisse, Imprimerie Typo Offset, 1985. CH. Debbasch, *La décentralisation en Europe*, Editions du CNRS. V. plus spécifiquement, L. Fondraz (L.), «Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Approche comparatiste » in *Revue administrative* 1999, p.56-68.

¹⁸ R. Maspétiol et P. Laroque, *la tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p.10. Outre l'ouvrage fondateur de R. Maspétiol et P. Laroque, *la tutelle administrative*, op. cit., l'évocation de la doctrine relative à la tutelle ne peut passer sous silence la thèse de Serge Regourd, *l'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982 mais aussi les critiques de Charles Eisenmann sur la tutelle et au-delà sur la décentralisation. Sur les théories de Charles Eisenmann, voir *Centralisation et décentralisation : Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948 mais aussi son *Cours de droit administratif (problèmes d'organisation de l'administration)*, tome 1, LGDJ, 1967, pp.155-298

¹⁹ V. dans ce sens, S. Regourd, la prétendue suppression de la tutelle, *précité*

point d'analyser la stricte circonscription du contrôle à la légalité par l'interdiction du contrôle d'opportunité (1) avant d'identifier les actes concernés par le contrôle (2).

1. L'interdiction du contrôle d'opportunité

En vertu des textes législatifs et réglementaires en vigueur jusqu'en 1996, le contrôle qui s'exerçait sur les actes des collectivités locales était tellement étendu et contraignant que certains auteurs ayant étudié la question à l'époque, avaient considéré que l'autorité de tutelle²⁰ vérifiait non seulement la légalité des actes locaux soumis à son approbation c'est-à-dire leur conformité par rapport à la loi mais aussi leur opportunité. L'aménagement d'un contrôle de légalité était nettement perceptible dans les textes de base relatifs à la commune et à la communauté rurale qui prévoyaient deux régimes d'invalidation des actes locaux : le régime de la nullité de plein droit et celui de l'annulabilité. Ainsi, l'article 51 de la loi 66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale (abrogée) prévoyait que « *sont nulles de droit : 1°) les délibérations d'un conseil municipal portant sur un objet étranger à ses attributions ou prises hors de sa réunion légale ; 2°) les délibérations prises en violation d'une loi ou de la réglementation en vigueur* ». L'article 55 ajoutait : « *sont annulables les délibérations auxquelles auraient pris part des membres du conseil intéressés, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires, à l'affaire qui en fait l'objet* ». Tout comme pour la tutelle d'annulation, ce sont exclusivement des motifs de légalité qui conditionnaient l'approbation ou la non approbation des actes et déterminaient la nullité de droit ou l'annulabilité des actes que sont les délibérations des conseils municipaux et des conseils ruraux ainsi que les actes de leurs exécutifs (maires et présidents de conseil rural).

Ainsi, les textes fixant les attributions des autorités de tutelle les habilitaient à exercer de larges pouvoirs à l'égard des collectivités locales mais exclusivement pour des motifs tirés de la légalité. A cet égard, complétant la loi du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale et la loi 72-25 relative aux communautés rurales (abrogées), le décret 72-636 du

²⁰ Dans le droit sénégalais relatif aux collectivités locales antérieur à 1996, l'autorité de tutelle (ou les autorités de tutelle) était dotée de pouvoirs de surveillance importants sur les collectivités locales et était fortement présente dans les textes de la décentralisation. Seulement l'expression « *autorité de tutelle* » mérite une explication. En effet, l'autorité de tutelle pouvait prendre plusieurs visages qui n'étaient identifiables qu'au terme d'une visite du maquis des textes régissant la tutelle sur les collectivités locales. C'est ainsi que le pouvoir de tutelle était réparti entre plusieurs autorités allant du Président de la République aux autorités administratives déconcentrées que sont les gouverneurs, préfets et sous-préfets en passant par le ministre de l'intérieur (notamment sa direction des collectivités locales) et le ministre des finances.

29 mai 1972 relatif aux attributions des chefs de circonscriptions administratives et des chefs de villages modifié en 1996 conférait aux gouverneurs, préfets et sous préfets une masse de prérogatives qu'ils exerçaient à l'égard des collectivités locales²¹.

Il apparaît à travers les textes que toutes ces prérogatives ne pouvaient, pour l'essentiel, être exercées que pour des motifs de légalité. Pourtant, nombreux sont les auteurs à soutenir, à l'époque, l'idée de l'existence d'un contrôle d'opportunité. A titre d'exemples, au détour d'une analyse du pouvoir d'annulation des décisions du maire dans le régime de la tutelle antérieur à 1996, Alain Bockel écrit : « aucune condition n'étant posée, l'on peut admettre que l'annulation puisse être prononcée non seulement pour illégalité, comme pour les délibérations du conseil municipal, mais également pour inopportunité ». L'auteur cite à l'appui de son affirmation la décision du Conseil d'Etat français du 16 décembre 1910, *Commune de Saint-Marc*²². Si Alain Bockel décèle la possibilité du contrôle d'opportunité au niveau de la tutelle d'annulation, Jacques Mariel Nzouankeu quant à lui, le situe dans le cadre du pouvoir d'approbation de l'autorité de tutelle des actes des communautés rurales. Il écrit dans ce sens : « les délibérations du Conseil rural sont transmises à l'autorité de tutelle (...) (qui) vérifie la légalité des délibérations, leur conformité aux options du gouvernement, et leur opportunité »²³. Plus récemment encore, les rédacteurs du *Manuel du contrôle de légalité*, pour mettre en évidence les innovations du mode de contrôle institué par le code des collectivités locales, ont pu écrire : « jusqu'à l'intervention, de la loi n°96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales, le contrôle qui s'exerçait sur les actes des collectivités locales était un contrôle d'opportunité a priori »²⁴. L'opinion consistant à soutenir l'existence, avant les lois de décentralisation de 1996, d'un contrôle d'opportunité sur les actes des collectivités locales, et peut être mise en œuvre dans la pratique administrative

²¹ V. les attributions du gouverneur à l'égard des communes autres que celles ayant un statut spécial (article 8), des communautés rurales (article 9) ; les attributions du préfet à l'égard des communes (article 20) et des communautés rurales (article 21), les attributions du sous-préfet à l'égard et dans les communautés rurales (article 32 et suivant) du décret 72-636 du 29 mai 1972 relatif aux attributions des chefs de circonscriptions administratives et des chefs de villages modifié en 1996 par la loi 96-10 du 22 mars 1996, in JORS n°4230 du 17 juin 1972, 965-969. Le décret modificatif est publié dans le recueil des textes de la décentralisation (cité).

²² A. Bockel, *Droit administratif*, op.cit., p.308.

²³ J. M. Nzouankeu, *Droit administratif, organisation administrative du Sénégal- Centralisation – Décentralisation- Secteur parapublic- Pouvoir hiérarchique- Pouvoir de tutelle*, RIPAS, mars 1993 (publications RIPAS), p.93.

²⁴ République du Sénégal, Ministère de l'intérieur, *Manuel de procédures de contrôles de légalité et budgétaire*, Dakar, octobre 2001, p. 15.

par les autorités de tutelle, nous paraît contestable car dépourvue de fondement juridique. En tout cas, l'examen des textes pertinents²⁵ en l'espèce ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrôle d'opportunité. N'étant pas inscrits dans les textes fondamentaux, on ne peut ni l'affirmer, ni l'insinuer, ni le présumer car la théorie générale du droit administratif nous enseigne la règle selon laquelle la tutelle ne se présume pas et ne s'exerce exclusivement que pour des motifs de légalité. Aussi, rien, en l'état du droit sénégalais d'alors, ne fonde et valide l'idée de l'existence d'un contrôle d'opportunité, mis à part quelques cas strictement et limitativement énumérés par la loi comme l'affectation des terres²⁶ et les mesures de police administrative.

A la lumière de ces considérations, il apparaît, qu' en 1996, c'est plutôt pour prendre les devants afin de lever toute ambiguïté et de prévenir contre des pratiques de tutelle d'opportunité *contra legem* que le législateur a solennellement proscrit le contrôle d'opportunité. Autrement dit, il s'est agi moins de mettre fin à un contrôle d'opportunité à portée générale juridiquement consacré que de clarifier la nature du contrôle et écarter ainsi tout facteur de droit ou de fait pouvant favoriser la mise en branle d'un contrôle d'opportunité sur les actes locaux. La circulaire du 21 mars 1997 ayant pour objet le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire²⁷ s'inscrit dans ce sens en précisant que « *l'une des principales innovations introduites par la réforme a été la substitution du contrôle de légalité, lequel s'exerce a posteriori, au contrôle préalable* ». Aucune référence à l'abrogation d'un contrôle d'opportunité existant jusque-là n'est faite.

Si le législateur a voulu enrayer tout contrôle d'opportunité, c'est que celui-ci fait partie des modalités les plus énergiques de la tutelle. On considère même qu'il remet en cause la

²⁵ Il s'agit des textes de bases sur la commune (loi 66-64 du 30 juin 1966) sur la communauté rurale (loi 72-25 du 19 avril 1972) et de textes spécifiques à la tutelle comme le décret 65-195 du 25 mars 1965 fixant les pouvoirs de tutelle sur les communes, le décret 71-1259 du 22 novembre 1971 portant délégation de certains pouvoirs ministériels aux directeurs du Ministère de l'intérieur, aux gouverneurs et préfets (textes abrogés), au décret 72-636 du 29 mai 1972 (précité).

²⁶ Traitant des voies de recours en matière d'affectation et de désaffectation des terres, l'article 19 du décret 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation et de désaffectation des terres du domaine national comprises dans les communautés rurales prévoit que « *le sous-préfet peut décider d'annuler la décision ou d'en suspendre l'exécution soit sur la réclamation de la partie intéressée, soit d'office pour inopportunité, mauvaise appréciation des circonstances ou violation des lois et règlements en vigueur* ».

²⁷ République du Sénégal, Ministère de l'Intérieur, Direction des collectivités locales, *Circulaire n° 01737 du 21 mars 1997, A Messieurs les Gouverneurs de région, les Préfets et les Sous-Préfets*. Objet : contrôle de légalité et contrôle budgétaire.

décentralisation, notamment le principe de la libre administration des collectivités locales en ce qu'il déplace finalement le pouvoir de décision de l'autorité sous tutelle à l'autorité de tutelle²⁸. René Chapus décrit bien cet impact du contrôle d'opportunité sur la réalité de la décentralisation en soulignant que « *si l'autorité de tutelle est en droit de contrôler l'action de l'autorité décentralisée au point de vue de son opportunité, elle est en mesure de faire prévaloir ses vues sur celles de l'autorité décentralisée. Si son pouvoir est limité au contrôle de légalité de l'action de l'autorité décentralisée, elle ne peut jamais faire prévaloir que la règle de droit dont le respect s'impose en tout état de cause à l'autorité décentralisée* »²⁹. Voilà pourquoi le législateur sénégalais a proclamé avec emphase la suppression de la tutelle par l'interdiction de tout contrôle d'opportunité à l'article 3 *in fine* du code des collectivités locales qui dispose : « *les collectivités locales sont seules responsables, dans le respect des lois et règlements, de l'opportunité de leurs décisions* ». L'article 12 ajoute : « *les actes des collectivités locales font l'objet d'un contrôle de légalité...* ». L'intention de confiner le contrôle et les contrôleurs au périmètre de la légalité est ainsi affirmée sans ambiguïté.

L'interdiction du contrôle d'opportunité est ainsi postulée avec netteté pour éviter des abus de la part des autorités chargées du contrôle. Elle prescrit que le contrôle dont il s'agit, est, comme son nom l'indique, exclusivement un contrôle de légalité. Cela signifie d'une part l'interdiction du contrôle d'opportunité et d'autre part, le confinement du contrôle à la sphère de la légalité. Ainsi, à un premier niveau, la vérification ou l'appréciation de la légalité des actes locaux qui incombe au représentant de l'Etat ne peut avoir pour référentiel que la légalité³⁰.

Par ailleurs, l'interdiction du contrôle d'opportunité postule que le contrôle juridictionnel auquel sont soumis les actes locaux est exclusivement un contrôle de légalité. En effet, le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, n'est que juge du droit et ne peut, en principe,

²⁸ Pour Charles Eisenman, la tutelle (qu'il appelle « pouvoir de contrôle ») ne doit s'exercer que pour des motifs de légalité. Dès lors que l'autorité de tutelle contrôle l'opportunité des décisions de l'autorité sous tutelle, il s'arroge des pouvoirs discrétionnaires de contrôle. Par suite, il n'y a plus décentralisation. V. Ch. Eisenman, *Cours de droit administratif, T.1, (problèmes d'organisation de l'administration)*, op.cit., p. 265 et s.

²⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} édition, tome 1, Montchrestien, 2001, p.412.

³⁰V. Circulaire sénégalaise sur le contrôle de légalité et budgétaire précitée. La Circulaire française du 22 juillet 1982 dont s'inspire la circulaire sénégalaise est encore plus explicite : « *la vérification qui incombe au représentant de l'Etat ne doit concerner que la seule légalité de l'acte. L'appréciation ne doit en aucune manière porter sur l'opportunité de l'acte. Elle doit, en revanche, concerner tous les éléments de légalité* ». Citée par O. Gohin, *Les institutions administratives*, Paris, LGDJ, 1992, p.505. V. dans le même sens, P. Cadieu, *le déferé préfectoral*, Territorial, collection « l'essentiel sur », 1999, p.1.

déborder de la sphère de la légalité et étendre son contrôle sur le champ de l'opportunité, même si l'on sait que les considérations d'opportunité ne sont pas totalement absentes dans la mise en œuvre du contrôle de légalité en général³¹ et du contrôle de légalité des actes locaux en particulier.

2. Les actes concernés par le contrôle de légalité

Pour la détermination des actes rentrant dans le champ du contrôle de légalité, la loi du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales met en évidence un critère organique. Le premier paragraphe de l'article 12 *in limine* du code des collectivités locales se lit : « *les actes des collectivités locales font l'objet d'un contrôle de légalité exercé par le représentant de l'Etat* ». L'article 334 *in limine* réaffirme le lien de rattachement organique entre les actes concernés par le contrôle et les collectivités locales : « *les actes pris par les collectivités locales sont transmis..* » Il résulte donc de l'allure des textes que les actes soumis au contrôle de légalité sont les actes pris par les collectivités locales, que ce soit de leurs organes délibérants (conseils régional, municipal, rural) ou de leurs organes exécutifs (président du conseil régional, maire, président du conseil rural). On peut donc s'étonner que le « *Manuel de procédures de contrôles de légalité et budgétaire* » utilisé par le Ministère de l'Intérieur pour la formation de l'ensemble des représentants de l'Etat aux principes de base du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire évoque au pluriel les personnes morales dont les actes sont concernées par le contrôle de légalité institué par le code des collectivités locales. Enumérant les personnes morales dont les actes sont concernés par le contrôle de légalité, il cite « *les structures et établissements publics locaux* » catégorie dans laquelle il range « les ententes interrégionales », les groupements mixtes, les ententes intercommunales, les

³¹ Tout comme l'administration bénéficie du pouvoir d'appréciation de l'opportunité dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, le juge administratif intègre de plus en plus des considérations d'opportunité dans le cadre du contrôle du pouvoir discrétionnaire tant et si bien qu'on peut considérer en l'état actuel du droit administratif qu'à bien des égards, l'opportunité fait partie de la légalité mais devient alors un élément de légalité. Sur cette question, la littérature est abondante, on se bornera à citer la synthétique présentation de la question par Ch. Pasbecq, « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », in *RDJ* 1980, pp. 803-848. L'articulation du plan de l'article est expressive de l'état de la question : « *le contrôle de légalité peut être effectué dans tous les cas où il est fondé sur une norme* » (I), « *tout rattachement à une norme n'est pas la garantie d'un strict contrôle d'opportunité* » (II), « *le juge pourra contrôler l'opportunité en cas de rattachement à une norme imprécise* » (III). Pour une évocation plus récente de la question, V. R. Chapus, *Droit administratif*, op.cit., p.1264.

communautés urbaines, les groupements d'intérêt communautaire³² et les agences régionales de développement³³. Il ajoute même les régies locales. Il convient de préciser qu'en l'état actuel du droit sénégalais de la décentralisation, aucun texte législatif ou réglementaire ni aucune jurisprudence n'autorise pareille affirmation. Les dispositions pertinentes du code des collectivités locales relatives à ces entités locales ne contiennent aucun élément autorisant la soumission de leurs actes au contrôle de légalité. Le seul texte autorisant à envisager la soumission des actes de ces entités au contrôle de légalité demeure l'article 16 du décret n°98-399 du 05 mai 1998 fixant les modalités de création et de fonctionnement des agences régionales de développement (ARD) qui prévoit de façon curieuse que « *les lois et règlements concernant le contrôle administratif des collectivités locales sont applicables aux agences régionales de développement* ». La curiosité découle de ce que ce texte évoque un « *contrôle administratif* » dont il faut, du reste, s'interroger sur la nature et le sens en l'occurrence, et non le « *contrôle de légalité* », intitulé expresse que le législateur sénégalais a donné au titre IV du code des collectivités locales.

Il y a lieu de souligner, en l'occurrence, la différence de terminologie entre la loi qui évoque le « *contrôle de légalité* » et le décret qui fait référence à un « *contrôle administratif* ». Si cette différence est délibérée, le décret ne fait alors pas référence au contrôle de légalité, mais bien au contrôle administratif classique mis en œuvre par des mécanismes administratifs à travers des procédures administratives et pris en charge par des autorités ou agents administratifs. Cela reviendrait alors à soutenir que les actes des ARD ne sont pas soumis au contrôle de légalité institué par le code des collectivités locales, contrôle dont les logiques, mécanismes, procédures et finalités diffèrent sensiblement de ceux du contrôle administratif classique³⁴. Dans l'hypothèse où on considère que la différence terminologique est

³² V respectivement articles 71 à 73 du code des collectivités locales, articles 74 à 76 et 191 du code des collectivités locales, articles 179 et 180 du code des collectivités locales, articles 181 à 190 du code des collectivités locales, articles 239 à 242 du code des collectivités locales.

³³ Le code des collectivités locales prévoit en son article 37 que la région constitue en commun avec les communes et les communautés rurales une Agence régionale de développement (ARD) qui apporte son appui aux collectivités locales qui la constituent son appui dans la conduite de leurs missions de développement. V. Décret 98-399 du 5 mai 1998 fixant les modalités de création, d'organisation et de fonctionnement des Agences régionales de développement publié dans le *Recueil des textes de la décentralisation, op.cit.*

³⁴ Sur les contrôles de l'administration en Afrique, voir Mamadou Diop, *Le contrôle de l'administration*, thèse de doctorat en droit, Université de Dakar 1970, 2 tomes. J. M. Breton, *le contrôle d'Etat sur le continent africain*, Paris, LGDJ, 1978.

involontaire, on peut, bien entendu, soutenir que le décret relatif aux ARD a, en réalité, voulu viser le contrôle de légalité³⁵. Il s'agirait alors d'une maladresse rédactionnelle, source de confusions et de malentendus. En réalité, les auteurs du Manuel ont été induits en erreur par le fait qu'ils se sont par trop inspiré du droit français³⁶. En réalité, sur ce point, il y a une différence majeure entre le droit français et le droit sénégalais. Si en droit français, il est soutenable, parce qu'admis par le code général français des collectivités territoriales, que le contrôle de légalité concerne à la fois les collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public que sont leurs établissements publics, pareille opinion est, à notre sens, irrecevable en droit sénégalais où la seule personne morale dont les actes sont concernés par le contrôle de légalité tel que prévu par le titre VI du code des collectivités locales demeure la collectivité locale, c'est-à-dire la région, la commune et la communauté rurale, à l'exclusion de toute autre personne morale de droit public. Il est peut être souhaitable que les actes des établissements publics des collectivités locales et des entités fédératives de collectivités locales soient soumis au nouveau contrôle de légalité, mais ce n'est pas encore le cas en droit. L'article 339 du code des collectivités locales lève d'ailleurs toute ambiguïté à ce propos : « *le gouvernement soumet chaque année à l'Assemblée nationale...un rapport sur le contrôle de légalité exercé l'année précédente à l'égard des actes des collectivités locales* ».

Au demeurant, ce ne sont pas tous les actes des collectivités locales qui sont concernés par le nouveau régime de contrôle de légalité prévu par le titre du code des collectivités locales. Dans la masse des actes pris par les collectivités locales, il y a lieu d'opérer une distinction entre les actes concernés et les actes non concernés par le contrôle de légalité.

Si l'identification des actes concernés par les nouvelles règles du contrôle est aisée parce que déjà effectuée par le législateur lui-même, il n'en est pas de même de l'identification des actes non concernés³⁷. L'identification des actes qui rentrent dans le champ du contrôle ne pose pas de problème majeur. En effet, après avoir posé le principe de la transmission des actes des

³⁵ C'est l'opinion des rédacteurs du Manuel sur le contrôle de légalité. V. *Manuel de contrôle de légalité* ..., op.cit., p.16.

³⁶ En droit français, sont soumis au contrôle de légalité institué par la loi du 2 mars 1982 les collectivités territoriales et leurs établissements publics. V. dans ce sens, outre les manuels de droit administratif précités, S. Martin, *Contrôle a posteriori de légalité des actes des collectivités locales*, Paris, Berger Levrault, 1990, p.35-37. Abordant les auteurs des actes soumis au contrôle de légalité, Pascal Cadieu évoque « *les collectivités locales et leurs satellites* » V. P. Cadieu, *le déféré préfectoral*, Collection « l'essentiel sur », 1999, p. 4,5 . P. Fanachi, *Manuel de contrôle de légalité des actes des collectivités locales et de leurs établissements publics*, 2^e édition, DGCL, La Documentation française, 1991, p. 14.

³⁷ V. Chapitre premier du titre VI : « Contrôle de légalité »

collectivités locales au représentant de l'Etat, l'article 334 du code des collectivités locales dispose que « *sont concernés par ces dispositions les actes suivants: les délibérations des conseils ou les décisions prises par délégation des conseils ; les actes à caractère réglementaire pris par les collectivités locales dans tous les domaines qui relèvent de leur compétence en application de la loi, les conventions relatives aux marchés ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial, les décisions individuelles relatives à la nomination, à l'avancement, de grade ou d'échelon d'agents des collectivités locales, les décisions individuelles relatives aux sanctions soumises à l'avis du conseil de discipline et au licenciement d'agents des collectivités locales* ». Cependant, l'article 334 n'épuise pas la liste des actes concernés. L'article 335 allonge la liste et y ajoute « *les décisions réglementaires et individuelles prises par le président du conseil régional, le maire ou le président du conseil rural dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, les actes de gestion quotidienne pris au nom des collectivités locales autres que ceux mentionnés à l'article 334 ci-dessus* ».

Ces actes énumérés par les articles 334 et 335 relèvent d'un régime de contrôle de légalité spécial, celui du déferé du représentant de l'Etat³⁸. Il y a une catégorie d'actes ne relevant pas du régime du déferé du représentant de l'Etat mais soumis au contrôle de légalité de droit commun. Il s'agit des actes énumérés à l'article 336 du code des collectivités locales : les budgets primitifs et supplémentaires, les emprunts et garanties d'emprunts, les plans régionaux, communaux et ruraux de développement et les plans régionaux d'aménagement du territoire, les conventions financières de coopération internationale comportant des engagements d'un montant fixé par décret, les affaires domaniales et l'urbanisme, les garanties et prises de participation des sociétés privées exerçant des activités d'intérêt général à participation publique ; les marchés supérieurs à un montant fixé par décret et les contrats d'une durée supérieure à trente ans.

Une question ne peut manquer, dès lors, d'être posée : cette liste énumérative des actes concernés par le nouveau contrôle dressée par le législateur est-elle limitative ou indicative ? Au-delà de sa clarté apparente, qu'intègre-t-elle exhaustivement comme actes soumis aux nouvelles règles du contrôle c'est-à-dire susceptibles d'être déférés et qu'exclut-elle comme actes échappant aux nouvelles règles du contrôle et insusceptibles d'être déférés ? En France, la doctrine et la jurisprudence ont considéré pendant longtemps que restaient hors du champ d'application du contrôle : les décisions individuelles, à l'exception des décisions de police, et

³⁸ V. Article 337 du code des collectivités locales. infra, II

des principales décisions concernant les agents locaux, certains types de contrat, les multiples actes d'administration quotidienne et notamment les correspondances entre les élus locaux et les administrés, les actes pris par le maire en tant qu'agent de l'Etat ou encore les actes à l'égard desquels le représentant de l'Etat dispose d'un pouvoir de sanction³⁹, les actes régis par le droit privé⁴⁰. Certains y ajoutent les actes exclus par la jurisprudence française⁴¹.

Une certitude était ainsi établie sur la ligne de démarcation juridique entre les actes rentrant dans le champ du déféré et ceux qui n'y rentrent pas jusqu'à ce que le Conseil d'Etat français indique récemment, dans *l'arrêt Commune du Port*⁴², que le législateur de 1982 n'a pas entendu limiter la faculté qu'a le préfet de former un recours pour excès de pouvoir « à l'encontre de tous les actes des collectivités territoriales ». Cette jurisprudence étend ainsi le déféré aux actes non soumis à l'obligation de transmission⁴³, et montre du coup que la frontière est évanescence entre les actes soumis au contrôle et ceux qui ne le sont pas, mais au-delà entre le déféré et le recours pour excès de pouvoir⁴⁴.

En définitive, en droit français, sont des actes susceptibles d'être déferés : les actes soumis à obligation de transmission et les actes non soumis à obligation de transmission, c'est-à-dire presque tous les actes. Seuls sont exclus les actes émanant des autorités locales mais accomplis au nom de l'Etat et les actes relevant du droit privé. En droit sénégalais, la détermination du champ d'application du déféré préfectoral a suivi un processus différent. Au Sénégal, c'est le législateur qui, par l'énumération quasi exhaustive à laquelle il procède, définit un champ très large du déféré en y incluant des actes non mentionnés par le législateur français mais rattrapés et intégrés dans le champ du déféré par la jurisprudence. Le législateur sénégalais, lui, a pris les devants en définissant initialement un champ large du déféré. En droit sénégalais, le champ d'application du déféré embrasse la presque totalité des actes locaux. La circulaire sénégalaise relative au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire

³⁹ V. M. Sabine, *le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales*, op. cit. p.64

⁴⁰ V. J. Rivéro, J. Waline, *Précis de droit administratif*, 14^{ème} édition, Précis Dalloz, 1992, p. 417

⁴¹ V. P. Fanachi, *Manuel de contrôle de légalité*, op.cit., p.19.

⁴² Conseil d'Etat français, 28 février 1997, *Commune du Port*, in V. L. Touvet, J. Ferstenbert, C. Cornet, **Les grands arrêts du droit de la décentralisation**, op. cit. p. 254.

⁴³ Idem.

⁴⁴ V. le débat doctrinal fort dense à propos de l'arrêt *Commune du Port*. Citons parmi les innombrables études : J. C. Douence, « Le fondement constitutionnel du déféré préfectoral », *précité*. Verpeaux (M.), « Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou commune du Port, encore... », *précité*. Marceau (A.), *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales, étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit.

confirme que les seuls actes que le législateur a entendu exclure sont « *tous les actes pris au nom de l'Etat, notamment lorsque les maires ou les présidents de conseil rural agissent comme agents de l'Etat* »⁴⁵, car ces actes restent soumis au régime du contrôle hiérarchique. Si l'on comprend bien la circulaire, les actes pris au nom de l'Etat, tous les autres actes (à l'exclusion quand même des actes de droit privé que la circulaire semble avoir oubliés) sont susceptibles d'être déférés par le représentant de l'Etat au juge⁴⁶.

Finalement par des voies différentes : jurisprudentielle et législative respectivement, le droit français et le droit sénégalais ont aménagé un champ d'application du déféré aux contours identiques⁴⁷. En est-il de même pour ce qui concerne le choix du moment de l'intervention du contrôle ?

B. Un contrôle postérieur à l'entrée en vigueur des actes

Dans le droit relatif aux collectivités locales antérieur à 1996, le régime de l'entrée en vigueur des actes des communes et des communautés rurales était conditionné par leur approbation expresse ou tacite voire à leur autorisation dans certains cas.

En 1996, le dispositif de contrôle institué par les textes sur la décentralisation a procédé non pas à la suppression radicale du contrôle a priori ou pouvoir d'approbation comme en France⁴⁸, mais à son rétrécissement considérable en le ramenant au rang d'exception. Désormais, le principe est que les actes des collectivités locales sont soumis à un contrôle a posteriori (1). Il s'agit incontestablement d'une innovation importante dont il faut relativiser

⁴⁵ V. Circulaire relative au contrôle de légalité (précitée).

⁴⁶ Pourtant, telle ne semble pas être la perception du juge sénégalais qui a considéré par exemple que l'acte du Maire de la Commune de Goudomp ayant mis fin aux fonctions du délégué de quartier de Dialacounda I « *n'est pas de celles qui sont susceptibles de déféré au sens des dispositions des articles 334, 335 et suivants du code des collectivités locales* ». Conseil d'Etat sénégalais, 25 novembre 1998 Le Préfet du Département de Sédhiou C/ la Commune de Goudomp représentée par le Maire (inédit).

⁴⁷ Dans ce genre de situation de consécration législative d'une jurisprudence française par un pays africain et au regard de la tradition de mimétisme juridique et d'expérience de codification de la jurisprudence française (loi du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration), le chercheur ne peut résister à la tentation de soupçonner le législateur africain de mimétisme. Thèse du mimétisme irrecevable en l'espèce du fait de la chronologie des choses car la jurisprudence Commune du Port date de 1997 soit une année après l'adoption des textes sénégalais en 1996. En tout cas mimétisme ou originalité, simple codification de la jurisprudence française ou non, le législateur sénégalais a procédé à une délimitation claire du champ du déféré, facilitant du coup, la tâche au juge.

⁴⁸V. alinéa 6 de l'article 3 de la loi française du 2 mars 1982.

la portée au regard de la persistance du contrôle a priori sur une catégorie d'actes importants (2).

1. L'érection du contrôle *a posteriori* en contrôle de principe

L'institution du contrôle a posteriori est une réaction au contrôle a priori. Ce dernier postule l'assujettissement de l'entrée en vigueur des actes des collectivités locales à leur approbation ou à leur autorisation par une autorité de tutelle appelée abusivement d'ailleurs par les textes « *autorité supérieure* »⁴⁹ comme si l'on était dans le cadre du pouvoir hiérarchique. Il est perçu comme étant l'une des formes les plus énergiques de la tutelle. Quant au contrôle a posteriori, il est réputé se fonder sur la confiance en la collectivité locale et consacre « *le principe de l'exécution de plein droit des actes des autorités locales* » selon la formule de Vedel et Delvolvé⁵⁰. Ainsi, le problème principal, en l'occurrence, est celui de l'entrée en vigueur des actes des collectivités locales. Aussi, la substitution du contrôle a posteriori au contrôle a priori revêt une importance qu'on ne peut apprécier qu'en comparant le régime actuel de l'exécution de plein droit des actes des collectivités locales au régime antérieur de la tutelle d'approbation et de la tutelle d'autorisation.

Avant 1996, les règles posant les modalités du contrôle a priori étaient fixées à la fois par la loi portant code de l'administration communale⁵¹ et la loi relative aux communautés rurales⁵². Dans le cadre des communes, la formule de l'alinéa 1^{er} de l'article 47 du code de l'administration communale était sans ambiguïté : « *ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées, les délibérations des conseils municipaux portant sur les objets suivants* ». L'article cite une liste impressionnante de vingt six (26) matières dans laquelle on retrouve aussi bien les actes budgétaires que les acquisitions d'immeubles et la dénomination des rues et places. Le vingt sixième objet qui clôture la liste visait « *d'une façon générale, les délibérations soumises à approbation ou à autorisation en vertu d'un texte spécial* ». Aux termes de l'article 48, les délibérations portant sur les vingt six (26) chefs de compétence cités à l'article 47 sont exécutoires après approbation de l'autorité de tutelle.

Il résulte de ces textes que l'autorité de tutelle pouvait refuser expressément ou tacitement son approbation dans un délai de trente jours. Dans ce cas, le conseil municipal ne pouvait

⁴⁹ V. article 44 de la loi 66-64 portant code de l'administration communale (abrogée)

⁵⁰ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, Paris, P.U.F., 12^{ème} édition, 1992, p. 574. V. dans le même sens, J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, EJA, 2001, p.183

⁵¹ Loi n°66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale (précitée) (abrogée)

⁵² Loi n°72-25 du 19 avril 1972 relative aux communautés rurales (précitée)(abrogée).

exercer les voies de recours juridictionnel, en l'occurrence le recours pour excès de pouvoir, qu'après s'être pourvu dans les deux mois devant le Président de la République⁵³.

Le parcours de la validation des actes soumis à approbation préalable se caractérisait par une lourdeur procédurale et la présence d'un « *pouvoir général de surveillance* » selon l'expression d'Alain Bockel⁵⁴, pernicieux à la libre administration en termes de possibilité de découragement des initiatives des collectivités locales. Dans ce contexte, les initiatives locales sont susceptibles d'être paralysées par des refus d'approbation ou retardées par l'obligation d'attendre le feu vert de l'autorité de tutelle pour agir. Cette attente d'autorisation pour agir semblait même valable pour les actes non soumis au régime de l'approbation car même « *les délibérations qui ne sont pas soumises à l'approbation expresse ne deviennent exécutoires que quarante jours après avoir été déposées à la Région* »⁵⁵. Délai suffisamment long pour qu'on ne suspectât pas le législateur de vouloir confondre les actes soumis à approbation préalable et les actes non soumis à approbation préalable dans le même régime de la tutelle d'approbation. Cette dernière demeura le principe aussi bien pour les actes des communes que pour ceux des communautés rurales⁵⁶, et ce jusqu'en 1996⁵⁷.

⁵³ Article 48 alinéa 3 du code de l'administration communale (abrogé).

⁵⁴ A. Bockel, *Droit administratif*, op.cit., p.307

⁵⁵ V. article 47 de la loi 66-64 portant code de l'administration communale (abrogée).

⁵⁶ Le même régime d'approbation préalable était à peu près valable pour les délibérations des conseils ruraux. Cependant la tutelle sur les communautés rurales était plus contraignante du fait des nécessités de la tutelle d'assistance liées au faible niveau d'instruction des élus ruraux. Cette tutelle d'assistance était principalement exercée par les sous préfets appelés alors « les rois de la brousse » « détenteurs du coffre fort ».

⁵⁷ Pourtant, dès 1987, puis de façon plus claire en 1990, l'article 29 de la loi 90-07 du 26 juin 1990 a supprimé le contrôle a priori pour les entreprises publiques sénégalaises et l'a remplacé par un contrôle a posteriori. L'article s'intitule ainsi qu'il suit : « *les entreprises du secteur parapublic sont dispensées de tout contrôle a priori* ». Le législateur reconnaissait dans l'exposé des motifs de la loi le caractère paralysant du contrôle a priori proclame que les entreprises « *ne ressortissent désormais que d'un régime d'un contrôle a posteriori plus simple et mieux organisé. L'objectif est, d'une part de responsabiliser les entreprises et d'autre part de faire progresser à travers ce contrôle la qualité de leur gestion* ». V. loi 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé, in *JORS* n° 5358 du 7 juillet 1990, pp.325-330. Lors même que l'année 1990 était favorable à la suppression du contrôle a priori sur les collectivités locales du fait des réformes apportées par les loi du 08 octobre 1990 ayant, pour les communautés rurales, transféré le pouvoir d'ordonnateur du sous-préfet au président de conseil rural, et pour les communes, octroyé le statut de commune de plein exercice à toutes les communes, notamment les communes chef-lieu de région, il faudra attendre 1996 pour que ce raisonnement libérateur et émancipateur qui a profité aux entreprises publiques soit étendu aux collectivités locales.

En 1996, le législateur a inversé la tendance, le contrôle a posteriori devient la règle, le contrôle a priori l'exception. Cela est nettement perceptible dans les nouvelles règles régissant le contrôle de légalité des actes locaux. L'analyse de ces règles nous permet de distinguer deux régimes d'entrée en vigueur pour les actes soumis au principe de l'exécution de plein droit: le régime d'entrée en vigueur des actes de l'article 334 du code des collectivités locales et celui des actes de l'article 335 du même code. Les actes importants des collectivités locales cités par l'article 334 sont exécutoires de plein droit quinze jours après la délivrance de l'accusé réception par le représentant de l'Etat, sauf demande de seconde lecture et après leur publication (notamment pour les actes réglementaires) ou leur notification aux intéressés (pour les actes individuels). Le délai de quinze (15) jours peut être réduit par le représentant de l'Etat à la demande de l'autorité locale. D'autres actes moins importants, notamment les actes répétitifs pris par les exécutifs locaux aux fins de la gestion quotidienne des collectivités locales bénéficient d'un régime d'exécution de plein droit davantage libéral car ils sont, aux termes de l'article 335, « *exécutoires de plein droit dès qu'il est procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés, après transmission au représentant de l'Etat* ».

Cette dualité du régime de l'exécution de plein droit des actes des collectivités locales appelle plusieurs remarques : d'abord, l'entrée en vigueur des actes considérés comme les plus importants requiert, en principe, un délai de quinze jours tandis que les actes de l'article 335 entrent immédiatement en vigueur une fois les formalités prescrites (publication et transmission) remplies. L'aménagement de ce délai témoigne de la volonté du législateur de laisser une marge de manœuvre au représentant de l'Etat et atténuée, du coup, le caractère immédiatement exécutoire des actes de l'article 334 dont bénéficient, en revanche, les actes de l'article 335.

Ensuite, ces actes sont tous soumis à l'obligation de transmission qui n'est pas une condition d'existence de l'acte mais une condition de son entrée en vigueur, de son opposabilité. La transmission constitue, selon Jacques Moreau, « *une mesure de publicité originale imposée aux exécutifs locaux pour certains des actes juridiques les plus importants au nom de la collectivité locale qu'ils administrent* »⁵⁸.

Il apparaît donc clairement que les autorités locales sont obligées de transmettre ces actes mais qu'elles ne sont astreintes à aucun délai pour le faire. Aussi longtemps qu'elles n'accomplissent pas la formalité de la transmission, dont la preuve peut être rapportée par tout

⁵⁸ J. Moreau, « Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif de légalité », in *AJDA*, 1992, spécial, p.50.

moyen⁵⁹, leurs actes ne sont ni exécutoires, ni opposables. Pourtant, force est de constater dans la pratique que les collectivités locales ne se soumettent pas toujours à cette formalité alors que leurs actes bénéficient du principe de l'exécution de plein droit⁶⁰. Des actes théoriquement inopposables et non exécutoires connaissent pourtant une exécution, ainsi qu'il ressort des *rapports sur le contrôle de légalité*⁶¹. Cela pose le problème du respect des textes relatifs à l'entrée en vigueur des actes locaux et, au-delà, de l'effectivité du droit de la décentralisation⁶².

2. La persistance du contrôle *a priori*

L'institution du contrôle *a posteriori* a incontestablement une portée émancipatrice pour les collectivités locales. Elle induit un élargissement et un approfondissement de la liberté des collectivités locales en ce que l'entrée en vigueur et l'exécution de leurs actes ne sont plus

⁵⁹ V. article 334 alinéa 2 du code des collectivités locales.

⁶⁰ Le juge français a eu l'occasion de préciser que la transmission de l'acte au représentant de l'Etat étant une condition du caractère exécutoire de l'acte, son application avant transmission est illégale. C.E. 27 avril 1987, Commissaire de la République des Côtes-du-Nord, Rec., p.721, AJDA, 1987, note J.B. Auby)

⁶¹ Le premier rapport sur le contrôle de légalité constate que de 1998 à 2001, ce sont, en moyenne, seulement sept (7) actes qui sont transmis annuellement aux représentants de l'Etat. Cette faiblesse de la proportion d'actes transmis en référence à la normale résulte selon le rapport de l'absence d'indication obligatoire de délai pour la transmission des actes et de la rétention délibérée par certains élus de leurs actes. Ces pratiques sont surtout observées, pour les actes d'urbanisme et les affaires domaniales devant pourtant être approuvés par les représentants de l'Etat avant d'être exécutés. Il convient de noter, relève le rapport, que le nombre d'actes transmis par les collectivités locales aux représentants de l'Etat a augmenté entre 1998 et 2001 de l'ordre de 34,15%. Les actes relevant de l'article 335 du Code des collectivités locales ont contribué à hauteur de 66% (569/863 soit exactement 65,93%) à cet accroissement, contre 36% pour les actes visés par l'article 334 tandis que les actes énumérés à l'article 336 viennent en réduction pour un taux de 2%. Cf. République du Sénégal, Ministère de l'Intérieur, *Rapport sur le contrôle de légalité*, (période 1998-2001), juin 2002 (inédit), p. 9 et s. Sur une note d'optimisme, le second rapport qui couvre la période 1998-2002 constate « *une très forte augmentation* » du nombre d'actes transmis aux représentants de l'Etat qui aurait même « *doublé par rapport à la moyenne observée sur la période 1998-2001* ». Avec près de 6 000 actes transmis par les 397 collectivités locales, on obtient une moyenne globale de 15 actes par collectivité locale pour l'exercice 2002, alors que sur la période 1998-2001, la moyenne globale des actes transmis, par an et par collectivité locale, n'était que de 7,4. République du Sénégal, Ministère de l'Intérieur et des collectivités locales, *Rapport sur le contrôle de légalité*, (exercice 2002), Octobre 2003 (inédit), p.11 et s.

⁶² L'effectivité des textes est un des grands problèmes du système sénégalais de décentralisation. Pour un essai d'étude de la question, v. I. Diallo, *Effectivité du droit sénégalais des collectivités locales*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon Sorbonne, 2002.

conditionnées par la volonté des autorités de tutelle. Il s'agit d'un progrès pour les libertés locales. L'avènement du contrôle a posteriori se justifie, d'après les termes de la circulaire précitée, par le fait que « *dans la pratique, le contrôle préalable dit aussi, contrôle a priori, était source de lenteurs pour la mise en œuvre des actes et décisions des organes des collectivités locales* ». Il s'agit, en réalité, du vrai transfert du pouvoir décisionnel des autorités de tutelle aux autorités sous tutelle. C'est pourquoi à la fois le législateur et les élus locaux eux-mêmes y voient la fin de la tutelle.

Pourtant, l'analyse rapprochée des textes doit amener à nuancer l'étendue de la liberté octroyée aux collectivités locales, à relativiser le progrès des libertés locales et à atténuer l'enthousiasme des élus locaux et des militants de la décentralisation qui considéraient que l'abrogation de la loi 66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale et l'adoption de la loi 96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales ont marqué le passage d'un code de défiance à un code de confiance. En effet, il faut signaler la persistance du contrôle a priori pour les actes les plus importants des collectivités locales. L'article 336 du code des collectivités locales est très clair sur ce point : « *par dérogation au caractère exécutoire des actes prévus aux articles 334 et 335 du présent code, restent soumis à l'approbation préalable du représentant de l'Etat les actes pris dans les domaines suivants* ». Il s'agit d'actes essentiels pour ne pas dire vitaux comme les budgets, les emprunts, les plans de développement des collectivités locales, les conventions financières de coopération internationale d'un certain montant, les affaires domaniales, les prises de participation dans certaines entreprises, les marchés d'une certaine importance⁶³.

Cette liste énumérative des domaines dans lesquels les actes pris doivent faire l'objet d'approbation préalable montre qu'il s'agit des actes les plus importants de la vie de la collectivité locale. Aussi, à l'analyse, ne devrait-on pas remettre en cause la véracité de la maxime du législateur selon laquelle « *le contrôle a posteriori sera désormais la règle et le contrôle a priori l'exception* ». La maxime est quantitativement vraie mais qualitativement contestable. En effet, si du point de vue quantitatif les actes les plus nombreux sont dispensés de tout contrôle a priori et sont soumis au principe de l'exécution de plein droit comme nous l'avons vu plus haut, il y a lieu de noter que, du point de vue qualitatif, des actes déterminants pour la libre administration des collectivités locales (les budgets, les plans, les marchés publics, les engagements financiers de la coopération décentralisée) demeurent encore soumis

⁶³ V. article 336 du code des collectivités locales

à l'approbation de l'autorité de tutelle, laquelle dispose d'un délai d'un mois exercer ses prérogatives⁶⁴.

Ainsi qu'on le voit, il y a encore dans le droit sénégalais de la décentralisation, une coexistence du régime de l'exécution de plein droit des actes locaux et de celui de la tutelle d'approbation des actes les plus importants⁶⁵.

Cohabitation ou dualité de régimes qui exprime, de façon éclatante, une réalité souterraine : c'est la persistance de la tension entre, d'une part, l'option d'approfondir la décentralisation et d'autre part, la volonté de surveiller les collectivités locales. Les rapports Etat- collectivité locale sont ainsi, par excellence, le lieu de véracité de l'adage suivant lequel « *la confiance n'exclut pas le contrôle* ». Ce contrôle a, en l'occurrence, une vocation bien paradoxale : garantie et en même temps contrepoids de la liberté locale. Cette vocation paradoxale est encore plus perceptible au niveau de la mise en œuvre du contrôle de légalité qui suit un parcours que l'on peut qualifier d'échelonné dans la mesure où il se déroule en deux phases.

⁶⁴ Pour tempérer la puissance des représentants de l'Etat sur ce point, il est prévu que l'approbation du représentant de l'Etat est réputée tacite si elle n'a pas été notifiée à la collectivité locale dans le délai d'un mois qui peut être réduit par le représentant de l'Etat à la demande de l'autorité locale. Il s'y ajoute, comme nous le verrons plus loin qu'en l'espèce, l'autorité sous tutelle peut déférer le refus d'approbation de l'autorité de tutelle devant le Conseil d'Etat.

⁶⁵ D'ailleurs, il convient de relever une spécificité du droit sénégalais de la décentralisation par rapport au droit français : en droit sénégalais, mis à part les actes de droit privé, pour l'essentiel, tous les actes des collectivités locales semblent être au moins soumis à une obligation minimale pour être exécutoires : celle de la transmission. Alors qu'une énumération sert à déterminer une catégorie *ne varietur* pour en exclure d'autres, le législateur sénégalais énumère, pour l'essentiel, tous les actes susceptibles d'être pris par les collectivités locales, même les « *actes de gestion quotidienne pris au nom des collectivités locales autres que ceux énumérés à l'article 334* » (article 335 du code) qui sont pourtant, selon André de Laubadère, de simples « *actes nombreux, répétitifs, de moindre importance concernant la vie interne de la collectivité sans relations habituelles avec les administrés* » V. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, op.cit., p.215. En définitive, le législateur sénégalais a opté pour la transmission généralisée sans le dire expressément. Par voie de conséquence, la distinction paradigmatique en droit français entre les actes soumis à l'obligation transmission et ceux qui ne sont pas soumis à l'obligation de transmission ne se justifie pas au Sénégal. En tout cas, autant la généralisation du déféré par l'énumération exhaustive des actes concernés procède de la clarification, autant la généralisation de l'obligation de transmission à la presque totalité des actes locaux constitue un des vestiges du pouvoir de surveillance qui s'exerçait sur les collectivités locales et traduit, dans une certaine mesure, les hésitations de l'Etat à vraiment lâcher du lest dans l'autonomisation des collectivités locales.

II. Un contrôle échelonné dans sa mise en oeuvre

L'analyse des modalités de mise en oeuvre du nouveau mode de contrôle des actes des collectivités locales montre des innovations significatives par rapport au mode antérieur. Aussi là encore, une comparaison avec le passé s'impose, par endroits et par moments, pour mesurer l'ampleur du changement.

En réaction à la tutelle antérieure exercée jadis dans la plupart des cas par le Ministère de l'Intérieur et ses services avec les effets pervers que sont les lenteurs dans la prise en charge des affaires locales, le législateur a voulu, en 1996, instituer, selon les termes de l'exposé des motifs de loi 96-06, « un contrôle de légalité adapté et rapproché » devant « se traduire par une nouvelle mission assignée aux représentants de l'Etat auprès des collectivités locales et au Conseil d'Etat pour le contrôle juridictionnel ».

Cependant, si l'exercice du contrôle des actes leur est entièrement dévolu, il leur est en revanche retiré et défendu tout pouvoir d'annulation sur les actes qu'ils peuvent déférer au Conseil d'Etat si ceux-ci leur paraissent non conformes à la légalité. C'est ce schéma de contrôle que pose l'article 12 du code des collectivités locales qui dispose : « *les actes des collectivités locales font l'objet d'un contrôle de légalité exercé par les représentants de l'Etat. Le Conseil d'Etat est juge du contentieux né de l'exercice du contrôle* ». Comme on le voit, l'article 12 procède à une séparation des fonctions entre le représentant de l'Etat et le juge. La fonction de contrôle est ainsi dévolue au représentant de l'Etat, celle de trancher le différend né de l'exercice du contrôle au Conseil d'Etat. Ainsi, la mise en branle du contrôle suit un parcours échelonné en une phase administrative incontournable liée à l'obligation qui pèse sur le représentant de l'Etat de vérifier la légalité des actes qui lui sont transmis (A) et en une phase juridictionnelle qui reste éventuelle (B) parce que dépendant de la volonté du représentant de l'Etat de saisir le juge.

A. La phase administrative du contrôle

Le code des collectivités locales habilite le représentant de l'Etat à exercer le contrôle sur les actes des autorités locales qui lui sont transmis. Il s'agit, en réalité, du premier niveau d'appréciation de la validité normative des actes. En effet, le représentant de l'Etat procède à l'examen de la légalité des actes (1). A l'issue de cet examen, il peut adopter deux comportements alternatifs : soit il considère que les actes à lui transmis sont conformes à la légalité, et ceux ci acquièrent, du coup, leur régularité juridique une fois expiré le délai de

recours contre eux⁶⁶; soit il considère que les actes ne sont pas conformes à la légalité, il les défère, le cas échéant, devant le juge de l'excès de pouvoir, en l'occurrence le Conseil d'Etat. Il s'agit là des conséquences de l'examen de la légalité des actes des autorités locales (2).

1. **l'examen de la légalité des actes par le représentant de l'Etat**

Dans le droit de la décentralisation antérieur aux lois de 1996, le pouvoir d'exercer le contrôle de tutelle sur les actes des collectivités locales était, comme on l'a vu plus haut, dévolu pour l'essentiel au Ministère de l'Intérieur, et dans certains cas au Président de la République. Le décret 65-195 du 25 mars 1965 fixant les pouvoirs de tutelle sur les communes (abrogé) disposait que « *le ministre de l'intérieur exerce sur les communes les pouvoirs dévolus par les lois et règlements en vigueur aux anciens chefs de territoire* » c'est-à-dire les pouvoirs de contrôle et de surveillance sur les communes. Il exerce ces pouvoirs sur le rapport des gouverneurs de région auxquels il pouvait déléguer une partie ses pouvoirs de tutelle⁶⁷. Les aspects financiers de cette tutelle étaient dévolus au Président de la République⁶⁸. Ultérieurement, le décret 73-278 du 19 mars 1973 fixant les pouvoirs de tutelle du Ministère de l'intérieur sur les collectivités locales (abrogé) attribuait l'essentiel des pouvoirs de tutelle à l'égard des actes des collectivités locales au Ministère de l'Intérieur, notamment à sa direction des collectivités locales. Les seules dérogations admises à ce principe étaient les cas dans lesquels les textes attribuaient des compétences spéciales aux autorités administratives (gouverneur, préfet et sous-préfet) à l'égard des collectivités locales et les cas de délégation de pouvoirs de tutelle aux autorités administratives.

Ce régime était donc caractérisé par une centralisation de l'examen de la régularité des actes mais aussi une diversification du régime de contrôle des actes selon les catégories d'actes et selon le type de collectivité locale concernée. A cet égard, l'innovation introduite par le législateur en 1996 a consisté en la déconcentration et en l'uniformisation de la tutelle par la substitution du seul représentant de l'Etat aux diverses autorités de tutelle du droit antérieur. Il y a uniformisation car le représentant de l'Etat examine la légalité de tous les actes, quel que soit leur objet, acte administratif ou acte financier. Lorsque les actes des collectivités locales lui sont transmis, le représentant de l'Etat en apprécie la légalité. L'énumération faite par les articles 334 et 335 du code des collectivités locales nous édifie davantage sur la nature des

⁶⁶ Il n'est pas superfluous de souligner qu'indépendamment du déféré, les personnes physiques ou morales conservent leur faculté d'attaquer par la voie du recours pour excès les actes des collectivités leur faisant grief.

⁶⁷ V. article 1^{er} du décret cité. (abrogé).

⁶⁸ V. article 2 du décret précité

actes concernés par le nouveau contrôle de légalité⁶⁹. Les actes concernés sont essentiellement et principalement, des actes unilatéraux et accessoirement des actes contractuels. Les actes unilatéraux visés sont les délibérations des conseils ou les décisions prises par délégation des conseils, les actes à caractère réglementaire pris par les collectivités locales, les décisions individuelles concernant l'administration et la gestion du personnel des collectivités locales, les décisions réglementaires et individuelles mais aussi les actes de gestion quotidienne pris par les exécutifs locaux. Les seuls actes contractuels concernés par le contrôle de légalité sont les conventions relatives aux marchés ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel et commercial.

Il est donc permis d'affirmer que le contrôle de légalité est, pour l'essentiel, un contrôle de légalité des actes unilatéraux des collectivités locales, qu'ils émanent des organes délibérants ou des organes exécutifs. Au surplus, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux ou d'actes bilatéraux, le contrôle exercé par le représentant de l'Etat demeure, dans tous les cas, un contrôle de légalité *stricto sensu*. Le législateur ne définit pas la nature du contrôle de légalité à exercer mais l'on peut considérer, si l'on se fie à la circulaire relative au contrôle de légalité⁷⁰, qu'il s'agit des aspects couvrant la légalité externe et interne au sens où elle a été progressivement développée par la jurisprudence administrative et théorisée par la doctrine⁷¹. Aussi, le contrôle de légalité qui s'exerce sur les actes unilatéraux est le même que celui qui s'exerce sur les contrats, sous réserve de quelques particularités pour ces derniers.

Lorsque l'acte lui est transmis, le représentant de l'Etat doit, du fait de son rôle de sauvegarde des intérêts nationaux et de gardien de la légalité, exercer de son propre chef le contrôle de légalité ou le faire sur demande d'une personne lésée⁷². Ce qu'il examine, ce sont les aspects liés à la légalité externe et ceux liés à la légalité interne afin d'y détecter ce que René Chapus appelle « *les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes administratifs* »⁷³.

Pour ce qui est de la légalité externe, le représentant de l'Etat vérifie la compétence de l'auteur de l'acte, c'est-à-dire son aptitude juridique à prendre l'acte. La violation des règles de compétence par l'auteur de l'acte affecte l'acte du vice d'incompétence, ce qui le rend illégal et encourageant l'annulation selon une jurisprudence constante. Le problème de

⁶⁹ V. supra. I. A. 2.

⁷⁰ V. Circulaire précitée.

⁷¹ Les manuels de droit administratif abordent largement la question du principe de légalité et des conditions de légalité des actes administratifs

⁷² Article 341 du code des collectivités locales.

⁷³ V. René Chapus, *Droit administratif*, op.cit., p.1019.

l'incompétence se pose avec acuité dans le fonctionnement des collectivités locales du fait du niveau relativement faible de connaissance des textes.

L'examen de la légalité externe amène le représentant de l'Etat à examiner les aspects liés à la forme et à la procédure d'élaboration de l'acte. Autrement dit, il vérifie si l'autorité locale a respecté les règles de forme et de procédure régissant l'élaboration de l'acte. La jurisprudence administrative sanctionne surtout le non respect des formalités substantielles.

Outre le contrôle de la légalité externe des actes à lui soumis, le représentant de l'Etat doit également procéder à l'examen de la légalité interne des actes des autorités décentralisées. L'examen de la légalité interne consiste pour le représentant de l'Etat à vérifier si les actes qui lui sont transmis respectent les normes composant le bloc de légalité⁷⁴, d'une part, et ne sont pas pris dans le sens d'un détournement de pouvoir à partir d'un faisceau d'indices, de preuves ou de présomptions. Au demeurant, même conformes à la loi, les actes des autorités décentralisées doivent être motivés par un but d'intérêt général ou local. L'article 3 du code des collectivités locales est assez expressif à ce propos : « *la région, la commune et la communauté rurale ont pour mission la conception, la programmation et la mise en œuvre des actions de développement économique, éducatif, social et culturel d'intérêt régional, communal ou rural* ». Il s'agit là d'une interdiction supplémentaire qui s'ajoute à la proscription du détournement de pouvoir postulée par la jurisprudence classique.

La même grille de contrôle est applicable aux contrats des collectivités locales. Le contrôle des actes contractuels est très important lorsque ceux-ci ont la qualité de marchés publics. En l'occurrence, le représentant de l'Etat vérifie le respect par les autorités locales de la législation relative aux marchés publics⁷⁵.

Le contrôle de légalité exercé par les représentants de l'Etat sur les actes contractuels appelle deux remarques. D'abord, le contrôle de légalité par la voie du déféré qui est un recours pour excès de pouvoir spécial contre les contrats paraît assez singulier au regard du droit administratif classique qui se caractérise, comme le remarque Sabine Martin, par « *le principe traditionnel d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs* »⁷⁶ sous réserve de la théorie des actes détachables. Le déféré contractuel en

⁷⁴ Cour suprême du Sénégal, 26 mai 1965, Ibrahima Seydou Ndao, in GDJAS, n°XIV.

⁷⁵ Depuis le 30 mai 2002, le Sénégal dispose d'un nouveau Code de passation des marchés publics instauré par le décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant code des marchés publics, in *JORS* n°6054 du 6 juillet 2002, p.1323-1364. Ce nouveau Code des marchés publics était réclamé depuis longtemps au nom d'une meilleure transparence dans la gestion des affaires publiques.

⁷⁶ V. Sabine Martin, *Contrôle a posteriori de légalité des actes des collectivités locales*, op.cit., p.242.

tant que forme de recours pour excès de pouvoir contre les contrats des collectivités locales bouleverse ainsi les principes du recours pour excès de pouvoir et constitue une nouveauté en droit administratif français⁷⁷. C'est ce qui explique qu'en France, la position de la jurisprudence ait évolué pour aboutir finalement à investir le préfet de la capacité à intenter un recours pour excès de pouvoir contre un contrat soumis ou non à obligation de transmission, le Conseil d'Etat ayant interprété le déféré comme dirigé, non pas contre le contrat, mais contre la décision de passer le contrat⁷⁸. En droit sénégalais, ayant admis la recevabilité du déféré d'un Gouverneur de région contre un contrat signé par le président du Conseil régional, le Conseil d'Etat sénégalais a considéré que le contrat conclu par le président du Conseil régional sans l'autorisation dudit conseil est entaché d'illégalité qui entraîne sa nullité⁷⁹.

En second lieu, il convient de distinguer entre les contrats soumis au régime du déféré (articles 334 et 335) et les contrats soumis au régime de l'approbation préalable (art. 336). Les contrats énumérés aux articles 334 et 335 sont soumis au régime du déféré car ils font partie des actes que le représentant de l'Etat défère au Conseil d'Etat lorsqu'il les trouve entachés d'illégalité. En revanche, les actes contractuels de l'article 336 qui relèvent de la tutelle d'approbation ne sont pas soumis au régime du déféré. Ces derniers sont transmis au représentant de l'Etat pour approbation. Celle-ci « est réputée tacite si elle n'a pas été notifiée à la collectivité locale dans le délai d'un mois à compter de la date de l'accusé de réception par le représentant de l'Etat »⁸⁰. Lorsque le représentant de l'Etat refuse d'approuver les contrats, l'exécutif de la collectivité locale (le président du conseil régional pour la région, le maire pour la commune et le président du conseil rural pour la communauté rurale) peut déférer au conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, le refus d'approbation du représentant de l'Etat⁸¹.

Ainsi, dans la première catégorie de contrats, le représentant de l'Etat se trouve dans une situation « offensive » parce que c'est lui qui prend l'initiative de déférer les contrats

⁷⁷ V. à cet égard, F. Luchaire Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, op. cit., p. 192. J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, EJA, 2001, p. 184.

⁷⁸ Conseil d'Etat français, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, Conseil d'Etat, 30 septembre 1996, Commune de Grenoble, M. Avriller. (Conseil d'Etat, Mutuelle générale des personnels des collectivités territoriales). V. P. Cadieu, *Le déféré préfectoral*, op.cit., p. 29.

⁷⁹ CE 29 juillet 1998, Gouverneur de Tambacounda C/Conseil régional de Tambacounda v. *Bulletin des arrêts* n°2 mars 2001, années judiciaires 1998-1999-2000, n°6, p. 12.

⁸⁰ V. intégralement le texte de l'article 336 du code des collectivités locales.

⁸¹ V. l'intégralité du texte de l'article 340 du code des collectivités locales.

mentionnés aux articles 334 et 335, exerçant ce que l'on appelle le déféré contractuel, alors que dans le second cas, il est sur la « défensive » car il appartient aux exécutifs locaux de déférer son refus d'approbation. C'est donc à raison que le Conseil d'Etat sénégalais a déclaré irrecevable la requête d'un déféré introduit par le Sous Préfet de Baba Garage et visant l'annulation de l'acte par lequel le Conseil rural de Dinguiraye a décidé la suspension de l'exploitation d'un terrain litigieux. La Haute juridiction a considéré que la délibération attaquée, relevant des affaires domaniales, fait partie des actes soumis approbation préalable du représentant de l'Etat, et ne peut donc être attaquée par la voie du déféré par le représentant de l'Etat⁸². En l'occurrence, le représentant de l'Etat doit approuver ou ne pas approuver. Par suite, c'est son refus d'approbation qui peut être attaqué, par la voie de l'excès de pouvoir, par l'exécutif local.

2. Les conséquences de l'examen de la légalité des actes par le représentant de l'Etat

Le contrôle de légalité connaît une issue alternative : la confirmation tacite ou expresse de l'acte ou sa transmission pour annulation au juge de l'excès de pouvoir par une voie de droit exclusivement ouverte au représentant communément appelée le déféré⁸³.

Dans le premier terme de l'alternative, le représentant de l'Etat considère, à l'issue du contrôle effectué sur les actes à lui transmis, que ceux-ci sont conformes à la légalité et constate la régularité des actes. Le contrôle de légalité accompli sans suite contentieuse constitue une sorte d'attestation tacite de régularité des actes. Pour rendre expresse cette sorte

⁸² Conseil d'Etat du Sénégal, 28 février 2002, le Sous-préfet de Baba Garage C/le Conseil rural de Dinguiraye (inédit).

⁸³P. Cadieu, *Le déféré préfectoral*, Territorial, Collection « l'essentiel sur », 1999. « Déféré préfectoral et contrôle des actes des collectivités locales (conclusions et notes du jurisprudence) », in *RFDA* 1987, pp. 206-224. Il convient de signaler que les rapports entre le recours pour excès de pouvoir et le déféré sont ambigus en jurisprudence et discutés en doctrine. Tandis que certains les assimilent, d'autres les distinguent avec netteté. Au demeurant, le dernier frémissement de la doctrine majoritaire sous l'impulsion de la jurisprudence Commune du Port (précité) tend à les assimiler et à considérer le déféré comme une simple « variante du recours pour excès de pouvoir » (J.C. Douence), une « sorte de recours pour excès de pouvoir » (J. Moreau), un « recours pour excès de pouvoir qui se dédouble en un recours de droit commun et en un recours spécial » (R. Chapus). V. respectivement J. C. Douence, « Le fondement constitutionnel du déféré préfectoral », *RFDA* 1997, précité, p.1200. J. Moreau, *administration régionale, départementale et municipale*, op. cit., p. 15. R. Chapus, *Droit administratif*, op. cit., p. 179. Pour une étude plus récente, M. Verpeaux, « Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou commune du Port, encore... », précité.

de confirmation de la régularité de l'acte par le représentant de l'Etat et être rassuré que son acte ne sera pas querellé devant le juge de l'excès de pouvoir, l'exécutif local peut adresser une demande au représentant de l'Etat pour être éclairé sur le sort réservé aux actes transmis, autrement dit sur son intention vis à vis de ces derniers. C'est ce que prévoit l'article 337 alinéa 3 du code des collectivités locales qui dispose : « *sur demande du Président du conseil régional, du Maire, du Président du conseil rural, le représentant de l'Etat l'informe de son intention de ne pas déférer au juge administratif un acte qui lui a été transmis en application de l'article 334 du code des collectivités locales* »⁸⁴. Le représentant de l'Etat a l'obligation de répondre, l'utilisation de l'indicatif présent par le législateur valant impératif. En fait, l'institution d'une telle procédure répond à la nécessité d'une collaboration entre les protagonistes du contrôle de légalité. Une question de droit se pose à ce niveau : quelle est la valeur juridique du « *certificat de non recours* » délivré par le représentant de l'Etat ? Le lie-t-il, l'engage-t-il à renoncer à user ultérieurement des voies de recours qui lui sont offertes. En droit français, on considère que le certificat de non recours ne lie pas le représentant de l'Etat⁸⁵ qui, tant que le délai de recours n'est pas expiré, peut toujours saisir le juge. Cette position est-elle transposable en droit sénégalais ?

Dans l'attente d'une jurisprudence relative à cette question, on doit formuler une réponse nuancée dans la mesure où un argument ressortissant à la sociologie administrative ne peut manquer d'être invoqué dans le contexte sénégalais. Quelles seraient les implications morales et sociales d'un revirement d'un représentant de l'Etat, « *notable* » dans sa circonscription administrative, qui donne sa parole de ne pas attaquer un acte local à l'exécutif local, lui aussi « *notable* » dans sa collectivité locale, pour par la suite, se dédire et attaquer l'acte dans lequel il aurait découvert ultérieurement des vices d'illégalité ? La première attitude de cette rétractation, même motivée de la part du gardien de la légalité par des soucis de défense de la loi, serait perçue avant tout comme le non-respect de la parole donnée par un notable à un autre notable et par voie de conséquence, l'instauration d'une crise de confiance et de respectabilité entre deux autorités que la singularité de l'histoire administrative du pays pousse à entretenir de bons rapports. C'est là un facteur qui relève de la sociologie administrative et relativise les mérites du placage systématique des solutions françaises à un pays au contexte culturel différent.

⁸⁴ On peut constater l'exclusion des actes de l'article 335.

⁸⁵ V. O. Gohin, *Institutions administratives, op. cit.*, p.513.

Dans le second terme de l'alternative, le représentant de l'Etat porte son manteau de « commissaire du droit » car il est question pour lui d'entreprendre de poursuivre un acte qu'il estime entaché d'illégalité. Il s'agit d'une obligation qui pèse sur lui, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 337 selon lequel, « *le représentant de l'Etat défère au conseil d'Etat les actes mentionnés aux articles 334 et 335 qu'il estime entachés d'illégalité...* ». Cette disposition appelle deux observations. D'abord, il s'agit là d'une innovation très importante parce que le représentant de l'Etat ne dispose plus, comme jadis, du pouvoir d'annulation des actes des autorités locales, mais plutôt d'un droit de recours spécial, personnel, et discrétionnaire qui lui permet d'attaquer les actes locaux devant le juge de l'excès de pouvoir. Dans le procès en légalité, il cesse d'être juge pour ne plus être que partie, renversement propre dans le contexte local à éroder son autorité et à affecter son prestige. Il y a, à cet égard, « *une modification des rapports entre les élus locaux et les représentants de l'Etat* »⁸⁶. Ensuite, l'invite faite au représentant de l'Etat de déférer les actes qui lui paraissent illégaux consiste en une obligation qui pèse sur lui dès lors que l'acte lui paraît illégal. Toutefois, cette obligation est tempérée par au moins deux éléments.

D'une part, le représentant de l'Etat dispose d'une marge de manœuvre qui lui permet d'éviter le procès et de trouver un compromis avec les autorités locales. La première modalité de marge de manœuvre est prévue par les textes. Il s'agit de la possibilité ouverte au représentant de l'Etat de suspendre, à titre provisoire, le caractère exécutoire des actes cités à l'article 334 par la formulation d'une demande de seconde lecture adressée à l'autorité locale. Ce qui a pour but de permettre à l'autorité locale de pouvoir revenir sur les éventuelles illégalités décelées par le représentant de l'Etat. La seconde modalité de marge de manœuvre, non consacrée par les textes et souvent utilisée dans la pratique, consiste pour le représentant de l'Etat à conseiller les autorités locales afin de les amener à procéder au retrait ou à l'abrogation de leurs actes illégaux ou à réformer ces actes dans le sens de les rendre conformes à la légalité. La finalité de ce contrôle de légalité qui met en avant le rôle de conseiller du représentant de l'Etat est d'éviter le contentieux.

D'autre part, comme il s'agit des actes qu'il estime entachés d'illégalité, le représentant de l'Etat peut considérer, de bonne foi ou de mauvaise foi, que les actes qu'on lui a transmis ne sont pas entachés d'illégalité, lors même que ces actes le seraient effectivement. Un problème de droit se pose en filigrane. Quelles seraient les implications juridiques d'une carence ou

⁸⁶ Koubi (G.), « La modification des rapports entre élus locaux et représentant de l'Etat : essai d'évaluation... », *LPA*, 29 janvier 1988, p.9

d'un mauvais comportement du représentant de l'Etat consistant notamment à ne pas déférer un acte simplement ou manifestement illégal, surtout lorsqu'une personne lésée le lui demande conformément à l'article 341 du code des collectivités locales ? Là non plus, les textes n'apportent de réponse. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question qui ne manque pas d'intérêt au regard de la pratique se caractérisant par la rareté des cas de mise en œuvre du déféré⁸⁷. En droit français, il est admis que le représentant de l'Etat, défenseur de la loi, dispose d'une marge d'appréciation qui lui permet de déclencher ou de ne pas déclencher le déféré, que l'exercice du déféré est non une obligation mais une faculté⁸⁸. La pratique montre aussi qu'il refuse souvent d'exercer le déféré sur demande d'une personne lésée et de « *jouer ainsi le rôle d'avocat* »⁸⁹.

En France, cette attitude du représentant de l'Etat a été contestée par certaines personnes lésées devant le Conseil d'Etat qui, par son *arrêt Brasseur*⁹⁰, a jugé que le refus du préfet de déférer un acte, sur demande d'une personne lésée, au Tribunal administratif ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cependant, l'existence de cette simple faculté n'exclut pas la responsabilité du représentant de l'Etat en cas de faute lourde, notamment sa négligence prolongée à agir⁹¹.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un déféré spontané ou d'un déféré provoqué, le représentant de l'Etat est soumis à l'obligation d'information de l'autorité locale parallèlement à la saisine du juge de l'excès de pouvoir. C'est le sens de l'alinéa 4 de l'article 337 du code des collectivités locales qui prévoit que « *lorsque le représentant de l'Etat défère un acte au juge administratif, il en informe par écrit et sans délai l'autorité locale et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte incriminé* ». Il s'agit d'une

⁸⁷ V. *Rapport sur le contrôle de légalité, tome 1, op.cit.*, p.23 et s. « *de la qualité du contrôle de légalité exercé par les représentants de l'Etat* », notamment « *les irrégularités constatées dans l'exercice du contrôle de légalité imputables aux représentants de l'Etat* ». *Rapport de légalité, tome 2, op. cit.*, p. 18 et s. Cette réalité était perceptible aussi en France où il était noté dans les premiers rapports sur le contrôle de légalité que les préfets ne faisaient « *qu'un usage modéré* » de leur pouvoir de déférer les actes locaux. V. J. C. Douence, « *Le fondement constitutionnel du déféré préfectoral* » précité, p. 1199.

⁸⁸ V. J. Moreau, « *Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif* », précité, p. 52. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, op. cit., 577. P. Cadieu, *Le déféré préfectoral*, op. cit., p. 5.

⁸⁹ V. G. Vivens, « *Le contrôle des actes non soumis à transmission* » précité, p. 543.

⁹⁰ Conseil d'Etat français, 25 janvier 1991, *Brasseur*.

⁹¹ V. B. Seiler, « *La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral* », in *RDJ* 1992, pp. 1149-1174. V.

l'analyse de la jurisprudence *Brasseur in Touvet (L.), Ferstenbert (J.), Cornet (C.)*, les grands arrêts du droit de la décentralisation, op.cit., pp. 1163 et s. R. Chapus, *Droit administratif*, op. cit., p. 421.

obligation dont l'accomplissement « ouvre, selon François et Yves Luchaire, la voie de la négociation et des conseils⁹²». La question est alors de savoir si l'absence d'information de l'autorité locale concomitamment à la saisine à la saisine du juge de l'excès de pouvoir fait obstacle à la recevabilité du déféré ?

La réponse est affirmative en droit français. En droit sénégalais, cette disposition faisant peser sur le représentant de l'Etat l'obligation que les règles du recours pour excès de pouvoir font peser sur un requérant ordinaire en matière de signification de la requête à la partie adverse est-elle impérative ? En tout cas, on ne voit pas par quel moyen, l'autorité locale va être informée du recours contre son acte si l'auteur du recours ne prend pas l'initiative de l'informer. Cependant, est-ce que cela autorise à affirmer que l'absence d'information à la saisine du juge fait obstacle à la recevabilité du déféré ? Comme on le voit, cette question fait partie des nombreuses interrogations dont les réponses sont attendues huit ans après l'entrée en vigueur des textes sur la décentralisation. Doit-on attendre que l'occasion se présente pour la sécrétion jurisprudentielle de solutions ou doit-on lancer un appel au législateur pour clarifier ces questions ? Au lieu de considérer les solutions françaises comme immédiatement et automatiquement reductibles dans le système juridique sénégalais, la patience recommande de souhaiter que le déroulement du contrôle parvienne plus fréquemment à la phase juridictionnelle, non point par goût du contentieux, mais simplement pour permettre au juge d'avoir l'occasion de dire le droit.

B. La phase juridictionnelle du contrôle

La particularité de cette phase du parcours du contrôle de légalité est qu'elle n'est pas systématique : son effectivité est, au fond, liée au bon vouloir du représentant de l'Etat. Il n'y a de phase juridictionnelle dans la mise en œuvre du contrôle de légalité que lorsque le représentant de l'Etat prend l'initiative de déférer l'acte de la collectivité locale devant le Conseil d'Etat. La saisine du juge de l'excès de pouvoir ouvre la phase contentieuse du contrôle des actes des collectivités locales, ce qui met le juge au cœur du fonctionnement du système du contrôle de légalité des actes des collectivités locales, et au-delà face à la décentralisation⁹³. Son office est important : il est sollicité pour trancher un conflit qui a des points communs mais aussi des différences avec la variante du contrôle de légalité classique qu'est le recours pour excès de pouvoir. Il s'agit de se pencher sur l'appréciation de la légalité

⁹² F. et Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, op. cit., p. 193.

⁹³ F. X. Aubry (F.X.), et J. Lepage, « les juges administratifs face à la décentralisation », *AJDA*, 1984, pp.371.

faite par l'Etat à travers son représentant, de trancher un différend avec la possibilité de désavouer le représentant de l'Etat. Toutes choses qui, en réalité, amènent le juge à s'immiscer dans les rapports entre l'Etat et les collectivités locales, relations qui se situaient jusque là dans le « *domaine réservé* » de l'Etat, lequel y usait, à loisir, de pouvoir discrétionnaire.

Les lois décentralisatrices de 1996 ont donc la particularité de faire intervenir, d'une façon plus importante, le juge de l'excès de pouvoir dans le nouveau mode de contrôle que l'Etat exerce sur les actes de ses démembrements à base territoriale (1). Cependant, cette intervention attendue pour l'effectivité du contrôle a été, à ce stade de mise en oeuvre de la décentralisation, relativement limitée (2).

1. L'intervention du juge

L'aménagement de la possibilité de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir dans les rapports entre l'Etat et les collectivités locales n'est pas totalement une innovation apportée par les lois de 1996. En effet, dans le cadre de la mise en oeuvre du contrôle que l'Etat exerçait sur les collectivités locales, les textes antérieurs prévoyaient la possibilité pour les autorités sous tutelle d'attaquer les actes des autorités de tutelle devant le juge de l'excès de pouvoir⁹⁴.

L'innovation dans l'intervention du juge induite par la réforme de 1996 consiste en l'inversion du schéma de déclenchement de la phase contentieuse. Si autrefois l'initiative de la saisine appartenait à l'autorité locale, désormais, l'initiative de la saisine du juge appartient, au principal, au représentant de l'Etat. De même, si le juge était à la périphérie du système, il devrait maintenant en être au cœur, tout au moins dans le schéma formel. Par voie de conséquence, si l'intervention du juge était l'exception, elle devrait devenir la règle.

Tel qu'il est aménagé, le régime du contrôle de légalité se rapproche de celui du recours pour excès de pouvoir par l'identité du juge qui est le Conseil d'Etat défini par la Constitution et la loi comme le juge de l'excès de pouvoir des autorités exécutives⁹⁵ ainsi que de la légalité des actes des collectivités locales⁹⁶. L'habilitation du juge de l'excès de pouvoir à connaître du

⁹⁴ A titre illustratif, la loi 66-64 du 30 juin 1966 portant code de l'administration communale (abrogée) disposait en son article 56 que « *le conseil municipal et, en dehors du conseil, toute partie intéressée, peut se pourvoir en annulation pour excès de pouvoir devant la Cour suprême⁹⁴ contre la décision explicite ou implicite de l'autorité de tutelle* ».

⁹⁵ V. article 92 alinéa 2 de la constitution du 22 janvier 2001.

⁹⁶ V. article premier de la loi 99-72 du 17 février 1992 sur le Conseil d'Etat, in *JORS* n° 5848 du 6 mars 1999 modifiant la loi organique n° 96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'Etat.

déféré relève non seulement de la loi organique sur le Conseil d'Etat précitée mais aussi de la loi 96-06 portant code des collectivités locales⁹⁷. La compétence d'attribution du Conseil d'Etat est ainsi nettement posée par les textes.

Dans la mise en branle du déféré, le principe est que le délai dont dispose le représentant de l'Etat est le délai habituel du recours pour excès de pouvoir, à savoir deux mois à compter de la date de transmission des actes, date dont le point de départ est variable suivant la nature des actes ou selon que le représentant de l'Etat déclenche de son propre chef le déféré ou le fait sur demande d'une personne lésée. Le déféré se rapproche aussi du recours pour excès de pouvoir par les pouvoirs du juge à l'égard des actes : il s'agit d'actes ne pouvant faire que l'objet d'annulation ou de non annulation par le juge de l'excès de pouvoir qui ne peut que procéder à l'annulation totale ou partielle de l'acte⁹⁸.

Toutefois, le déféré s'éloigne du recours pour excès de pouvoir sur d'autres points. Les exigences incombant au requérant dans le cadre de l'excès de pouvoir ne pèsent pas sur l'initiateur du déféré. Ainsi, investi par la loi (et non la Constitution comme en France) du statut de défenseur de la légalité, le représentant de l'Etat dispose du « *monopole du droit de déférer*⁹⁹ » au Conseil d'Etat les actes qu'il estime entachés d'illégalité et n'a pas, par conséquent, à justifier de la qualité à agir et de l'intérêt à agir.

Au demeurant, plus on progresse dans le parcours de l'instance, plus les spécificités procédurales du déféré sont manifestes. En effet, l'une des particularités les plus fortes de la procédure du déféré est la possibilité ouverte au représentant de l'Etat d'assortir son recours d'une demande de sursis à exécution, « *annexe de son recours principal* »¹⁰⁰ qu'est le déféré. Ce type de sursis à exécution des actes des autorités locales est dérogoratoire au régime administratif de droit commun¹⁰¹. Pour mesurer la différence, il convient de rappeler le principe du caractère exécutoire des actes administratifs et les conditions d'octroi du sursis en général avant d'aborder le régime du sursis prévu par le code des collectivités locales. C'est un principe général du droit administratif bien connu : les décisions de l'administration sont exécutoires malgré qu'ils soient attaqués devant le juge de l'excès de pouvoir tant qu'elles

⁹⁷ Loi qui prévoit en son article 12 que « *les actes des collectivités locale font l'objet d'un contrôle de légalité exercé par les représentants de l'Etat. Le conseil d'Etat est juge du contentieux né de l'exercice du contrôle...* »

L'article 337 ajoute : « *le représentant de l'Etat défère au conseil d'Etat les actes...* »

⁹⁸ J. C. Debbasch, J. C. Ricci, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, Précis Dalloz, 1999, p. 601.

⁹⁹ V. O. Gohin, *Institutions administratives*, *op.cit.*, p.512

¹⁰⁰ J. C. Debbasch, J. C. Ricci, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p.423.

¹⁰¹ V. G. Porcell, « Le sursis à exécution au cœur du débat », in *AJDA.*, 1984, p.149-152.

n'ont pas fait l'objet d'une annulation par le juge¹⁰². Les mesures de sursis à exécution pouvant être prononcées à leur encontre ne peuvent l'être qu'à titre exceptionnel car les conditions d'octroi du sursis sont parcimonieusement arrêtées par la jurisprudence administrative¹⁰³. Il est de jurisprudence constante que les moyens invoqués par le requérant doivent être sérieux et le préjudice irréparable ou difficilement réparable selon une évolution remarquable en droit sénégalais¹⁰⁴ perçue comme « *une réglementation du sursis à exécution dans un sens plus conforme aux intérêts des particuliers* »¹⁰⁵. Dans le cas même où les conditions habituelles d'octroi du sursis se trouvent réunies, le juge dispose d'une marge d'appréciation qui fait que l'octroi du sursis n'est jamais automatique. En outre, pour ne pas vider de son sens le principe du caractère exécutoire des actes administratifs, le juge de l'excès de pouvoir apprécie, en règle générale de façon restrictive, la véracité de l'existence des conditions du sursis invoquées par le requérant.

C'est ce principe classique bien établi du droit administratif que le droit de la décentralisation a fortement relativisé pour ne pas dire remis en cause en ce qui concerne les actes des collectivités locales. A cet égard, l'article 338 du code des collectivités locales prévoit une sorte de « *sursis à exécution automatique* »¹⁰⁶ à intensité variable pour les actes déferés par le représentant de l'Etat. Une lecture dudit article permet de déceler trois degrés dans le régime de sursis à exécution des actes des autorités locales tous dotés de l'efficacité redoutable de paralyser les actes des collectivités locales.

Un premier degré de sursis à exécution automatique est celui qui est prévu par l'alinéa 1^{er} de l'article 338 du code des collectivités locales qui se lit : « *le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de sursis à exécution. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués dans la requête paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué* ». Cette disposition remet en cause partiellement les principes classiques du sursis en réduisant, sans la remettre en cause, la

¹⁰² . Ce principe jurisprudentiel est consacré au Sénégal par l'article 19 de la loi organique sur le Conseil d'Etat (précitée) .

¹⁰³ V. à cet égard, Nd. M. Diagne, *les méthodes et les techniques du juge administratif sénégalais*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université Cheikh Anta Diop, 1995, p. 225.

¹⁰⁴ V. article 36 de la loi organique sur le Conseil d'Etat (précitée). Sur cette question, v. M. Seck Diouf, « Le sursis à exécution des décisions administratives devant le Conseil d'Etat sénégalais », in EDJA n°53, avril, mai, juin 2002, pp.51-56.

¹⁰⁵ P.M. Sy, Quelques remarques sur l'institution du recours pour excès de pouvoir au Sénégal depuis la création du Conseil d'Etat, idem, p.66.

¹⁰⁶ S. Martin, *Contrôle a posteriori des actes des collectivités locales*, op. cit., p. 216.

marge d'appréciation du juge pour l'octroi du sursis. Remise en cause partielle du fait qu'il pèse sur le juge l'obligation d'accorder le sursis dès lors qu'il constate l'existence d'un moyen sérieux susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte attaqué. C'est la première dérogation au sursis classique par le fait que l'octroi du sursis n'est pas assujéti, en l'occurrence, à la condition de l'existence d'un préjudice irréparable ou difficilement réparable par l'exécution de l'acte attaqué. En étant obligé de procéder ainsi, le juge est contraint d'abandonner sa jurisprudence classique parcimonieuse et restrictive relative à l'octroi du sursis à exécution. Cependant cette obligation qui pèse sur le juge d'accorder le sursis, en l'occurrence, ne neutralise pas radicalement son pouvoir d'appréciation, lequel porte, en l'occurrence, sur le caractère sérieux du moyen.

Un second degré de dérogation par rapport au droit commun résulte de l'alinéa 2 de l'article 338 du code des collectivités locales en vertu duquel « *lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du Conseil d'Etat ou un de ses membres délégué à cet effet prononce le sursis dans les quarante huit heures* ». Il apparaît ici un degré de plus dans l'assouplissement des conditions classiques d'octroi du sursis du fait qu' à ce niveau, la seule condition posée par le texte fait référence à la menace sur l'exercice d'une liberté publique. Dès lors qu'un acte d'une autorité locale est susceptible de compromettre l'exercice d'une liberté publique, le président du Conseil d'Etat ou un autre membre du Conseil d'Etat est obligé d'accorder le sursis. En l'occurrence, ce n'est point le Conseil d'Etat en tant qu'entité siégeant collégalement qui est interpellé comme l'écrivent Oumar Gaye et Mamadou Seck Diouf,¹⁰⁷ mais bien des membres du Conseil d'Etat, personnes *es qualité* individuellement prises ; que ce soit le Président du Conseil d'Etat ou un de ses membres délégués à cet effet. Le législateur a procédé ainsi pour parer à une urgence que pourrait compromettre la nécessité d'une réunion collécale d'une formation juridictionnelle du Conseil d'Etat. A cet égard, non seulement, l'automaticité de l'octroi du sursis est plus marquée mais la célérité apparaît comme une facilitation supplémentaire du sursis, avec l'impératif qu'il soit prononcé non par la juridiction en tant qu'instance, mais par son président à défaut, par un autre membre de la juridiction, et en plus dans les quarante huit heures. En France, la question s'est posée de savoir si l'exigence du moyen sérieux était nécessaire dans le cadre du sursis de quarante huit heures. Autrement dit, est ce qu'il y a lieu de cumuler la condition liée au fait que l'acte est de nature à compromettre l'exercice d'une

¹⁰⁷ O. Gaye et M. Seck Diouf, *Le Conseil d'Etat et la pratique du recours en annulation*, Dakar, Nouvelles Imprimeries du Sénégal, 2001, p. 110.

liberté publique et la condition du moyen sérieux pour accorder le sursis. Le Conseil d'Etat français a répondu par l'affirmative en considérant que les dispositions relevant du moyen sérieux et celles relatives à la menace sur une liberté publique doivent être interprétés conjointement. En vertu de quoi, la Haute juridiction française a considéré «*que l'illégalité à une liberté publique constitue le moyen sérieux qui, en l'état de l'instruction, serait de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué*»¹⁰⁸. Raisonement séduisant, dont la reconduction en cas de besoin par le juge sénégalais, ne serait pas surprenante si l'on sait que le code des collectivités locales a, notamment sur ce point, repris dans ses grandes lignes les dispositions de la loi française et que le juge sénégalais vit dans le miroir du juge français¹⁰⁹. Mais peut être que le juge sénégalais fera montre d'originalité sur cette question.

Le troisième degré de dérogation au sursis de droit commun se déduit de l'alinéa 3 de l'article 338 du code des collectivités locales qui dispose : «*le Conseil d'Etat peut, sur sa propre initiative, prononcer le sursis à exécution pour tout marché public que lui transmet le représentant de l'Etat aux fins d'annulation* ». Cette procédure est encore, à notre sens, un niveau supplémentaire de facilitation de l'octroi du sursis dans la mesure où elle prive même le représentant de l'Etat de l'initiative de demander le sursis à exécution du marché. A cet effet, la loi aménage une possibilité exceptionnelle au juge : la faculté de prononcer d'office le sursis sitôt que le marché lui est transmis par le représentant de l'Etat. Les conséquences financières (engagement des deniers publics) et matérielles (difficultés à remettre en cause un marché déjà exécuté) expliquent l'aménagement de ce moyen d'office en faveur du juge pour lui permettre de prendre les devants et d'empêcher le début d'exécution de ce qui peut être difficilement remis en cause, à savoir l'exécution d'un marché public.

En définitive, l'assouplissement des conditions d'octroi du sursis à exécution est motivé par le fait qu'en matière de déféré, ce n'est pas le traditionnel requérant qu'est en général le citoyen justiciable qui sollicite la privation d'effets à un acte de l'administration mais bien l'Etat à travers son représentant. L'enjeu ici n'est pas l'intérêt du justiciable mais bien l'intérêt général. Le caractère réputé objectif du recours pour excès de pouvoir, contestable en général à notre sens, demeure incontestable dans le domaine du déféré où le requérant est presque totalement désintéressé et agit au nom et pour le compte de la société.

¹⁰⁸ Conseil d'Etat 28 novembre 1982 Commune de Garches, cité par Sabine Martin, *Le contrôle des actes*, *op.cit.*, p.224. V. aussi, R. Etien, « Le sursis de quarante-huit heures », in *R.D.P.*1988, pp.743.

¹⁰⁹ Réalité classique fort bien décrite. V. à ce propos, D. Darbon, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative en Afrique », in *Afrique Contemporaine* n° 156, 1990, La documentation française, pp. 240-248.

On ne peut évoquer les spécificités contentieuses du déféré sans aborder un trait d'originalité remarquable en droit sénégalais : c'est l'obligation pour le Conseil d'Etat saisi d'un déféré de « *donner son verdict dans un délai maximum d'un mois* »¹¹⁰. L'enfermement du Conseil d'Etat dans un délai aussi court pour donner son verdict appelle au moins deux remarques. En premier lieu, le délai accordé au Conseil d'Etat pour statuer constitue une dérogation forte au droit des contentieux en général, et au contentieux administratif en particulier¹¹¹. En effet, mis à part l'invocation de statuer dans un « *délai raisonnable* » remarquable dans tous les systèmes juridiques, il est rare de trouver des matières dans lesquelles un juge est soumis à des délais pour rendre sa décision car l'action de rendre la justice est, par essence, non encadrée dans le temps afin d'éviter la délibération sous la pression de l'opinion publique, de la rue ou de la chaleur de l'actualité.

En second lieu, le délai de deux mois n'est pas un délai indicatif, comme le soutiennent MM. Gaye et Seck Diouf¹¹², mais bien un délai impératif du fait de la formule utilisée par le législateur « *doit donner son verdict dans un délai maximum d'un mois* ». En troisième lieu, la fixation d'un délai à un juge non habitué à statuer dans la célérité constitue une garantie de réduction de l'incertitude juridique dans laquelle se retrouveraient les actes des collectivités locales déférés au Conseil d'Etat¹¹³.

C'est avec la saisine du juge et le déroulement de l'instance qu'est enclenché le vrai contrôle de légalité car c'est à ce stade que le juge utilise ses méthodes et techniques pour procéder à des investigations normatives afin de déceler des vices dans l'acte. A l'issue de cette opération de contrôle similaire à celle du représentant de l'Etat, le juge dispose d'un pouvoir décisif qui marque toute la différence avec celui du représentant de l'Etat, c'est celui d'annuler les actes illégaux et de valider les actes légaux par la non annulation. Ainsi, même s'il ne dispose pas du pouvoir d'auto-saisine, même si son office est lié en partie, notamment dans le cadre du déféré à la volonté du représentant de l'Etat de le saisir, le juge devient, à tout le moins dans le schéma institutionnel, un maillon important de la nouvelle chaîne du contrôle de légalité des actes locaux.

¹¹⁰ V. alinéa 1^{er} de l'article 337 du code des collectivités locales.

¹¹¹ V. pour le délai dans le domaine du contentieux administratif, Ch. Debbasch et J. C. Ricci, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 402.

¹¹² O. Gaye et M. Seck Diouf, *Le Conseil d'Etat et la pratique du recours en annulation*, op.cit., p. 110.

¹¹³ En pratique, le Conseil d'Etat ne sent pas « lié » par la fixation de ce délai. A titre d'exemple, pour un déféré introduit et enregistré au Secrétariat du Conseil d'Etat le 25 mai 1999, la Haute juridiction n'a statué que le 31 août 1999, soit plus de trois mois après.

Au demeurant, peu voire presque pas saisi par le représentant de l'Etat dans le cadre du déféré (qui nous intéresse principalement dans le cadre de cette étude), davantage sollicité en général par des personnes lésées (régime du contrôle de légalité ordinaire secondaire en l'occurrence)¹¹⁴, le Conseil d'Etat n'a pas eu beaucoup d'opportunité d'assumer les fonctions à lui dévolues par les textes d'être le dernier bastion de la défense de la légalité. Dans les rares occasions où il l'a eu, il ne s'est pas toujours montré à la hauteur de la mission. Toutes choses qui inclinent à relativiser l'efficacité de son intervention dans le système de contrôle de légalité mis en place depuis 1996.

2. L' intervention limitée du juge

Par le biais du contrôle de légalité, le juge de l'excès de pouvoir est habilité à intervenir comme un arbitre du jeu de la décentralisation. Il est donc légitime de s'attendre à ce que son intervention soit importante pour préciser et compléter les textes. Pourtant, près de dix ans après l'entrée en vigueur des textes de la décentralisation, force est de constater que l'intervention du juge n'a pas été à la hauteur de ce qui était attendu de son pouvoir normateur. La faiblesse de l'intervention du juge peut être appréhendée à partir de constats s'articulant autour de l'austérité de la jurisprudence relative au contrôle de légalité, austérité qu'il faut expliquer.

Après recensement et analyse de la jurisprudence relative au déféré, et par glissement au contrôle de légalité des actes déclenché par les personnes lésées, un constat s'impose: la faiblesse de la jurisprudence au double plan quantitatif et qualitatif. Au plan quantitatif, l'identification statistique des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière de contrôle de légalité au cours de la période 1998-2001 demeure décevante. En combinant l'ensemble des sources de jurisprudence disponible (bulletins des arrêts du Conseil d'Etat, décisions non publiées, décisions contenues dans les rapports sur le contrôle de légalité), le nombre des décisions rendues que nous avons pu recenser en presque dix ans d'application des textes sur la décentralisation en matière de déféré ne dépasse guère trois¹¹⁵. Le nombre de décisions est

¹¹⁴ Il convient de relever l'absence des élus locaux (conseillers ruraux, municipaux et régionaux) comme auteurs de recours contre les actes locaux. Il s'agit d'une pratique d'utilisation d'une voie de droit par les élus locaux de l'opposition locale en France non encore développée au Sénégal.

¹¹⁵ Au cours de l'année 1998 : une seule décision: Gouverneur de la région de Tambacounda C/ Conseil régional de Tambacounda, arrêt n°14 du 29 juillet 1998, *in Bulletin du Conseil d'Etat* n°2, mars 2001, p. 12 . Une autre décision non publiée du 25 novembre 1998 : Le préfet du département de Sédhiou et la Commune de Goudomp représentée par le Maire. Au cours de l'année 1999 : une décision: Le préfet de Dagana C/Conseil municipal de

un peu plus important si on y inclut les décisions rendues sur requête de personnes lésées. Ce qui fait qu'en pratique, le contrôle des actes des collectivités locales sur initiative des personnes lésées demeure le principe, celui mis en branle par le représentant de l'Etat l'exception. Pareil constat statistique fait échec à l'intention du législateur désireux de faire du déféré le contrôle de légalité de principe des actes en cause.

A cette faiblesse quantitative de la jurisprudence s'ajoute une faiblesse qualitative qu'on découvre à partir de la lecture des décisions rendues par le juge. Une des premières découvertes du lecteur des arrêts du Conseil d'Etat est l'insuffisante maîtrise par la juridiction chargée du contrôle des actes locaux des concepts du droit de la décentralisation. Ce qui est sans doute à l'origine des maladroites remarquables dans l'interprétation des textes, notamment ceux relatifs aux pouvoirs du représentant de l'Etat.

L'insuffisante maîtrise des concepts du droit de la décentralisation apparaît dès la lecture de l'indication des parties au procès. En citant celles ci, Le Conseil d'Etat mentionne souvent un organe de la collectivité locale comme partie au litige. A titre d'exemple, il est mentionné *Gouverneur de la région de Tambacounda C/ Conseil régional de Tambacounda* alors même que c'est le président du Conseil régional qui avait signé à tort un contrat ¹¹⁶. En visant et en mentionnant l'organe délibérant de la collectivité locale comme partie au litige, le Conseil d'Etat commet une erreur car la partie au litige est, non pas le conseil qui est un organe de la collectivité locale, mais la collectivité locale en tant qu'entité à savoir la région, la commune ou la communauté rurale, laquelle devant, au demeurant, être représentée en justice par son exécutif. L'entité qui a la personnalité juridique et qui peut ester en justice, en se faisant représenter, ne saurait être un organe mais la collectivité elle-même. Cependant pour des raisons de commodité juridique et pratique, cette dernière est représentée en justice par son organe exécutif¹¹⁷ (le président du Conseil régional, le maire et le président le conseil rural)¹¹⁸.

Richard Toll, arrêt n°28 du 31 août 1999, in *Bulletin précité*, p. 24. Les rapports de légalité ont pu dénombrer 5 décisions.

¹¹⁶ D'autres exemples : Conseil d'Etat, 31 août, 1999, Le Préfet de Dagana C/ Conseil municipal de Richard Toll, in *Bulletin du Conseil d'Etat*, n°20p.cit., n° 28, p. 24. L'erreur était plus en grave en l'espèce car le préfet avait déféré un acte du maire, le conseil municipal étant formellement absent dans cette affaire. La critique est valable pour les affaires Conseil d'Etat, 29 juin 2000, Hassane Diallo C/Conseil rural de Thilogne, *Idem*, n° 17, p. 34. Conseil d'Etat, 28 février 2002, Le Sous Préfet de Baba Garage C/ contre le Conseil rural de Dinguiraye (inédit). Conseil d'Etat, 1^{er} février 2001, Abdoulaye Amadou Kane C/Le Conseil rural de Dabia Odedji (inédit).

¹¹⁷ A titre d'exemple, énumérant les attributions du maire en tant que représentant de la collectivité locale, l'article 116 du code des collectivités locales, 9-) l'habilité à « représenter la commune en justice ».

Une seconde illustration de l'insuffisante maîtrise des concepts est la non perception par le juge des spécificités liées au régime juridique du déféré. D'ailleurs, il est difficile à partir de la lecture des arrêts de savoir si une affaire résulte d'un déféré ou non. Cela est d'autant plus difficile que le contrôle de légalité est contenu dans la matière « *excès de pouvoir* ». Il s'agit certes d'un contentieux de l'excès de pouvoir mais, qui a ses spécificités normatives et procédurales dont il faut tirer les conséquences. Tantôt, il considère un déféré comme un simple recours pour excès de pouvoir, « *recours aux fins d'annulation d'un protocole d'accord entre le président du conseil régional de Tambacounda et le président de l'Association des parents d'élèves* » et le Gouverneur auteur du déféré comme un simple « requérant »¹¹⁹, tantôt, il considère « *par sa forme* » un simple recours en annulation comme un déféré et le rejette sur la base de la qualification de déféré¹²⁰, tantôt, il utilise exceptionnellement et curieusement la notion de « *déféré préfectoral* »¹²¹ comme s'il s'agissait d'une catégorie et comme si le préfet était la seule autorité habilitée en droit sénégalais à introduire un déféré comme en droit français où le déféré est l'objet d'un monopole préfectoral. En droit sénégalais, la formule correcte serait le déféré du représentant de l'Etat (à tout le moins le déféré du Préfet lorsqu'il émane d'un préfet) car il y a bien le déféré du gouverneur ou du Sous préfet qui n'est pas inclus dans la formule fermée et exclusive « *déféré préfectoral* ».

Les maladresses de raisonnement et autres argumentations juridiques contestables sont davantage perceptibles au niveau du fond des décisions. On peut l'illustrer par l'exemple de la mauvaise application par le juge du régime du contrôle des actes soumis à approbation préalable. Dans *l'affaire Djiby Basse et autres*¹²², les requérants ont saisi le Conseil d'Etat pour demander l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du Conseil municipal de Ouorossogui approuvée le 28 octobre 1997, laquelle a créé de nouveaux quartiers. Répondant aux requérants, le Conseil d'Etat a considéré que la délibération du Conseil municipal qui a créé de nouveaux quartiers n'est exécutoire qu'après son approbation par le représentant de l'Etat. Cette affaire montre une relative méconnaissance des textes de la décentralisation parce

¹¹⁸ Voilà pourquoi serait meilleure à notre sens l'indication suivante : Gouverneur de la région de Tambacounda C/ président du Conseil régional de Tambacounda ou Le Préfet du département de Dagana C/ Commune de Richard Toll (précités). On peut viser la collectivité locale ou l'organe habilité à la représenter, l'exécutif.

¹¹⁹ Arrêt Gouverneur de Tambacounda... (précité).

¹²⁰ Conseil d'Etat, 25 novembre 1998, Préfet du département de Sédhiou (inédit).

¹²¹ Conseil d'Etat, 31 août, 1999, Le Préfet de Dagana C/ Conseil municipal de Richard Toll. (précité).

¹²² Conseil d'Etat, 29 juin 2000, Djiby Basse et autres C/Etat du Sénégal, in *Bulletin n° 2 précité*, n°15, p. 24.

que la création de nouveaux quartiers ne fait pas partie des décisions soumises à approbation préalable, lesquelles sont limitativement énumérées par l'article 336 du code des collectivités locales. En réalité, par cette attitude, le juge, érige une tutelle d'approbation là où les textes ne le prévoient pas.

L'usage inapproprié du pouvoir d'approbation par les représentants de l'Etat, cautionné par le Conseil d'Etat, montre manifestement une compréhension limitée du nouveau régime du contrôle des actes locaux par les élus, les représentants de l'Etat et les juges chargés d'en assurer l'application. Une autre interprétation maladroite du pouvoir d'approbation préalable du représentant de l'Etat est encore illustrée par l'affaire *Conseil d'Etat, 1^{er} février 2001, Abdoulaye Amadou Kane C/Le Conseil rural de Dabia Odedji* dans laquelle la délibération portant changement du site d'implantation de la Maison communautaire a été approuvée par le Sous-préfet, sans que le juge ne le condamne alors que les textes ne le prévoient pas.

Cet usage inapproprié de leur pouvoir d'approbation par certains représentants de l'Etat est fort bien mis en évidence par le premier *Rapport de légalité*¹²³.

Ainsi, le point statistique des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière de contrôle de légalité et l'analyse du contenu des décisions à travers quelques exemples ont montré l'indigence de la jurisprudence au double plan quantitatif et qualitatif. L'explication s'articule autour de facteurs généraux et de facteurs spécifiques au nouveau contrôle de légalité des actes des collectivités locales.

Les facteurs généraux, qui sont d'ordre sociologique et politique, demeurent liés à la méconnaissance du droit officiel par la grande masse des citoyens, leur refus de recourir à la justice, la peur des représailles¹²⁴, l'éloignement du juge (le Conseil d'Etat siégeant à la capitale) et le manque de confiance en la justice sans compter la relative lourdeur des frais de justice.

L'effet cumulatif de ces facteurs explique le nombre très limité de requérants et donc le nombre très faible de décisions de justice. A ces facteurs généraux il faut ajouter, spécifiquement au contrôle de légalité, l'existence d'éléments qui ne facilitent pas la mise en œuvre d'un contrôle de légalité par le représentant de l'Etat, contrôle dont dépend l'intervention du juge. Il s'agit de la non transmission ou du retard dans la transmission des actes par les collectivités locales. Comme le relèvent à cet égard, *les rapports sur le contrôle*

¹²³ *Rapport de légalité, op. cit.*, p. 25.

¹²⁴ Demba Sy, « le juge sénégalais et la création du droit administratif », in *La création du droit en Afrique*, (sous la direction de D. Darbon et J. du Bois de Gaudusson), kartala, 1997, p. 404.

de légalité, le non accomplissement de ces formalités par les acteurs pose le problème de la mise en œuvre du contrôle de légalité, notamment le déroulement du processus du contrôle jusqu'à son terme devant le juge. Aussi, les recours, lorsqu'ils existent, sont d'ailleurs davantage le fait de particuliers que des représentants de l'Etat¹²⁵ qui préfèrent mettre en avant leur fonction de conseiller. Ce qui a fait parler de « *la prépondérance du dialogue dans les rapports entre représentants de l'Etat et élus* »¹²⁶ au Sénégal et de « *régulation administrative du contrôle de légalité en France* »¹²⁷.

Quant à la faiblesse qualitative de la jurisprudence du contrôle de légalité, elle s'explique en bonne partie par une cause classique : la non spécialisation du juge en droit administratif en général. L'explication liée à sa non spécialisation dans le contentieux administratif a jadis nourri des controverses¹²⁸ non encore vidées aujourd'hui. Cependant, une chose est certaine, c'est que le juge ne parvient pas à encadrer la difficile maturation du droit administratif sénégalais en général, a fortiori sa composante en plein développement qu'est le droit des collectivités locales.

Au total, le juge de la légalité des actes des collectivités locales est peu saisi même par celui qui y est habilité expressément par la loi, à savoir le représentant de l'Etat. Même lorsqu'il est saisi, il utilise des méthodes et techniques qui font que ses décisions sont insuffisamment motivées et donc insusceptibles de constituer un vivier où les acteurs de la décentralisation peuvent puiser des solutions à leurs problèmes découlant de l'imprécision ou du silence des textes¹²⁹. Ceci montre que le juge n'est pas, comme on était en droit de s'y attendre, au cœur

¹²⁵ A titre d'exemple, au cours de l'année 2002, la Haute juridiction administrative a été saisie de quinze (15) recours se répartissant comme suit : deux recours formés par les représentants de l'Etat, un recours formé par les exécutifs et douze par des personnes lésées. V. *Rapport sur le contrôle de légalité, (exercice 2002), op.cit.*, p. 15.

¹²⁶ Idem

¹²⁷ J.C. Hélin, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA* 1987, p. 765 et s.

¹²⁸ Débat sur la question il y a quelques années, V. entre autres pour l'illustration de ce débat, pour une opinion selon laquelle la dualité de juridiction est une condition nécessaire à l'existence d'un droit administratif de qualité, P.F. Benoît, « Des conditions de développement d'un droit administratif dans les Etats nouvellement indépendants », in *Annales Africaines* 1962, p. 129. Pour une opinion contraire montrant que le droit administratif peut se développer sans forcément l'existence d'un juge administratif spécialisé, A. Bockel, « Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais », *Annales africaines*, 1973, p. 137. Pour une opinion intermédiaire, B. Kanté, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, thèse de doctorat en droit, Orléans, 1983.

¹²⁹ Pour une analyse critique des méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais », V. M. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, thèse de doctorat en droit, *op.cit.*.

du système du contrôle de légalité, il en est à la périphérie ne pouvant pas, du coup répondre, à l'appel à lui lancé de contribuer à l'édification d'un droit de la décentralisation de qualité. Le contrôle de légalité des actes des collectivités est à l'image du contrôle sur l'administration en général¹³⁰, un contrôle relativement inefficace¹³¹.

Conclusion

Les lois décentralisatrices de 1996 ont instauré de nouvelles règles du contrôle de légalité des actes locaux qui remettent en cause les principes la tutelle antérieure dans le sens de l'accroissement de l'autonomie des collectivités locales. En vertu de ces nouvelles règles, le contrôle s'exerçant sur les actes des collectivités locales est devenu, d'une part, un contrôle confiné à la légalité et après l'entrée en vigueur des actes locaux, d'autre part un contrôle échelonné dans sa mise en œuvre en une phase administrative et en une phase juridictionnelle. Les premières années de la mise en œuvre du dispositif de contrôle des actes locaux montrent des insuffisances, des « *carences affectant l'exercice du contrôle de légalité* » pour reprendre la formule du premier rapport sur le contrôle de légalité¹³². Ces carences sont constatables tant au niveau des élus locaux qu'à celui des représentants de l'Etat.

Dans l'identification des responsables des carences affectant l'exercice du contrôle de légalité, les rapports oublient deux acteurs importants que sont l'Etat central et le juge. Le gouvernement n'a jamais établi et publié de rapport sur le contrôle de légalité pour permettre des améliorations comme l'y invite l'article 339 du code des collectivités locales. Le juge des actes locaux, en l'occurrence le Conseil d'Etat se singularise, comme le montre sa jurisprudence, par une connaissance limitée du droit de la décentralisation. Ce qui l'empêche de produire une jurisprudence de qualité nécessaire à l'édification d'un droit de la décentralisation de qualité.

¹³⁰ V. à cet égard, A. Bockel, « Le contrôle juridictionnel de l'administration, in Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire, Economica, 1979, pp. 197 et s. M. Diagne, *L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'administration sénégalaise, thèse de doctorat en droit*, Aix-en-Provence, 1990.

¹³¹ Il semble, toutes proportions gardées, que le contrôle des actes locaux en France aussi n'est pas aussi efficace qu'espéré, et que là-bas aussi, les rapports sur le contrôle de légalité dénoncent ce qu'ils appellent « les faiblesses du contrôle de légalité ». V. à cet égard, J. C. Hélin, « les contrôles sont-ils efficaces ? » in *Revue Pouvoirs* 1992, n°60, p. 117. D'où le débat en France sur la nécessité d' « *activer le contrôle de légalité* ». V. à cet égard, J. C. Hélin, « Le contrôle des actes locaux en France : entre remise en cause et remise en ordre », in *AJDA*. 1999, p.773.

¹³² *Rapport sur le contrôle de légalité*, op.cit., p. 24.

Sur la base de ces constats, les auteurs des *Rapports sur le contrôle de légalité* ont souligné la nécessité de renforcer les capacités des acteurs en matière de contrôle de légalité et la nécessité de renforcer la déconcentration¹³³. Répondant à cet appel, l'Etat a pris des mesures importantes pour améliorer le contrôle. Il s'agit du recrutement de secrétaires communautaires pour assister les présidents de conseil rural, l'élaboration d'un *Manuel de procédures de contrôles de légalité et budgétaire* ayant servi de support à la formation des représentants de l'Etat et l'établissement de rapports sur le contrôle de légalité cependant non publiés¹³⁴.

Il s'agit certes de mesures importantes mais qu'il faut compléter, à notre sens, par d'autres à savoir par exemple, l'extension de la formation dispensée aux représentants de l'Etat aux élus et aux juges. Une autre mesure qui nous semble être capitale est de faire suivre les mouvements de décentralisation et de déconcentration enclenchés en 1996 d'un mouvement de déconcentration du pouvoir judiciaire consistant à créer au niveau des tribunaux régionaux une section spécialisée dans le contrôle des actes locaux ou par l'instauration d'un système de dualité de juridictions par la création de tribunaux administratifs régionaux proches des acteurs locaux afin de leur faciliter l'accès au juge de la légalité. Peut être que la décentralisation et l'avènement d'un contrôle de légalité *juridictionnalisé* étaient l'opportunité attendue au Sénégal pour avoir des tribunaux administratifs au niveau de chaque région, faisant enfin de la dualité de juridictions une réalité dont les besoins sont induits par les nouvelles règles du contrôle de légalité des actes des collectivités locales. En tout cas, l'approfondissement de la décentralisation et la consécration d'un nouveau régime de contrôle des actes des collectivités locales relancent le débat sur l'opportunité de l'instauration d'un système de dualité de juridictions et le parachèvement de la réforme de 1992 créant le Conseil d'Etat au Sénégal.

Dakar, Décembre 2004

¹³³ *Rapport sur le contrôle de légalité 1, op.cit.*, p. 28

¹³⁴ *Rapport sur le contrôle de légalité 2, op. cit.*, p. 19 et s.