

**LE CONTROLE DE LA LEGALITE EXTERNE DES ACTES ADMINISTRATIFS  
UNILATERAUX PAR LE JUGE SENEGALAIS,**

**Un exemple de « transposition » de la jurisprudence administrative française**

Ousmane KHOUMA

Docteur en droit public de l'Université Toulouse 1

Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse

Maître-Assistant à la Faculté des Sciences juridiques et politiques

De l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Directeur des Etudes de l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix (IDHP)

# SOMMAIRE

## Introduction

### I- Un contrôle rigoureux des règles relatives à la compétence

#### A- La clarté des principes de la compétence

- 1- Les fondements des principes de la compétence
- 2- La classification des vices d'incompétence

#### B- La modulation des sanctions du vice d'incompétence

- 1- Une constante : l'incompétence comme moyen d'ordre public insusceptible de régularisation
- 2- Des variations : de l'annulation à l'inexistence de l'acte vicié

### II- Un contrôle variable des règles relatives à la forme et à la procédure

#### A- La flexibilité du contrôle de la forme de l'acte

- 1- La distinction pragmatique des formalités substantielles et des formalités non substantielles
- 2- Les variations du juge sur la motivation de l'acte

#### B- La fermeté du contrôle des règles relatives à l'élaboration de l'acte

- 1- Le contrôle de la procédure consultative
- 2- Le contrôle de la procédure contradictoire

## INTRODUCTION :

En Afrique, le Sénégal est régulièrement cité comme un modèle d'Etat de droit. Or, « l'Etat de droit n'est finalement que la dose de juridique que la société peut supporter sans étouffer » (Vedel). Pour autant, dans un Etat de droit, l'administration est tenue au respect des normes juridiques, elle est soumise à la loi et non hors la loi. Pour garantir les droits des citoyens, l'action administrative doit se dérouler selon des règles de référence préétablies et non de façon arbitraire ou selon la seule volonté de l'administration.

Pour cette raison, un contrôle de la légalité, notamment, externe des actes administratifs est effectué par le juge de l'administration.

Réfléchir sur un tel contrôle suppose des précisions préalables de nature terminologique et conceptuelle.

Le contrôle du juge porte sur *la légalité* de l'acte. Le principe de légalité est le principe selon lequel l'autorité administrative doit toujours agir dans le respect de certaines règles.<sup>1</sup> Et, au sens étymologique, la légalité est le caractère d'un acte ou d'un comportement qui est conforme aux lois, ou plus généralement aux normes supérieures (c'est ce dernier sens qui est plus courant en droit administratif). La *légalité* signifie l'ensemble des règles dont le respect s'impose à l'administration.<sup>2</sup> Même s' « il est bien connu que les principes les plus utilisés et les plus courants deviennent les plus difficiles à saisir dès qu'on recherche à les mettre en œuvre concrètement. [Dans] une étude purement pragmatique et concrète [...], le principe de légalité revient à dire que le juge applique de façon plus stricte la règle de droit, que dans le procès qui lui est soumis, il tend à astreindre davantage l'administration au respect de cette règle ». <sup>3</sup> Mais, même dans une étude qui se veut « pragmatique » ou « concrète », quel juriste peut définitivement résister à la tentation d'introduire, à un moment ou à un autre, une dose de « complexité », même pour des notions dont la compréhension paraît *a priori* évidente, ne serait-ce qu'en évoquant quelques-unes de ces « controverses doctrinales », sans lesquelles le savoir serait une « nourriture bien fade », comme aimait à le rappeler le Doyen Vedel<sup>4</sup> ?

Ainsi, Danièle Loschak rappelle que toute réflexion critique sur la signification du principe de légalité doit prendre en compte simultanément deux dimensions. Une portée pratique signifiant que l'action administrative est enserrée dans certaines limites, soumises à des normes qui déterminent à la fois des objectifs et les moyens de les atteindre. Mais aussi, une portée idéologique, en ce que le principe de légalité fonde la légitimité de cette action : le

---

<sup>1</sup> Même si Charles Eisenmann a critiqué l'usage de l'expression qui aurait l'inconvénient de donner à croire que la légalité se réduit aux dispositions législatives (*lex, legis* : loi), aucun juriste ne tombe dans le piège de l'étymologie. Et l'expression « principe de régularité » préférable en toute rigueur n'est guère d'usage. Voir, A. COULIBALY, « Les mots du Programme », in *Cours de droit administratif*, Université de Toulouse 1 : disponible aussi in [www. lex-publica.com](http://www.lex-publica.com).

<sup>2</sup> A. COULIBALY, « Les mots du programme », op. cit., p. 63.

<sup>3</sup> G. PEISER, « Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in Mélanges René CHAPUS, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 517-518. V. aussi, S. VELLE, *Les origines du principes de légalité en droit public français*, Thèse, droit public, Paris X, 1988.

<sup>4</sup> Voir par exemple, G. VEDEL, Préface, A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1983, p. IV.

principe de légalité exprime la soumission de l'administration à la loi, sa subordination au pouvoir politique et atteste qu'elle n'agit pas selon son bon plaisir, mais dans le respect des principes fondamentaux de l'ordre social existant convertis en règle juridique par le législateur.<sup>5</sup>

Jacques Chevallier précise que « véritable *police interne de l'ordre juridique*, le principe de légalité règle ainsi les conditions de production des normes et définit les termes de leur articulation. Mais le principe de légalité implique aussi, et plus généralement, l'assujettissement de la puissance d'Etat : l'activité des divers organes de l'Etat va se trouver encadrée et régie par le droit ; ayant besoin d'un titre juridique pour agir, ils sont soumis à un ensemble de règles, qui s'imposent à eux de façon contraignante et constituent tout à la fois le fondement, le cadre et les limites de leur action. *Garant d'un ordre institutionnel libéral et démocratique*, le principe de légalité canalise ainsi l'exercice de la puissance de l'Etat et assure la limitation du pouvoir des gouvernants ».<sup>6</sup>

Concrètement, un acte administratif doit respecter la légalité tant du point de vue des conditions de son élaboration (légalité externe) que du point de vue de son contenu (légalité interne)<sup>7</sup>. La *légalité externe* qui seule nous retiendra, dans le cadre de cette étude, concerne les règles de compétence, de forme et de procédure que doit respecter une décision administrative pour être légale.<sup>8</sup>

Pourtant, la distinction entre la légalité externe et la légalité interne<sup>9</sup> ne va pas toujours sans problèmes, tant en ce qui concerne son critère que ses applications concrètes. Par exemple, il est parfois difficile de déterminer si l'auteur d'un acte administratif a « manqué » de pouvoir (illégalité externe) et s'il en a « mal usé » (illégalité interne). D'ailleurs, Maurice Hauriou<sup>10</sup> avait montré que c'est dans le sillage de l'incompétence que l'ouverture du détournement de pouvoir s'est d'abord développée avant même que l'identification de l'excès de pouvoir et de l'illégalité ne fût réalisée.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> D. LOSCHAK, « Le principe de légalité, Mythes et mystification », *AJDA*, sept. 1981, p. 387.

<sup>6</sup> J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 6- 1990, p. 1651.

<sup>7</sup> La légalité interne est relative aux règles de fond que doit respecter une décision administrative pour être légale. Les illégalités internes sont : la violation directe de la loi, l'erreur de droit (erreur relative aux motifs de droit), l'erreur de fait (erreur relative aux motifs de fait), le détournement de pouvoir, l'erreur manifeste d'appréciation (qui n'est prise en considération que si l'autorité administrative dispose d'une compétence discrétionnaire) et l'erreur dans la qualification juridique des faits (prise en compte que si l'autorité administrative dispose d'une compétence liée). Voir A. Coulibaly, *Les mots du programme*, op. cit., p. 63.

<sup>8</sup> La distinction légalité interne/légalité externe entraîne des conséquences juridiques importantes notamment après l'expiration du délai de recours : si dans le délai de recours, un requérant n'a invoqué que des moyens de légalité externe, il peut, après l'expiration de ce délai et avant que le juge ne statue, invoquer tout moyen de recours se rattachant à la légalité externe ; mais il ne peut plus invoquer un moyen de légalité interne. Et inversement... (CE, sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*). Toutefois, par exception les moyens d'ordre public demeurent recevables (incompétence, violation du champ d'application de la loi, violation de l'autorité de la chose jugée). Voir A. Coulibaly, « *Légalité* », op. cit., p. 9.

<sup>9</sup> G. KOUBI, *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif unilatéral*, Thèse droit public, Montpellier, 1984 ; M.-J. GUEDON, « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs : réflexions sur un état des travaux », *AJ*, 1978.

<sup>10</sup> M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, 1938, p. 10 et s.

<sup>11</sup> G. VEDEL, Préface, op. cit., p. I.

Aujourd'hui, c'est moins la frontière entre la légalité externe et la légalité interne qui pose problème que le contenu même de la légalité externe de l'acte administratif et du contrôle qui lui est appliqué. Parce qu'il est établi que « quand on conteste la légalité externe d'une décision, la contestation porte non sur ce qui a été décidé, mais sur la façon dont on a décidé ». <sup>12</sup>

*L'acte administratif unilatéral* est d'abord un acte administratif <sup>13</sup>. Cela signifie que c'est un acte pris par une personne publique ou une personne privée et soumis au droit administratif et au contrôle du juge administratif. Alors, quand peut-on considérer qu'un acte juridique relève du droit administratif et du juge administratif ? La réponse varie selon la catégorie d'actes envisagée : l'identification de la catégorie des actes administratifs unilatéraux ou celle des contrats administratifs relève de critères spécifiques. En fait, si le destinataire de l'acte en est aussi juridiquement l'auteur, on est en présence d'un contrat ; sinon, il s'agit d'un acte unilatéral <sup>14</sup>. Donc, l'acte administratif unilatéral est un acte destiné à régir le comportement d'une ou plusieurs personnes qui n'en sont pas juridiquement les auteurs. <sup>15</sup>. L'acte doit être décisoire <sup>16</sup> pour être susceptible d'être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir.

---

<sup>12</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 1023.

<sup>13</sup> L'acte attaqué doit présenter un caractère administratif, c'est-à-dire émaner en principe d'une autorité administrative (ce qui va du Président de la République au maire, en passant par les autorités administratives indépendantes : C.E, Ass., 12 mars 1982, *CGT, RDP*, 1982, p. 1697, note Auby ; C.E, Ass., 22 décembre 1982, *d'Orcival, Rec.*, p. 437), voire d'un organisme privé gérant un service public ( Pour les critères de la distinction SPA/SPIC in C.E, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*). Pour le Sénégal, C.E (du Sénégal), 27 avril 1994, *ASC Dial Diop* : « les actes accomplis par les organismes [privés] délégataires [...] sont formellement des actes administratifs et par suite, susceptibles de recours pour excès de pouvoir », in D. SY (dir.), op .cit., p. 140 ; C.S., 22 mars 1961, *Alioune N'Diaye c/Général commandant supérieur de la zone d'outre-mer, RLJ*, 1961, 1<sup>er</sup> vol. p. 32 : « la décision [...] ne constitue pas un acte administratif de l'autorité sénégalaise susceptible d'être attaquée devant la Cour Suprême ». Voir obs. de C. LAPEYRE, « Présentation des décisions rendues en matière de recours pour excès de pouvoir par la Cour Suprême », *Revue de jurisprudence sénégalaise, Annales africaines*, 1973, p. 251 et s ; Plus récemment, C.S, 16 mai 2013, *ASC PINTHIE c/ ODCAV*, 16 mai 2013, Bulletins des arrêts, Décembre 2014, p. 146 : « L'ODCAV est une association à but d'éducation populaire et sportive régit notamment par les dispositions de l'article 821 DU Code des obligations civiles et commerciales qui en font un organisme privé ; qu'il ne peut prendre des actes administratifs susceptible de recours pour excès de pouvoir que s'il bénéficie d'une délégation de pouvoir délivrée par l'autorité administrative, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Qu'ainsi, il y a lieu de déclarer irrecevable le recours en annulation ».

<sup>14</sup> L'acte doit être unilatéral. Ce qui exclut, en principe, la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un contrat (C.E, Ass., 16 avril 1986, *Cie Luxembourgeoise de télédiffusion, Rec.*, p. 97 ; *AJDA*, 1986, p. 184), sauf à l'égard de certaines clauses réglementaires d'un contrat (C.E, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*). Voir D. TRUCHET et J. F. LACHAUME, *Les grandes décisions*, op. cit., p. 693. Pour le Sénégal, C.S., 23 mars 1966, *Babacar Lo et Abdou Salam Diallo c/ Etat du Sénégal, RLJ*, 1966, p. 92 et s. où le juge admet la recevabilité des recours pour excès de pouvoir formés par des agents non titulaires de l'Etat, et soumis de ce fait au code du travail, contre les actes individuels les concernant, lorsqu'ils sont « détachables des relations contractuelles ». Voir obs. de C. LAPEYRE, op. cit., p. 258.

<sup>15</sup> A. COULIBALY, « L'acte administratif », in *Les mots du programme*, op. cit., p. 1-4 ; J.-A. MAZERES, « L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral », *Cours de droit administratif*, DEA droit public fondamental, Université de Toulouse 1, 1996.

<sup>16</sup> Ce qui signifie, qu'il doit modifier, par la seule volonté de son auteur, l'ordonnement juridique en conférant des droits, en imposant des obligations ou en refusant de modifier l'état du droit. Ainsi, échappe à ce recours, l'acte administratif ne faisant pas grief (C.E, 24 octobre 1984, *Centre hospitalier de Decazeville, Rec.*, p. 697). V. D. TRUCHET et J. F. LACHAUME, op. cit., p. 694. Pour le Sénégal, C.S., 18 juillet 1962, *Amadou Alpha Kane c/ Ministre des postes et télécommunications, RLJ*, 1<sup>er</sup> semestre 1962, p. 73 : la décision attaquée ne

La Cour Suprême du Sénégal le rappelle en 2010 (le 14 janvier), dans sa décision *Ibra Sall c/ Conseil rural de Thiolom Fall*<sup>17</sup>. On ne peut donc plus écrire que « curieusement, les publicistes n'ont guère réfléchi à ce qu'est un acte unilatéral, dont ils considèrent pourtant l'existence comme une caractéristique essentielle de leur discipline ». Parce que le même auteur (Georges Dupuis) précisait déjà que « l'acte unilatéral est une décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires. En d'autres termes, l'acte unilatéral met des droits ou des obligations au compte de ses sujets, actifs ou passifs, indépendamment de leur consentement ».<sup>18</sup> En somme, l'acte administratif est par définition une décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires.<sup>19</sup> A partir de là, pour un minimum de garantie des administrés contre l'arbitraire, il devient nécessaire que cet acte soit soumis au contrôle du juge administratif.

« Le contrôle par *le juge administratif* » requiert quelques précisions. « Le juge administratif est le gardien de la légalité administrative. De fait, la caractéristique du régime administratif, tel qu'Hauriou le définissait, est la soumission de l'action administrative à un droit fait pour elle, distinct du droit applicable aux particuliers. Rappeler l'administration au respect du Droit, c'est donc, en règle générale, la rappeler au respect de son Droit, de celui qui a été élaboré spécialement par le constituant, le législateur, le juge, ou par elle-même, pour régir ses actes ».<sup>20</sup> Un acte administratif qui contrevient à certaines normes juridiques est entaché d'illégalité. Celle-ci peut permettre d'en obtenir l'annulation devant le juge par la voie du *recours pour excès de pouvoir*. C'est pourquoi ces illégalités pouvant entacher les actes administratifs sont aussi appelés cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.<sup>21</sup> Le

---

constitue point un acte faisant grief, « [elle] est seulement le point de départ d'une procédure susceptible d'aboutir à une sanction disciplinaire ; par suite le requérant n'est pas recevable à l'attaquer directement par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Voir obs. de C. LAPEYRE, « Présentation des décisions rendues en matière de recours pour excès de pouvoir par la Cour suprême », op. cit., p. 255-256 ; C.E (du Sénégal), 25 août 1993, *Pr Iba Der Thiam c/ Etat du Sénégal*, in D. SY (dir.), *Répertoire de jurisprudence, droit administratif*, CREDILA, Dakar, 1993, 1994, 1995, p. 36) : « [...] Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision administrative ; [...] qu'un décret qui se borne à constater un fait, la démission du Président du Conseil constitutionnel, n'est pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir » ; C.E (du Sénégal), 28 juin 1995, *Farba Mbacké Ndiaye c/Etat du Sénégal* : « l'arrêté [constatant l'absence irrégulière d'un agent] est un « acte déclaratif » qui ne fait que constater une situation de fait ; qu'il s'en suit qu'il n'a aucune valeur de décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir », in D. SY (dir.), op. cit., p. 243.

<sup>17</sup> C.S, *Bulletin des arrêts*, 2012, p. 205 et s. : avis consultatif donc non décisive ; dans le sens inverse : acte décisive et donc susceptible de recours pour excès de pouvoir : C.S, 10 juin 2011, *L'Ecole de médecine St Christopher...*, *Bulletin des arrêts*, op. cit.

<sup>18</sup> G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'Etudes en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, CUJAS, 1975, p. 205.

<sup>19</sup> E. CHAPERON, « La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979, p. 112 ; Voir aussi J.-A. MAZERES, « L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral », *Cours de droit administratif*, DEA, Université de Toulouse 1, 1996.

<sup>20</sup> J. RIVERO, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, p. 701 ; voir aussi C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, n°11, p. 25.

<sup>21</sup> A noter que C. EISENMANN (*Cours de droit administratif*, Tome 2, LGDJ, 1983, p. 235 et s.) a critiqué cette façon habituelle de présenter qu'il trouve contentieuse et inversée. Pour lui, il convient d'analyser avant tout une théorie de la régularité de l'acte (y compris du point de vue de la compétence) avant de pouvoir comprendre les irrégularités, et en dernier lieu, leur éventuelle sanction contentieuse.

recours pour excès de pouvoir est l'acte de procédure par lequel on saisit le juge administratif d'une demande tendant à l'annulation d'un acte administratif faisant grief et que l'on estime illégal. Et sur le recours pour excès de pouvoir, tout ou presque a été écrit.<sup>22</sup> Dans une note célèbre sur l'arrêt du 29 novembre 1912, *Boussugue*, le Doyen de Toulouse, Maurice Hauriou faisait un sombre pronostic : « il y a quelque chose de changé dans le contentieux administratif français. Le changement, c'est que le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface de plus en plus derrière le contentieux ordinaire. Et ce n'est pas depuis l'arrêt *Boussugue*<sup>23</sup> que le recours pour excès de pouvoir est touché dans ses œuvres vives, c'est depuis l'arrêt *Cador*<sup>24</sup> [...]. *Le recours pour excès de pouvoir est frappé de mort* ». Non seulement le recours pour excès de pouvoir a survécu, mais il a même fait preuve d'une belle vitalité en étendant son domaine au détriment du contentieux de pleine juridiction.<sup>25</sup> Pourtant, certains auteurs souhaitent encore sa fin. « La mission historique du recours pour excès de pouvoir, qui a été de soumettre l'administration, sous toutes ses formes, au principe de légalité, tend aujourd'hui vers son achèvement. Pour tirer toutes les conséquences de ce principe de légalité, ce recours doit aujourd'hui être relayé par des voies procédurales nouvelles. Ainsi, c'est la consécration même de l'Etat de droit, auquel a contribué de manière décisive le développement du recours pour excès de pouvoir, qui rend celui-ci anachronique en tant que voie de droit exceptionnelle. La dualité du contentieux, dans son opposition traditionnelle entre recours pour excès et plein contentieux devient inutile ». <sup>26</sup> Mais, le recours pour excès de pouvoir est plus que jamais vivant, au point que d'autres auteurs s'interrogent même sur le point de savoir si « le Conseil constitutionnel n'a pas constitutionnalisé ce recours en faisant figurer, parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel l'annulation des actes administratifs relève, en principe, de la juridiction administrative (CC, 86-224 DC, 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, GDCC, n° 38, 667) ». <sup>27</sup> Le recours pour excès de pouvoir permet, encore aujourd'hui, à un requérant d'obtenir l'annulation par le juge administratif d'un acte administratif unilatéral méconnaissant les éléments du bloc de légalité s'imposant à son auteur. Il demeure l'instrument privilégié « d'une toilette constante de l'ordonnancement juridique ». <sup>28</sup> Ce recours a été « légué » aux anciennes colonies françaises d'Afrique. Au Sénégal, le juge

---

<sup>22</sup> Voir notamment : F. GAZIER, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1951, n° ; G. LEBRETON, « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *RDP*, 1986, p. 1599 et s. ; A. HEILBRONNER, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *D.* 1953, p. 183 ; S. DOUMBE-BILLÉ, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, A propos de la nouvelle frontière », *AJDA* 1993, p. 3 ; Pour le Sénégal, voir notamment : P. M. SY, « Quelques remarques sur l'institution du recours pour excès de pouvoir au Sénégal depuis la création du Conseil d'Etat », *Revue de Droit sénégalais*, n°1, 2002, p. 35-47 ; M. DIAGNE, *L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'administration sénégalaise*, Thèse en droit public, Aix-en-Provence, 1990.

<sup>23</sup> S. 1914. III. 33

<sup>24</sup> S. et P. 1892. 3. 17, note Hauriou.

<sup>25</sup> M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé de mort ? », *AJDA*, juin 1995, p. 190.

<sup>26</sup> J. M. WOEHRLING, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, l'Etat de droit*, Paris, Dalloz, 1996, p. 777 ; Voir aussi E. LAFERRIERE, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », in *Revue critique de législation*, 1876.

<sup>27</sup> D. TRUCHET, J.F. LACHAUME, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2010, p. 685.

<sup>28</sup> *Ibid.*

administratif, dès les premières années de l'indépendance, a affirmé explicitement sa compétence pour apprécier par la voie du recours pour excès de pouvoir toute décision administrative.<sup>29</sup>

Différents moyens d'annulation peuvent être soulevés devant le juge contre un acte administratif unilatéral. Même si la lecture de certains arrêts révèle que le juge administratif statue parfois en marge des systématisations, la classification des moyens d'annulation facilite la présentation de la jurisprudence du recours pour excès de pouvoir. Sans oublier que la mission du juge, qui est de dire le droit, nécessite face au cas d'espèce une souplesse et une adaptation peu compatibles avec la fixation de règles automatiques<sup>30</sup>, les illégalités externes, pouvant affecter l'acte, demeurent, de façon constante, l'incompétence, le vice de forme et le vice de procédure. Le juge administratif est compétent pour connaître de la légalité ou de l'illégalité de l'acte administratif unilatéral. La détermination du juge compétent est plus simple en France. Les choses ne vont pas sans difficultés **au Sénégal** pour savoir qui est le juge de l'administration en général ?

Au moment des indépendances en Afrique, il n'a pas été choisi de rompre totalement avec le système judiciaire précédent. Les Etats d'Afrique francophone ont tous décidé de maintenir le régime administratif spécial, comportant application d'un droit spécial et par la suite maintien d'un contentieux administratif autonome. Le problème devenait, dès lors, de concilier l'unité de juridiction<sup>31</sup> imposée pour des raisons de bon sens liées d'une part, à la faiblesse des moyens et à un souci de simplification ; d'autre part, à des raisons tenant à la spécificité du contentieux administratif. Des solutions variables furent adoptées en Afrique francophone.<sup>32</sup> Le Sénégal choisit la simplicité et la modicité des coûts. La solution consista à confier, en principe, la connaissance du contentieux aux tribunaux de droit commun, qui bénéficient ainsi d'une plénitude de compétence en toutes matières.<sup>33</sup> La dualité de juridiction sera ainsi complètement supprimée : le même juge connaît de tous les litiges, qu'ils soient administratifs ou non.<sup>34</sup> Et, le justiciable peut saisir un juge supposé plus proche de lui. Toutefois, la spécificité du contentieux administratif est maintenue. Les litiges administratifs obéissent à des règles spécifiques, tant au niveau du recours que de la procédure. Et, c'est le droit administratif qui leur est applicable.<sup>35</sup> On aboutit ainsi à un « principe de l'unité de juridiction

---

<sup>29</sup> C.S., 26 mars 1963, *Amadou Alpha Kane c/ Ministre des transports et Télécommunications*, *Revue sénégalaise de droit*, août 1967, p. 120 et s ; V. obs de C. LAPEYRE, op. cit., p. 256 ; Plus récemment, C. S, 23 mars 2012, *Etat du Sénégal c/ Michelle Marguerite Charlotte Jourdain*, *Bulletin des arrêts*, décembre 2013, p. 220-221 : « Le juge n'est pas tenu par la qualification que les parties donnent à leur recours. Dès lors, est recevable le recours pour excès de pouvoir intenté contre une ordonnance d'expropriation, alors même que le demandeur avait qualifié celui-ci de pourvoi en cassation ».

<sup>30</sup> M.-J. GUEDON, « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs », *AJDA*, février 1978, p. 82.

<sup>31</sup> B. KANTE, *Unité de juridiction en droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse droit public, Orléans, 1983.

<sup>32</sup> A. BOCKEL, *Droit administratif*, NEA, Dakar, 1978, p. 445.

<sup>33</sup> Ordonnance du 14 nov. 1960, art. 3 : Le Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance est « juge de droit commun en première instance en toutes matières ».

<sup>34</sup> Ordonnance n° 60-56 du 14 novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 446.

à dualité de contentieux ». <sup>36</sup>. Cela, avant des évolutions consécutives à plusieurs réformes du système judiciaire sénégalais. Ainsi, en 1992, par souci « d'accélérer le nécessaire renouveau du service public de la justice et la consolidation de l'Etat de droit, [il convient] de renforcer le contrôle des juges sur l'administration. [Et,] la spécialisation n'est pas un simple choix d'opportunité ; elle est devenue un impératif pour la sauvegarde même de l'institution judiciaire ». <sup>37</sup> A cette fin, la Cour suprême a été supprimée et remplacée par trois juridictions suprêmes : un Conseil constitutionnel (« chargé de veiller au respect de la Constitution », une Cour de cassation (pour « réguler l'activité des cours et tribunaux, d'assurer l'égalité de tous devant le droit [...] et un Conseil d'Etat (dont la mission est de « contrôler et conseiller l'administration »). <sup>38</sup> La création d'un Conseil d'Etat, juridiction spécialisée en droit administratif était supposée améliorer la qualité de la jurisprudence administrative sénégalaise. Il convient de signaler d'emblée, que cette seule spécialisation organique ne pouvait suffire. Le Professeur Demba SY faisait remarquer avec étonnement, « actuellement, il n'y a pas de spécialistes de droit administratif au Conseil d'Etat sénégalais ! » <sup>39</sup> Mais, en 2008, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont supprimés et remplacés <sup>40</sup> par une nouvelle Cour suprême. <sup>41</sup>

Il faut préciser que, d'un point de vue pratique, et sous réserve du manque de spécialisation des juges, ces réformes n'ont en rien affecté le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux au Sénégal. Puisque, même dans les périodes où l'on adopte l'unité de juridiction, comme c'est le cas actuellement, le recours pour excès de pouvoir considéré « comme trop délicat juridiquement et politiquement » <sup>42</sup> est réservé à la compétence d'une juridiction de niveau élevé, en l'occurrence celle de la Cour suprême, qui en est le juge en premier et dernier ressort. Les tribunaux de « droit commun » n'ont pas à connaître du recours pour excès de pouvoir. <sup>43</sup>

---

<sup>36</sup> Voir D. SY, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., L'harmattan, CREDILA, Dakar, 2014, p. 41 et s. ; J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, 3<sup>ème</sup> éd., RIPAS, Dakar, 1987, p. 2-28.

<sup>37</sup> Exposé des motifs, Loi n° 92-22 du 30 mai portant révision de la Constitution, *JORS*, 1<sup>er</sup> juin 1992, p. 233.

<sup>38</sup> Ibid. et Loi n° 92-24 du 30 mai 1992 (sur le Conseil d'Etat), *JORS*, 1<sup>er</sup> juin 1992.

<sup>39</sup> D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in D. DARBON et J. du Bois de GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 403. La même remarque serait d'ailleurs valable pour le Conseil constitutionnel sénégalais où actuellement ne siège, parmi les cinq membres, aucun spécialiste du droit constitutionnel ou du contentieux constitutionnel (Voir, I. M. FALL, *L'évolution constitutionnelle du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2007, p. 74 et s ; El Hadji Omar Diop, *La justice constitutionnelle au Sénégal, essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, Dakar, 2013, p. 92 et s.

<sup>40</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-34 du 07 août 2008 et loi organique n° 2008-35 du 07 août 2008, *JO*, du 28 août 2008.

<sup>41</sup> D. SY, op. cit., p. 45.

<sup>42</sup> A. BOCKEL, op. cit., p. 448.

<sup>43</sup> Voir par exemple l'ordonnance n° 60.17 du 13 sept. 1960 portant loi organique relative à la Cour suprême (art. 3) ; voir aussi décret du 21 juillet 1975 (*JORS* du 09 août) : « les tribunaux de première instance connaissent [...] de l'ensemble du contentieux administratif et fiscal, à l'exception du recours pour excès de pouvoir et des recours en matière électorale » (art. 8). Voir aussi : O. GAYE et M. SECK DIOUF, *Le Conseil d'Etat et la pratique du recours en annulation*, Dakar, éd. 2001. Dans sa jurisprudence, le C.E le rappelle souvent, il en est ainsi dans sa décision du 17 août 2006, *Mahawa Diouf c/ Etat du Sénégal* (Inédit) : « Considérant que l'action diligentée par le sieur Mahawa Diouf, quoiqu'enregistrée formellement et signifiée comme un recours pour excès de pouvoir, ne comporte aucune conclusion tendant à l'annulation d'un acte administratif déterminé, et n'articule par ailleurs aucun moyen de légalité à l'appui de ses prétentions ; Considérant que le

Donc Conseil d'Etat ou Cour suprême, le juge administratif exerce le même *contrôle* spécifique de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux au Sénégal, à l'instar de la France. *La question* est ici de savoir comment le juge administratif sénégalais exerce-t-il ce contrôle en « s'inspirant » de son modèle français de référence ?

Dans le modèle français de référence, où le droit administratif est fondamentalement jurisprudentiel<sup>44</sup>, pour saisir « le fil d'Ariane du labyrinthe jurisprudentiel »<sup>45</sup>, il convient de garder à l'esprit qu'au moins à l'origine, « l'arbitrage revient au seul juge ». Si l'on admet, en droit administratif français, « la création du droit par le juge, comment se passerait-on d'une politique jurisprudentielle qui n'est qu'une stratégie empirique appliquée aux divers aspects d'une activité juridictionnelle dont les modes, le champ d'action et les instruments relèvent pour une large part de l'auto-détermination et de l'autolimitation du juge » ?<sup>46</sup> Mais, la jurisprudence administrative sénégalaise qui « transpose » ou, pour le moins, qui « s'inspire » du modèle français ne laisse pas de susciter des interrogations et des discussions doctrinales, parfois passionnantes<sup>47</sup>. L'« un des meilleurs produits d'exportation de la France » (Ch. Debbasch)<sup>48</sup> a ouvert l'appétit intellectuel de juristes d'une ancienne colonie qui prennent acte d'abord de ce que l'« on est en présence d'un macro-mimétisme »<sup>49</sup>, en ce sens que c'est la philosophie libérale du droit administratif et la culture juridique et administrative française qui sont plaquées sur la société sénégalaise.<sup>50</sup> Ensuite, ils soulignent quelques caractéristiques essentielles de ce droit administratif « sénégalais » qui serait un « droit en

---

requérant saisit précisément le Conseil d'Etat, à l'effet de faire pourvoir d'une part, à une reconstitution de carrière administrative, et d'autre part, au redressement d'anomalies affectant une opération de liquidation de créances détenues sur l'Etat ; qu'il s'agit là de questions relevant du contentieux de pleine juridiction, dont le Conseil d'Etat ne saurait connaître en premier ressort ; qu'en conséquence, le recours ainsi introduit, s'avère entaché d'irrecevabilité ».

<sup>44</sup> G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, p. 31 et s.

<sup>45</sup> G. VEDEL, Préface, op. cit., p. III.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in D. Darbon et J. du Bois de Gaudusson (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 395 et s ; A.S OULD BOUBOUTT, « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *RDP*, n° 2, 2013, p. 379-432 ; D. DARBON, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative », in *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, n° 156, 1990, p. 24 et s ; J.C. GAUTRON, « Réflexions sur l'autonomie du droit public sénégalais », in *Annales africaines*, 1969, p. 30 et s ; M. YEM GOURI, « Bilan de l'unité du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone », *Penant*, 1988, n° 797, p. 293 et s ; P. MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », *EDJA*, juin 2009, p. 37 et s.

<sup>48</sup> Voir aussi Y. GANDINET, « L'exportation du droit administratif français, brèves remarques en forme de paradoxe », in *Mélanges Philippe Ardant*, op. cit., p. 431 et s.

<sup>49</sup> Sur le mimétisme juridique et politique en général, voir, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », in *Pouvoirs*, n° 129, 2009 ; Y. MENY (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, l'Harmattan, 1993 ; J. du BOIS DE GAUDUSSON et D. DARBON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997.

<sup>50</sup> D. SY, *Droit administratif*, op. cit., p. 35.

construction »<sup>51</sup> dont l'équilibre n'est pas encore établi, un droit « inégalitaire »<sup>52</sup>, mais aussi « jeune et engagé »<sup>53</sup>.

Ces remarques, reconnaît Alain BOCKEL, sont générales et mériteraient d'être nuancées. La situation peut varier selon les pays, selon l'importance et la réalité du contrôle juridictionnel de l'administration ; elle peut varier aussi selon les secteurs de l'action des pouvoirs publics.<sup>54</sup> La propension à généraliser l'idée que les Etats africains francophones n'auraient connu qu'un droit administratif d'exception, porté à valoriser les prérogatives de puissance publique, au lieu de les limiter<sup>55</sup> est la conséquence des choix opérés dans les années 1970.

Partant de ces différents aspects, la doctrine sénégalaise propose des démarches différentes pour appréhender ce droit, pour le moins singulier<sup>56</sup>, en fonction de la réponse qu'ils donnent à une série de questions.<sup>57</sup>

La première est relative au fait de savoir s'il faut nier toute originalité au droit administratif sénégalais, et n'étudier que le droit français ?

La deuxième question, tout aussi extrême que la première soulève un problème inverse : convient-il d'étudier le droit administratif sénégalais en lui-même, sans référence directe au droit français ?

La dernière position consiste à se demander si l'approche « comparative » n'est pas préférable ?<sup>58</sup>

Trancher ou même prendre position dans ce débat relèverait d'une œuvre ambitieuse. Car ici comme ailleurs, prendre parti serait, d'une façon ou d'une autre, prendre à partie. L'on ne

---

<sup>51</sup> A. BOCKEL, op. cit .

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> B. KANTE, *Cours de droit administratif*, Université Gaston Berger de Saint-Louis du Sénégal, sd.

<sup>54</sup> A. BOCKEL, op cit, p. 37.

<sup>55</sup> P. MOUDOUDOU, op cit, p. 46.

<sup>56</sup> « L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle », écrivait Prosper WEIL dans son "Que sais-je", *Le Droit administratif*, PUF, n° 1152, p. 3. Et l'Afrique « coloniale » a été le théâtre de nombreux litiges dont le règlement a permis au Conseil d'Etat français, d'élaborer d'importantes règles du régime administratif. Voir La 1<sup>ère</sup> édition des Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (G.A.J.A) de 1956 qui annotait 114 arrêts dont certains ont été rendus à partir des faits survenus dans les possessions coloniales françaises en Afrique. On peut citer, l'arrêt Botta de 1904 (à propos d'un receveur des contributions en Algérie), l'arrêt Tomaso Grecco de 1905 à propos d'une course de taureaux en Tunisie, qui a introduit une responsabilité de la puissance publique au titre des activités de police, l'arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain ou Bac d'Eloka (1921) du Tribunal des Conflits, l'arrêt Robert de Lafreygère, le requérant étant chef de service aux chemins de fer de Madagascar (1923), l'arrêt Couitéas, également de 1923, l'arrêt Etablissements Vezia de 1935, l'arrêt Compagnie maritime d'Afrique orientale de 1944, l'arrêt Syndicat général des Ingénieurs-conseils de 1959, l'arrêt Marécar (Mougamadou sadagnetoullah ...) de 1935 ;

Sur ces aspects : voir B. PACTEAU, « Colonisation et justice administrative » in Jean MASSOT (dir.), *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre-mer français du XVII<sup>e</sup> siècle à 1962*, Dalloz, 2007, Coll. Thèmes et Commentaires, p. 49 et s.

<sup>57</sup> D. SY, *Droit administratif*, op. cit., p. 5.

<sup>58</sup> Pour le détail de la position des auteurs respectifs, voir D. SY, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> ed., 2014 DAKAR, L'harmattan, CREDILA, op. cit., (l'introduction). Voir, en général, l'introduction de l'ouvrage : G. Hesseling, *Histoire politique du Sénégal*, Paris, Karthala : qui est un modèle d'analyse de la « réception » du droit français au Sénégal.

saurait tout de même se dérober devant une question intellectuelle aussi cruciale pour notre étude. Question qui d'ailleurs met en lumière *tout l'intérêt, à la fois intellectuel et pratique, du droit administratif sénégalais*, et, au-delà, du droit administratif des pays d'Afrique francophone.<sup>59</sup> Du point de vue, par exemple des sources du droit administratif, la primauté du droit « législatif » (écrit) sur l'œuvre prétorienne (le « rôle subsidiaire de la jurisprudence administrative » du fait notamment de « l'inversion des sources » (Debène 1984)), et de la « codification »<sup>60</sup>, même partielle du droit administratif sénégalais commande, au moins par endroits, une approche différente des droits administratifs sénégalais et français.<sup>61</sup> De même l'autonomie des règles applicables à l'administration française et celle du juge de l'administration française, « pierre angulaire du droit administratif tout entier »<sup>62</sup>, ne s'exerce

---

<sup>59</sup> Voir notamment : G. PAMBOU TCHIVOUNDA, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, Pedone, 1994 ; J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la chambre administrative sénégalaise*, Tome 1, Publications de la RIPAS, 2e éd. 1984 ; M. BLEOU et F. WODIE, *La chambre administrative de la Cour suprême et sa jurisprudence*, Economica, 1981 ; S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè, droit administratif*, Coll. Précis de droit burkinabè, 2004 ; du même auteur, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabè de l'indépendance à nos jours*, Presses universitaires de Ouagadougou, 2008 ; A. T. BA, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Coll. Précis de droit burkinabè, 2007 ; J. du Bois de GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des Cours Suprêmes en Afrique », in Gérard CONAC et Jean du Bois de GAUDUSSON (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique, La jurisprudence administrative*, vol. 3, Economica, 1988 ; *Recueil (non annoté) des Arrêts de la Chambre administrative de la Cour Suprême de la République Centrafricaine (1982-1995)*, éd. Giraf et Agence intergouvernementale de la francophonie, 2000. A côté des recueils de jurisprudence, on relève une réflexion doctrinale ; on peut citer notamment : P. MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », *Revue Juridique et Politique*, n°1, 2010, p. 43 à 97 ; Y. S. LATH, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone ? » *RDP*, n°5, 2011, p. 1254 et s. ; G. J. C. MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », *Revue Juridique et Politique*, n° 2, 2008, p. 209 à 266 ; D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Karthala, 1997, p. 401 ; D. SY, *Droit administratif*, CREDILA, Dakar, 2010 ; M. REMONDO, *Le Droit administratif gabonais*, LGDJ, 1987 ; P. MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, l'Harmattan, 2003 ; A. S. MESCHERIAKOFF, *Le Droit administratif ivoirien*, Economica, 1982 ; J-M. BIPOUN-WOUM, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun » ; *RJPIC*, n°3, 1972, p. 361 et s. ; A. S. OULD-BOUBOUTT, « Existe-t-il un contentieux administratif autonome en Mauritanie ? Réflexions à propos d'une décision jurisprudentielle récente », *Penant*, n° 786 à 787, 1985, p. 58 et s. ; D. F. MELEDJE, « Droit administratif et décentralisation en Côte d'Ivoire », Communication à l'Atelier des acteurs clés de la Konrad Adenauer Stiftung sur « *Le Droit administratif et la décentralisation en Afrique francophone* », Dakar, Sénégal, 18-19 février 2010 ; I. SALAMI, « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin (1990- 2010) », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 25, 2011, p. 95 et s. ; B. D. COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », in *Afrilex* ; Césaire Foed S. KPENOUHOUN, *Contribution à l'Etude du contentieux administratif au Bénin : 1990-2010*, Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université Cheick Anta Diop, Dakar, janvier 2012.

<sup>60</sup> Voir : A. B. FALL, « Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition des règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, « Espaces du Service public »*, Presses universitaires de Bordeaux, 2013 ; A. B. FALL, « Les influences en matière de codification », in M. BADJI, B. GUEYE, O. DEDAUX (dir.), *La codification juridique dans les pays francophones*, Droit sénégalais, n° 7, 2008, p. 34 et s. ; D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in D. Darbon et J. du Bois de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, op. cit., p. 395 et s.

<sup>61</sup> Par exemple le Code des obligations de l'administration, au Sénégal.

<sup>62</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey, Obs. sous T.C, 8 février 1873, *Blanco*, p. 15.

pas avec la même intensité qu'au Sénégal.<sup>63</sup> L'organisation judiciaire n'est pas toujours identique (surtout en période d'unité de juridiction même s'il y a « une dualité du contentieux ») et surtout les traditions politiques sont différentes notamment en matière de séparation des autorités administratives et judiciaires d'une part ; et, d'autre part en matière de séparation des juridictions administratives et de l'administration active.<sup>64</sup> Un autre intérêt du contrôle de la légalité externe des actes est la manifestation de la soumission de l'administration au droit. Dans un pays d'Afrique, la protection des administrés est un enjeu, encore plus important, dans le processus d'édification d'Etats de droit.<sup>65</sup> Au Sénégal, l'examen de la pratique du recours pour excès de pouvoir en général et celui du contrôle de la légalité externe des actes administratifs en particulier présentent l'intérêt de vérifier si ces recours « constituent un moyen de freiner la tendance naturelle de toute administration au laxisme juridique et l'ultime garantie des citoyens de se faire rendre justice ». D'un point de vue scientifique, « la jurisprudence sénégalaise permet à un droit administratif de la légalité des actes administratifs de se développer. Certes, ce droit est fort proche du droit français, ce qui est d'ailleurs normal, les textes étant très peu différents ; la jurisprudence de la Cour suprême [et celle du Conseil d'Etat quand elle existait] permet cependant à la fois d'en affirmer l'existence réelle et d'en préciser le contenu d'une façon autre que par pure déduction théorique ».<sup>66</sup>

Il n'empêche que, s'agissant de *la méthode*, de notre point de vue, prétendre aborder le droit administratif sénégalais « en lui-même » suppose aussi, au moins de prendre en considération ce que le juge sénégalais dit que ce droit est<sup>67</sup>. Or, de façon constante, la jurisprudence

---

<sup>63</sup> Voir A. B. FALL, « Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition des règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, « *Espaces du Service public* », Presses universitaires de Bordeaux, 2013.

<sup>64</sup> En France, Voir A. Coulibaly, introduction à son Cours de droit administratif, op. cit. ; et D. SY, Droit administratif, op. cit. ;

<sup>65</sup> Une doctrine africaine existe qui en rend compte. Voir notamment : G. J. C. MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », *Revue Juridique et Politique*, n° 2, 2008, p. 209 à 266 ; D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Karthala, 1997, p. 401 ; D. SY, *Droit administratif*, CREDILA, Dakar, 2010 ; M. REMONDO, *Le Droit administratif gabonais*, LGDJ, 1987 ; P. MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, l'Harmattan, 2003 ; A. S. MESCHERIAKOFF, *Le Droit administratif ivoirien*, Economica, 1982 ; J.-M. BIPOUN-WOUM, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun » ; *RJPIC*, n°3, 1972, p. 361 et s. ; A. S. OULD-BOUBOUTT, « Existe-t-il un contentieux administratif autonome en Mauritanie ? Réflexions à propos d'une décision jurisprudentielle récente », *Penant*, n° 786 à 787, 1985, p. 58 et s. ; D. F. MELEDJE, « Droit administratif et décentralisation en Côte d'Ivoire », Communication à l'Atelier des acteurs clés de la Konrad Adenauer Stiftung sur « *Le Droit administratif et la décentralisation en Afrique francophone* », Dakar, Sénégal, 18-19 février 2010 ; I. SALAMI, « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin (1990- 2010) », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 25, 2011, p. 95 et s. ; B. D. COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », in *Afrilex* ; Césaire Foed S. KPENOUHOUN, *Contribution à l'Etude du contentieux administratif au Bénin : 1990-2010*, Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université Cheick Anta Diop, Dakar, janvier 2012.

<sup>66</sup> J.-M. BOCKEL, *Droit administratif*, op. cit., p. 489 ; Voir aussi, C. LAPEYRE, « Présentation des décisions rendues en matière de recours pour excès de pouvoir par la Cour Suprême (1961-1973) », *Annales Africaines*, 1973, p. 251 et s.

<sup>67</sup> *Le Chief justice Evan Hughes* écrit en 1936 à ce sujet : « La Constitution des Etats-Unis d'Amérique est aujourd'hui ce que la Cour suprême dit qu'elle est ». Très discutée, cette position selon laquelle le droit est ce

sénégalaise se réfère, le plus souvent, au modèle des juges du Palais royal. Donc, sauf à verser dans l'idéologie, tout en prétendant faire œuvre de science, l'analyse du contrôle de la légalité externe des actes administratifs par le juge sénégalais devra se faire en tenant compte des règles (françaises) dont « s'inspire », pour le moins, le juge sénégalais (qui les « transpose » et les applique souvent en l'état), mais aussi en soulignant les divergences, à la fois, fondamentales (les traditions politiques et juridiques ne sont pas et ne peuvent être identiques) et pratiques (les techniques jurisprudentielles diffèrent parfois ne serait-ce qu'en raison des différences de spécialisation des juges et des conceptions en matière de politique jurisprudentielle) à chaque fois qu'elles existent.<sup>68</sup> Des avertissements ont déjà été émis : « pour l'étendue du contrôle de légalité exercé, c'est la jurisprudence française, régulièrement reprise par les juridictions africaines, qui pose les règles. Cette fidèle reprise des solutions françaises amène cependant à se demander si cet instrument est parfaitement adapté. Issu en effet d'une longue tradition, il est profondément marqué par le contexte politique, administratif et social français dont il est le produit, et d'où découlent ses particularités et ses insuffisances ; il n'est pas certain que tel qu'il est, il puisse parfaitement jouer en Afrique noire, son rôle de gardien de la légalité, d'instrument de censure des autorités administratives et de protection des droits particuliers ».<sup>69</sup>

Plusieurs termes ont été utilisés pour caractériser le « mimétisme » (en voici un déjà !) juridique des Etats d'Afrique francophone : « *transfert* », « *réception* », « *emprunt* »... Ils traduisent la même idée : le constat qu'en matière juridique, formellement la tendance est à reprendre les règles du droit français, en général et non exclusivement. Puisque le terrain d'application n'est pas le même, le résultat ne peut être identique. *Le Robert* nous renseigne que la « *transposition* » est le fait de faire changer de forme ou de contenu en faisant passer dans un autre domaine. Cette expression nous paraît traduire la situation du droit administratif sénégalais où le juge « transpose », le plus souvent, la jurisprudence française, notamment en matière de contrôle de la légalité externe des actes.<sup>70</sup>

Dans ce « mimétisme », à l'instar de la démarche du juge français, les décisions du juge de l'administration sénégalaise, en matière de contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux, laissent supposer *a priori* qu'il n'y a ni mystère, ni difficultés. La logique et l'économie des moyens veulent qu'avant de rechercher si le contenu d'un acte est ou non conforme au droit, le juge se demande si l'acte émane d'une autorité compétente et s'il a été pris selon les formes et selon les procédures prescrites. Toutefois, il convient de se défier

---

que le juge dit qu'il est, est vraie, au moins en partie surtout en droit administratif français. Voir, A. COULIBALY, *L'interprétation en droit, essai sur la rationalité juridique*, Thèse, Toulouse 1, 1994 ; Olivier CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse, Droit public, Paris 2, 1992 ; J. CHEVALLIER, « Les interprètes du Droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruylant-Bruxelles, 1995, p. 115 et s. Voir aussi H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, LGDJ, 1991 ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, SIREY, 1991.

<sup>68</sup> Voir, Nd. M. DIAGNE, *Les techniques et méthodes du juge administratif sénégalais*, Thèse, Dakar, 1995.

<sup>69</sup> A. BOCKEL, *op. cit.*, p. 459-460.

<sup>70</sup> Pour une approche critique et originale, voir : M. ONDOA, « Le droit administratif français en Afrique francophone : Contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJP*, 2002, n° 3, pp. 287 et ss.

des évidences, car parfois « sous des évidences prétendues, apparaissent de larges incertitudes et un certain nombre d'énigmes en forme de paradoxes ». <sup>71</sup> Car, en définitive, s' « il n'est pas interdit de temps à autre, d'essayer de faire le point. Il faut avant tout laisser à la jurisprudence, la liberté d'adapter sans cesse au mieux des progrès de la justice ce très remarquable instrument de technique juridictionnelle [le recours pour excès de pouvoir en général, et les moyens d'annulation des actes administratifs, en particulier], fruit commun de l'ingéniosité des requérants, de l'habileté des avocats, de la sagacité des juges ». <sup>72</sup>

En pratique, le juge administratif sénégalais, « transposant » la démarche du juge administratif français, exerce, d'une part, un contrôle « *rigoureux* » des règles relatives à la compétence (I) ; et, d'autre part, un contrôle « *variable* » des règles relatives à la forme et à la procédure (II).

## I- UN CONTROLE RIGoureux DES REGLES RELATIVES A LA COMPETENCE

L'examen de la « transposition » de la jurisprudence administrative française par le juge administratif sénégalais, en matière de compétence, révèle la clarté, ainsi que la rigueur des principes de la compétence (A), mais aussi que le juge sénégalais, à l'instar de son homologue français, module la sanction du vice d'incompétence, lorsqu'il considère qu'un acte administratif unilatéral en est entaché (B).

### A- La clarté des principes de la compétence

Elle est le résultat de conceptions doctrinales tirées de fondements jurisprudentiels (1). Puisque, en matière de compétence, comme en d'autres matières juridiques, « le droit positif [...] apporte au juriste toute une série de réglementations, de systèmes d'organisation politique ou gouvernementale divers ; il les lui offre pour ainsi dire « en vrac » tous ensemble comme à « l'état brut » : et c'est à lui juriste, à lui seul, qu'il appartient et incombe de mettre l'ordre intelligible, l'ordre de la connaissance dans cette masse de matériaux, de constituer un système ». <sup>73</sup> Ainsi, le système sénégalais a hérité de la classification française des vices d'incompétence (2).

#### 1- Les fondements des principes de la compétence :

---

<sup>71</sup> G. VEDEL, Préface, op. cit., p. I.

<sup>72</sup> F. GAZIER, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1951, p. 83. Pour la doctrine en Afrique, voir notamment : René DEGNI-SEGUI, « Le contrôle sur l'administration ivoirienne par la voie du recours pour excès de pouvoir », in Gérard CONAC (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Economica, 1988, T. III, pp. 145 et ss. ; T. HOLO, « Le contrôle de la légalité et la protection des administrés au Bénin », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 1985, n° 5, pp. 403 et s. ; G. J. C MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », *RJP*, 2008 n° 2, pp. 209 et s. ; D. SY, « Près de deux siècles de justice administrative au Sénégal : entre continuité et changement », *Revue Droit écrit*, 2006, n° 5, numéro spécial, pp. 181 et ss. ; du même auteur, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA*, octobre-novembre-décembre 2005, n° 67, pp. 39 et s.

<sup>73</sup> C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », 1966, réédité in *Ecrits de théorie du droit et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 298.

Une des caractéristiques des pouvoirs modernes est de transformer le pouvoir en compétence. Fondées sur un principe de souveraineté populaire, ou du moins, de légitimité, les démocraties ont tendance à envisager le pouvoir en termes de compétences. Le pouvoir devient fonctionnel et dérivé d'une habilitation qui, à la fois, en conditionne et en limite l'exercice. Cette conception du pouvoir en tant qu'exercice de multiples compétences est la conséquence de ce que la démocratie est une construction institutionnelle dont le principe de fonctionnement est de permettre à des organes d'agir au nom du peuple.<sup>74</sup> Mais, la compétence désignerait le « domaine d'application du pouvoir » et non pas le pouvoir lui-même. Autrement dit, la question de compétence concernerait celle du « champ d'application des règles », car la compétence aurait pour fonction de « dessiner les contours du champ dans lesquels ces pouvoirs lui sont reconnus, sur quelles matières il peut statuer, à quelles personnes il peut commander, de quelles situations il peut définir le régime, sur quels êtres il peut déployer les moyens d'action matériels [...] ».<sup>75</sup>

Pourtant, la notion de compétence est « d'une exceptionnelle polysémie qui affecte toutes les branches du droit, public et privé, interne et internationale ».<sup>76</sup> « Comme la plupart des notions fondamentales du droit administratif, la compétence n'est plus au cœur des interrogations doctrinales depuis longtemps. Et pourtant, comme bien d'autres, elle n'est que très imparfaitement connue ».<sup>77</sup> En droit administratif, après de nombreuses discussions doctrinales, le courant « Duguit-Jèze »<sup>78</sup> l'a désormais emporté et il est devenu traditionnel de définir la compétence d'un agent administratif comme « une aptitude qui lui est conférée à faire certains actes juridiques au nom d'une collectivité administrative et sur un territoire déterminé »<sup>79</sup> ou comme « l'aptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision ou à faire un acte ».<sup>80</sup> L'incompétence, quant à elle, renvoie à un « défaut des connaissances ou de l'habileté nécessaires ».<sup>81</sup> Pouvant être conçue comme « le défaut

---

<sup>74</sup> E. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence, AFDA, Actes du colloque de Nancy*, Paris, Litec, 2008, p. 35 ; Voir aussi à propos de cette conception du pouvoir en tant que compétence : C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. Française, 1993, PUF, p. 536. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. ; Annales de philosophie politique, « Le positivisme juridique », op. cit.

<sup>75</sup> J. COMBACAU, « Conclusions générales », in *Les compétences de l'Etat en droit international*, op. cit., p. 314 ; V. aussi J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, op. cit.

<sup>76</sup> G. CAHIN, « Rapport introductif », in *SFDI, Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 11 ; Voir aussi V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français, contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, Thèse droit public, Paris II, 2000.

<sup>77</sup> B. SEILLER, « Avant-propos », in *AFDA, La compétence*, op. cit.

<sup>78</sup> O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *AFDA, La compétence*, op. cit., p. 24.

<sup>79</sup> F.-P. BENOIT, *Droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 470.

<sup>80</sup> J.-M. PONTIER, *L'Etat et les collectivités locales*, op. cit., p. 30. ; G. JEZE, « essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> éd., De Boccard, Tome 1, 1927, p. 316 et s (chap. 3 : de l'acte juridique) ; P. THERY, « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2001, p. 250 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 170.

<sup>81</sup> *Le Petit Robert*, 1996, p. 1149. Et dans une certaine mesure, il est arrivé que le juge administratif retienne l'incompétence au sens intellectuel du terme : lorsqu'il censure une erreur manifeste d'appréciation, définie par Guy Braibant comme l'erreur grossière ou évidente « qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé ». G. Braibant, concl. Sous C.E., sect., 13 nov. 1970, *Lambert*, Rec. C.E, p. 665 ; D. 1971, act. Jurisp., p. 33, chron. Labetoulle et Cabanes.

d'aptitude légale à accomplir un acte »<sup>82</sup>, la notion d'incompétence a parfois tendance « à déborder de son lit »<sup>83</sup> puisqu'il arrive que le juge qualifie d'incompétence certains vices de procédures et certaines erreurs de droit, alors même que la compétence juridique d'un organe n'est nullement en question. C'est le caractère d'ordre public du moyen d'incompétence qui conduit parfois à son « élasticité ».<sup>84</sup> Tout de même, il est établi que la compétence est l'aptitude juridique à prendre un acte, la possibilité juridique de faire. Par extension, elle désigne aussi l'ensemble des pouvoirs attribués à une autorité, c'est-à-dire son domaine d'action, ce qu'elle peut juridiquement faire. Et, dans ce dernier sens, on parle aussi d'attributions. Donc, pour qu'un acte administratif soit légal, son auteur doit être compétent. Autrement, il émane d'une autorité incompétente.<sup>85</sup>

La compétence ou plus précisément le vice d'incompétence a une place singulière dans l'histoire du droit administratif et donc de la jurisprudence administrative. L'incompétence constitue le moyen le plus ancien d'annulation des actes des autorités administratives. D'ailleurs, le recours en incompétence est historiquement antérieur à la juridiction administrative puisque la loi des 7-14 octobre 1790 disposait que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale ».<sup>86</sup> Le Conseil d'Etat reprendra ce contrôle de la compétence. Dès le début du XIXe siècle, la jurisprudence mettra en évidence les principaux cas d'incompétence, en sanctionnant les actes administratifs par lesquels l'Administration empiète sur la compétence d'une autre autorité administrative, mais également sur celle de l'autorité judiciaire ou du législateur. A cette période déjà, le Conseil d'Etat va consacrer le caractère d'ordre public de l'incompétence.<sup>87</sup> En droit administratif sénégalais, la conception doctrinale de la compétence est rigoureusement identique à la conception française.<sup>88</sup>

Presque tout a déjà été écrit sur les problèmes que soulève un tel transfert, une telle transposition voire une telle « *transplantation* » qui ne manque de susciter par moment un « *rejet* ».<sup>89</sup> Mais, parce que le droit administratif est fondamentalement jurisprudentiel, plus

---

<sup>82</sup> H. BARTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, 3<sup>ème</sup> éd., p. 885 ; A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1957, p. 207 et s.

<sup>83</sup> M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », in *AFDA, La compétence*, op. cit., p. 146.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> A. COULIBALY, *Cours de droit administratif*, Université de Toulouse 1, p. 152 (disponible aussi sur [www.lex-publica.com](http://www.lex-publica.com)), où l'auteur rappelle que « Kelsen observait avec pertinence que toute illégalité matérielle se présentait en dernière analyse comme une illégalité formelle, comme une forme d'incompétence. En effet, il ne s'agit jamais que de savoir qui avait compétence pour prendre l'acte litigieux. Par exemple, l'autorité administrative ne peut porter atteinte au principe d'égalité ? Qu'à cela ne tienne, le législateur ou le Constituant le peuvent. On pourrait faire la même remarque au sujet de toutes les illégalités ».

<sup>86</sup> G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p. 33. ; E. LAFERRIERE, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », in *Revue critique de législation*, 1876.

<sup>87</sup> C.E, 27 février 1880, *Commune de Chébli, Rec.*, p. 211 ; C.E, 5 février 1886, *Ramonatax, Rec.*, p. 119... ; Voir aussi M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 146.

<sup>88</sup> D. SY, *Droit administratif*, op. cit. ; J.-M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions...*, op. cit., B. KANTE, *Cours de droit administratif*, op. cit. ; J.-M. BOCKEL, *Droit administratif*, op. cit...

<sup>89</sup> Y. MENY (dir.), ... « La greffe et le rejet », op. cit.

que toute autre branche du droit, il est d'abord ce que le juge dit qu'il est.<sup>90</sup> Il devient dès lors nécessaire de voir comment le juge sénégalais applique à des cas précis les règles relatives à la compétence façonnées par son homologue français, en faisant au passage siéner la classification doctrinale des vices d'incompétence.

## 2- La classification des vices d'incompétence

C'est l'ancienneté de la notion d'incompétence en jurisprudence qui explique sans doute l'intérêt que lui a toujours prêté la doctrine, au point d'aboutir à la classification contemporaine. C'est d'abord Edouard Lafferrière qui sera le premier à proposer une systématisation et une classification des hypothèses d'incompétence, dont l'ambition est de distinguer l'usurpation de pouvoir de la simple incompétence. Il précise le contenu de l'incompétence, en distinguant l'incompétence négative et l'incompétence positive, et au sein de celle-ci, l'incompétence *ratione materiae* et l'incompétence *ratione loci*. Dans la première partie du XXe siècle, la doctrine reprend largement cette classification, avec parfois des nuances<sup>91</sup>. Ce n'est qu'à partir de la seconde Guerre mondiale qu'une classification tripartite est adoptée, qui s'impose jusqu'aujourd'hui.<sup>92</sup> La classification tripartite actuelle reflète le mieux la jurisprudence administrative. Elle systématise la démarche jurisprudentielle selon laquelle l'aptitude juridique de l'autorité administrative s'apprécie à trois points de vue. Que peut faire l'autorité administrative ? Où peut-elle le faire ? Quand doit-elle le faire ? Le juge ne s'attache pas tant à bâtir une théorie abstraite de l'incompétence qu'à définir concrètement les situations devant être sanctionnées pour incompétence. Ainsi, la classification fondée sur les différentes variétés de l'incompétence permet de rester fidèle tant à la démarche pragmatique du juge qu'à ses solutions.<sup>93</sup>

La compétence *ratione materiae* ou compétence matérielle est la compétence par rapport à la matière. Donc l'incompétence matérielle est réalisée quand une autorité administrative intervient dans une matière étrangère à ses attributions. C'est le cas lorsqu'une autorité administrative décide dans une matière relevant de la compétence du législateur<sup>94</sup> ou du juge<sup>95</sup>. Un exemple dans la jurisprudence sénégalaise, C.E (du Sénégal), 26 avril 1995, *Abdoulaye LO c/ Etat du Sénégal* où le juge décide que « l'autorité ministérielle ne pouvait [...] procéder à l'annulation de sa propre décision [...] ; qu'en le faisant, alors que la loi donnait compétence au seul Conseil d'Etat, le Ministre du Travail prenait une décision qui encourt l'annulation ».<sup>96</sup> Dans ce cas, à la suite de E. Lafferrière, une partie de la doctrine désigne ce vice comme une « usurpation de pouvoir » ; empiètement tellement grave qu'il emporterait « l'inexistence juridique de la décision » et non plus sa seule illégalité.<sup>97</sup> Le plus

<sup>90</sup> Voir l'introduction.

<sup>91</sup> Voir les positions de Maurice Hauriou, in M. UBAUD-BERGERON, op. cit.

<sup>92</sup> M. UBAUD-BERGERON, op. cit., p. 148-149.

<sup>93</sup> M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 147.

<sup>94</sup> C.E, Ass., 10 mai 1968, *Deloulay et autres*, Rec., p. 295.

<sup>95</sup> C.E, 24 mars 1950, *Torregrosa*, Rec., p. 194.

<sup>96</sup> C.E (du Sénégal), 26 avril 1995, *Abdoulaye Lo c/ Etat du Sénégal*, in D. SY (dir.), op. cit., p. 226.

<sup>97</sup> Voir R. CHAPUS, *Droit administratif*, op. cit., p. 1024. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il n'en va ainsi qu'en cas d'empiètement sur les pouvoirs d'une juridiction. C.E., 6 novembre 1993, *Mme Laverlochère*, LPA 5

souvent l'incompétence matérielle est constituée par l'empiètement (voulu ou involontaire) d'une autorité administrative sur les attributions d'une autre autorité administrative qu'elle soit de rang équivalent, supérieur ou inférieur<sup>98.99</sup> Comme le juge français, le juge administratif sénégalais sanctionne régulièrement ce vice d'incompétence. La Cour Suprême, le 5 juillet 1979, *Aminata Sall et autres*, décide : « attendu qu'il résulte clairement de la combinaison des différents textes précités que, sous l'empire du régime provisoire d'administration de l'université [...], la compétence disciplinaire à l'égard des étudiants appartenait exclusivement au Conseil provisoire de l'université ; [...] que par suite, le gouvernement n'a pu par décret individuel, exclure définitivement les requérants de l'université [...] sans violer les dispositions réglementaires ; que les requérants sont par suite fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir du décret attaqué en ce qui les concerne ».<sup>100</sup> La même Cour Suprême, le 7 janvier 1970, *Longin Coly et autres* avait rappelé à un préfet son incompétence matérielle à délimiter les terres du domaine national : « un décret pris sur proposition du gouverneur, après avis du comité régional de développement, définit les limites de chaque territoire, qu'il résulte de ces dispositions que le préfet du département de Bignona [en entendant] définir la limite séparant deux territoires, aurait outrepassé sa compétence. [...]. Par ces motifs, [la Cour] annule comme entaché d'incompétence l'arrêté [...] du Préfet ».<sup>101</sup> De même, « le ministre des travaux publics [...] qui n'exerce que des pouvoirs de tutelle sur la régie des chemins de fer, n'est pas compétent pour annuler une sanction disciplinaire prise par le directeur de ladite régie, à l'encontre d'un membre de son personnel » (C.S., 27 décembre 1978, *Amadou Ba*).<sup>102</sup> Dans l'exercice de la police concernant les édifices menaçant ruine, le Préfet sans une mise en demeure du maire se substitue à lui pour prendre directement la mesure concernée ; celle-ci est annulée parce qu'émanant d'une autorité incompétente (CE Sénégal, 17 août.2000, *Bada DIOUF et autres c/Etat du Sénégal*).<sup>103</sup> Plus récemment, Cour Suprême (Sénégal), 10 janvier 2013, *Zahira Saleh c/ Etat du Sénégal* « s'il est avéré l'existence d'un péril grave et imminent, le maire ordonne les mesures provisoires [...]. Qu'en ordonnant l'évacuation d'un immeuble pour risque d'effondrement, le Préfet a pris une décision dans un domaine où la loi ne lui donne pas compétence »<sup>104</sup>.

---

janvier 1994, note J. Morand-Deville. On parle aussi d'« usurpation de fonction » lorsqu'une décision administrative a été prise par un individu étranger à l'administration.

A la place de l'« inexistence juridique de l'acte administratif », il y a « simple illégalité ordinaire », lorsque par exemple un décret est pris en matière législative (ce qui n'est pas rare).

<sup>98</sup>C.E, 16 juillet, 1915, *Abbé Counvenhes*, Rec., p. 239 : une délibération du Conseil municipal qui empiète sur des pouvoirs réservés au seul maire ; C.E, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, Rec. p.114 : révocation d'un garde champêtre par le Préfet dans un cas où le sous-préfet avait seul compétence.

<sup>99</sup>C.E, 18 juillet 1947, *Sesseau* (Rec. tables, p. 538). Le principe est qu'une autorité supérieure ne peut modifier la décision prise par une autorité inférieure que dans le cadre de l'exercice de son pouvoir hiérarchique. Et, en outre, il faut, au préalable, que le subordonné ait agi explicitement ou implicitement.

<sup>100</sup>C.S, 5 juillet 1979, *Aminata Sall et autres*, obs. J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, op. cit., p. 87.

<sup>101</sup>J.-M. NZOUKEU, *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 94.

<sup>102</sup>Ibid. ; V. aussi, C. LAPEYRE, op. cit., p. 273-274.

<sup>103</sup>Rec., n° 2, mars 2001, p. 47

<sup>104</sup>C.S, 10 janvier 2013, *Zahira Saleh c/ Etat du Sénégal*, *Bulletin des arrêts* n° 6-7, décembre 2014, p. 127-128.

La compétence *ratione loci* signifie la compétence territoriale, en raison du lieu. C'est d'abord l'exigence pour une autorité administrative d'exercer ses fonctions en ne se trouvant pas dans un lieu autre que celui où elle devait siéger.<sup>105</sup> L'hypothèse est rare mais existe.<sup>106</sup> Ensuite, et le cas est plus fréquent, on entend aussi par incompétence territoriale, le fait pour une autorité administrative de décider relativement à des affaires étrangères à sa circonscription.<sup>107</sup>

La compétence *ratione temporis* ou compétence temporelle signifie la compétence en raison du moment, c'est-à-dire en raison de la date où l'autorité administrative a pris la décision.<sup>108</sup> Et, l'incompétence *ratione temporis* peut-être due au fait que l'autorité n'était pas encore compétente parce que elle n'avait pas encore été investie de ses fonctions<sup>109</sup> ; ou que l'autorité n'est plus compétente (ses pouvoirs ou fonctions lui ont été retirés) ; ou encore, l'autorité administrative qui a pris la décision litigieuse est intervenue en dehors de la période légale de décision. Plusieurs cas de figure : son mandat électif est venu à expiration, elle a été atteinte par la limite d'âge, le délai qui lui était imparti pour accomplir certains actes est arrivé à terme.<sup>110</sup> Au Sénégal, le juge administratif adopte la même conception. C'est ainsi, par exemple que dans l'arrêt de la Cour Suprême du 28 avril 1971, *Issaga Keïta*, le juge relève une illégalité résultant de ce que l'auteur de l'acte a méconnu les règles relatives au temps fixé pour l'exercice de ses compétences : « attendu qu'en l'absence de dispositions contraires des textes régissant le centre de formation [...], la répartition des places à pourvoir ne pouvait être modifiée légalement après le commencement des opérations du concours ». <sup>111</sup>

D'une manière générale, l'incompétence peut-être positive ou négative. On parle d'incompétence positive lorsqu'une autorité administrative prend une décision qu'il n'a pas qualité pour prendre. Et l'incompétence négative<sup>112</sup>, elle, est réalisée lorsqu'une autorité

---

<sup>105</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif*, op. cit. ;

<sup>106</sup> Pour les autorités communales : C.E, 22 décembre 1911, *Legrand* et 8 mars 1912, *de Saint-Taurin*, note Hauriou, S. 1912.3, p. 105 ; C.E, 17 mars 1967, *Ranchon*, note M. Waline, *RDP*, 1968, p. 180.

Plus récemment et très explicitement, dans le sens que, en principe, le Conseil municipal doit être réuni et délibérer à la mairie de la commune : T.A Grenoble, 26 mars 1997, *Préfet de l'Isère*, DA, 1997, n° 185 ; C.E, 1<sup>er</sup> juillet 1998, *Préfet de l'Isère*.

<sup>107</sup> Exemples : un préfet prend une mesure de police concernant une personne résidant dans un autre département que le sien (C.E, 27 janvier 1950, *Perrin*, Rec. p. 64) ; un inspecteur des impôts notifie un redressement fiscal à un contribuable qui n'est pas domicilié dans sa circonscription (C.E, Sect., 6 juillet 1990, *Baptiste*, Rec. p. 210) ; C.E, 23 décembre 1904, *Barthes*, Rec., p. 869.

<sup>108</sup> Voir, J. M. AUBY, « L'incompétence *ratione temporis*, Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP*, 1953, p. 5-60.

<sup>109</sup> Par exemple, l'autorité administrative a été sans doute nommée, mais pas encore « installée » dans ses fonctions (V. pour un préfet, C.E, Ass., 27 avril 1973, *Delle Serre*, AJ, 1973, p. 487) ; C.E, 24 décembre 1926, *Sylvain*, Rec., p. 1138 : mise à la retraite prononcée un an à l'avance. C.E, 11 février 1944, *Cornilleau*, Rec., p. 40 : nomination décidée le 11 février et devant prendre effet le 8 avril suivant. C.E, 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, Rec., p. 210, *RDP*, 1952, p. 1029, note Waline : incompétence d'un gouvernement démissionnaire qui statue au-delà « des affaires courantes ».

<sup>110</sup> Par exemple, délais pour le gouvernement en matière d'ordonnance, ou pour prendre des mesures individuelles d'amnistie : C.E., Sect., 22 novembre 1963, *Delmas de Polignac*.

<sup>111</sup> C.S., 28 avril 1971, *Issaga Keïta*, in J.-M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 93-94.

<sup>112</sup> Voir, A. LE PILLOUER, « L'incompétence négative des autorités administrative: retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, juillet-août 2009, p. 1203-1213.

administrative refuse de prendre une décision en se croyant, à tort, incompétente.<sup>113</sup> Il convient d'ajouter que le juge administratif français assimile à l'incompétence la méconnaissance de l'obligation de ne décider que sur avis conforme d'un organisme consultatif<sup>114</sup> ; il en est de même du défaut de consultation du Conseil d'Etat, lorsque cette consultation est obligatoire.<sup>115</sup>

Le juge administratif sénégalais, à la suite de son homologue français, tout en contrôlant avec rigueur la compétence de l'autorité administrative lorsqu'elle prend un acte, module les sanctions de celui-ci lorsqu'il considère qu'il est entaché du vice d'incompétence.

## **B- La modulation des sanctions du vice d'incompétence**

Pragmatique, le juge administratif semble établir une hiérarchie « entre deux formes de compétence »<sup>116</sup>, selon qu'il relève « un défaut de compétence » ou une « erreur de compétence ».<sup>117</sup> Cette différence, en termes de gravité du vice, emporte des conséquences sur la sanction applicable. Même si « la réponse [du juge] est empreinte de nuance »<sup>118</sup>, on constate, globalement, que de façon constante, le vice d'incompétence est un moyen d'ordre public insusceptible de régularisation (1) ; et que dans le même temps, selon la gravité du « vice », la sanction du juge varie entre de fréquentes annulations et des déclarations, plus rares, d'inexistence juridique de l'acte administratif attaqué (2).

### **1- Une constante : l'incompétence comme moyen d'ordre public insusceptible de régularisation**

C'est ici que se manifeste avec netteté le fait que les règles relatives à la compétence sont empreintes d'une certaine rigueur. La violation des règles de compétence constitue une illégalité d'ordre public. Et les moyens d'ordre public que le juge a ainsi qualifiés, en raison de la gravité des illégalités qu'ils traduisent, emportent certaines conséquences pratiques. A tout stade d'une instance juridictionnelle, ils peuvent être soulevés par les parties ou d'office par le juge. Le juge en a l'obligation, même si la partie intéressée a déclaré renoncer à se prévaloir du moyen, et même si toutes les parties sont d'accord pour qu'il ne soit pas pris en considération<sup>119</sup> ! Une décision prise par une autorité compétente qui reproduit en fait une décision identique prise par une autorité incompétente est jugée illégale.<sup>120</sup> Si une décision est

---

<sup>113</sup> A. COULIBALY, op. cit., p. 153.

<sup>114</sup> C.E, 29 janvier 1969, *Veuve Chanebout*, Rec., p. 43.

<sup>115</sup> C.E, Sect., 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires*, Rec., p. 380.

<sup>116</sup> M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 160. Pour l'auteur, « l'incompétence par défaut de compétence est constituée lorsque l'incompétence résulte de l'inexistence d'une compétence, et non d'un mauvais usage de la compétence [exemples : empiètement sur la compétence de l'autorité judiciaire ou du législateur...] ». Alors que l'incompétence pour erreur dans la compétence recouvre la situation où il n'y a pas méconnaissance de la séparation des fonctions, mais atteinte à la répartition des compétences entre autorités administratives ». V. dans le même sens, A. LEGRAND, « incompétence », op. cit., n°93.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1020-1021.

<sup>120</sup> C.E, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, Rec., p. 114.

prise par une autorité incompétente, l'autorité compétente ne peut couvrir cette irrégularité en ratifiant ladite décision, sauf si l'autorité compétente agit comme supérieur hiérarchique.<sup>121</sup>

Les principes sont en effet rigoureux. Selon une jurisprudence établie, la compétence s'apprécie au jour où l'autorité édicte la mesure<sup>122</sup>. C'est le caractère d'ordre public de la compétence qui explique sa tendance à l'extension lorsque le juge assimile d'autres vices à l'incompétence. Ce caractère d'ordre public a été reconnu très tôt par le juge<sup>123</sup> ; qui a ainsi l'obligation de soulever d'office le moyen ; et il peut le faire à tout moment de la procédure.<sup>124</sup> Et, lorsque le juge soulève l'incompétence, il n'a pas à se prononcer sur les autres moyens.<sup>125</sup>

En outre, l'incompétence ne peut faire l'objet d'aucune rectification ou régularisation ultérieure par la ratification de l'acte par l'autorité compétente, ou par l'accomplissement a posteriori des procédures ou formes omises.<sup>126</sup> C'est pourquoi, comme déjà signalé, lorsqu'un acte a été adopté par une autorité administrative incompétente, l'approbation de l'autorité administrative compétente ne saurait effacer le vice d'incompétence.<sup>127</sup> De même, l'incompétence ne peut pas être couverte par une ratification de l'autorité compétente : la seule possibilité pour elle est d'adopter une nouvelle décision.<sup>128</sup>

La jurisprudence sénégalaise est très explicite sur ce point : l'incompétence est un moyen d'ordre public, insusceptible de régularisation. Le juge l'affirme, par exemple dans la décision C.S., 29 janvier 1975, *Séga Seck Fall*<sup>129</sup>, où le requérant expose qu'un décret est illégal pour avoir été signé par le Président de la République hors du territoire national. La demande sera rejetée, mais le juge précise « *qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier si les conditions sont remplies* ». C'est la manifestation de la reconnaissance du caractère d'ordre public d'un moyen.

Toujours par souci de pragmatisme, il arrive au juge de tempérer la rigueur de tels principes. Ainsi, certaines théories ou circonstances justifient nombre de dérogations à la légalité et donc, en particulier, aux règles relatives à la compétence. C'est le cas de la théorie des

<sup>121</sup> A. COULIBALY, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 155 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, op. cit., p. 1020-1021.

<sup>122</sup> C.E, 6 mars 1989, *Sté de Bourse, Rec.*, p. 84, *RFDA*, 1989, p. 627 : « la légalité d'une décision administrative, notamment au regard de la compétence de son auteur, s'apprécie au regard des dispositions en vigueur à la date à laquelle elle est prise ».

<sup>123</sup> C.E, 27 février 1880, *Commune de Chébli* ; C.E, 5 février 1886, *Ramonatax*, op. cit.

<sup>124</sup> C.E, 5 décembre 2002, *Mann Singh c/Préfet du Val d'Oise, Rec.*, p. 544 : le juge a l'obligation de soulever d'office le moyen d'incompétence ; et il peut le faire à tout moment, même en cassation, comme en l'espèce. C.E, 14 juin 2006, *Sté France Telecom Marine* : l'incompétence de l'auteur d'un acte doit être soulevée d'office par le juge, même en référé, comme dans le cas d'espèce.

<sup>125</sup> C.E, Sect., 8 mai 1970, *Sté Nobel-Bozel*. Pour une analyse fine de toute cette jurisprudence, voir M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 164-165.

<sup>126</sup> Comme pour toute illégalité externe d'ailleurs. Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1020-1023 ; A. LEGRAND, « incompétence », op. cit., n° 212 et s.

<sup>127</sup> C.E, 2 novembre 1939, *Wagner, Rec.*, p. 547 ; C.E, 2 juillet 1965, *Syndicat national des parcs automobiles, Rec.*, p. 397.

<sup>128</sup> C.E, 2 mai 1945, *Machet, Rec.*, p. 87. Voir les analyses de M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 164-165.

<sup>129</sup> C.S., 29 janvier 1975, *Séga Seck Fall*, in *GDJAS*, op. cit., p. 119.

circonstances exceptionnelles<sup>130</sup> ou de l'urgence. L'article 69 de la Constitution du Sénégal prévoit que : « l'état de siège comme l'état d'urgence<sup>131</sup>, est décrété par le Président de la République. L'Assemblée nationale se réunit alors de plein droit, si elle n'est pas en session [...]. Les modalités d'application de l'état de siège et de l'état d'urgence sont déterminées par la loi ». <sup>132</sup> En ce qui nous concerne ici, il s'agit surtout de la théorie de l'apparence ou *du fonctionnaire de fait*. Elle trouve application, lorsqu'un agent irrégulièrement investi, ou un individu étranger à l'administration prend des décisions administratives. Celles-ci sont, en principe, illégales, parce que prises par une autorité incompétente ou par un usurpateur de fonctions. Mais, le juge découvre que le public a pu raisonnablement ignorer que l'agent n'avait pas été régulièrement investi ; et que donc, aux yeux du public, il y avait « *investiture plausible* », pour reprendre la formule de Gaston Jèze. En conséquence, le juge tient pour légales les décisions prises par l'agent qualifié alors de *fonctionnaire de fait*.<sup>133</sup> Toutefois, si la décision émane d'un individu étranger à l'administration, seule l'existence de circonstances exceptionnelles peut les sauver de l'annulation pour « *usurpation de fonction* ». <sup>134</sup>

## 2- Des variations : de l'annulation à l'inexistence de l'acte vicié

Lorsque le juge, saisi par un requérant lésé par un acte administratif lui faisant grief, retient un vice d'incompétence, le moyen de sanction d'une telle illégalité est l'annulation de l'acte administratif. Annulé, sur recours pour excès de pouvoir, l'acte illégal disparaîtra de l'ordonnement juridique, mais encore, il en sera rétroactivement retranché.<sup>135</sup> Le juge sénégalais le rappelle encore dans sa décision C. S, 26 septembre 2013, Cheikh Tidiane Sy et autres c/ Etat du Sénégal : « Un acte administratif annulé est réputé n'avoir jamais existé ». <sup>136</sup>

En fait, la sanction de l'incompétence, si elle n'est pas toujours systématique, n'en demeure pas moins uniforme. Le principe est qu'un acte entaché d'un vice de compétence sera sanctionné par l'illégalité. Les exemples sont légion dans la jurisprudence sénégalaise où le

---

<sup>130</sup> Exemples : C.E, 28 juin 1918, *Heyriès, Rec.*, p. 651 : la suspension par décret de l'application d'une loi relative à la communication de leur dossier aux fonctionnaires menacés de sanctions disciplinaires ; C.E, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin, Rec.*, p. 276 : la décision de fermer les débits de boisson ; C.E, Ass., 7 novembre 1947, *Alexis et Wolff, Rec.*, p. 416 : à la Libération, arrestation et exécution, sans décision judiciaire, d'individus soupçonnés d'avoir collaboré avec l'ennemi ; C.E, 18 mai 1983, *Rodes, Rec.*, p. 199, *AJDA*, 1984, p. 44 : sous la menace d'un volcan, le préfet de Guadeloupe prend la décision d'ordonner l'évacuation d'une partie de l'île et d'interdire, dans une certaine zone, la circulation et la navigation des navires de commerce.

<sup>131</sup> Sur cette notion, on peut voir A. COULIBALY, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 197 et s.

<sup>132</sup> Art. 69 de la Constitution du Sénégal, 22 janvier 2001.

<sup>133</sup> Cass. 7 août 1883, *Affaire des mariages de Montrouge* : mariages célébrés par un conseiller municipal incompétent.

<sup>134</sup> A. COULIBALY, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 155 et s. Le même auteur rappelle (p. 200) que : « les circonstances exceptionnelles ont pour effet d'élargir considérablement les pouvoirs de l'administration, voire d'en changer la nature. L'autorité administrative a le droit de méconnaître les règles de compétence. Il lui est permis d'empiéter sur la compétence d'une autre autorité administrative. Qui plus est, elle peut prendre des décisions qui normalement n'entrent dans la compétence d'aucune autorité administrative. Il s'agit, notamment, des mesures réservées au législateur ou aux juridictions ». Voir aussi, R. ODENT, *Contentieux administratif*, Tome 1, Préface de R. DENOIX DE SAINT MARC, rééd., Paris, Dalloz, 2007, p. 376 et s.

<sup>135</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1013.

<sup>136</sup> C. S, 26 septembre 2013, *Cheikh Tidiane Sy et autres c/ Etat du Sénégal*, Bulletin des arrêts, Décembre 2014, p. 152-155.

juge retient l'incompétence d'une autorité administrative.<sup>137</sup> Ce qui prouve que le juge administratif sénégalais, lorsqu'il le décide, peut être indépendant de l'administration et même de l'autorité politique, contribuant ainsi à garantir les droits des administrés, et au-delà à faire respecter le principe de la légalité sans lequel on ne saurait parler d'Etat de droit. Et c'est le recours pour excès de pouvoir qui permet à une personne physique ou morale d'obtenir du juge administratif l'annulation, avec effet rétroactif d'un acte administratif unilatéral méconnaissant les éléments du bloc de légalité s'imposant à son auteur et donc entrés en vigueur.<sup>138</sup> « Il constitue l'instrument privilégié d'une toilettée constante de l'ordonnancement juridique, surtout si l'on songe que l'acte ainsi annulé est censé n'avoir jamais existé et que l'annulation produit ses effets à l'égard du requérant, de l'administration et de toute autre personne »<sup>139</sup>, étant entendu que la légalité d'un acte administratif s'apprécie à la date de sa signature.<sup>140</sup> Or, le recours pour excès de pouvoir constituant un recours de droit commun contre les actes administratifs unilatéraux décisifs, le juge administratif a la latitude de conférer toute l'efficacité souhaitée à ce caractère. Il n'hésite pas, en France, à considérer comme administratifs, non seulement les actes des autorités administratives, même pris sur la base d'un texte adopté par voie de référendum<sup>141</sup>, mais aussi et sous certaines conditions, ceux des organismes privés gérant un service public administratif ou un service public à caractère industriel et commercial.<sup>142</sup> Le juge Sénégalais adopte ici aussi la même conception « extensive » de l'acte administratif qui n'obéit pas exclusivement à un critère organique, lié au caractère administratif de l'auteur de l'acte. C'est ainsi, par exemple que le C.E (du Sénégal), (27 avril 1994, *ASC DIAL DIOP c/ Fédération sénégalaise de Football*), décide que « l'autorité administrative n'a pu déléguer que la compétence dont elle était investie et qu'il en résulte que les actes accomplis par les organismes délégataires dans les limites de la délégation sont formellement des actes administratifs et par suite susceptibles de recours pour excès de pouvoir ».<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> Voir pour la période 1961-1973 : C. LAPEYRE, « *Présentation des décisions rendues en matière de recours pour excès de pouvoir par la Cour Suprême* », op. cit. ; la période de 1961 à 1987 : J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise, Tome 1, Le contentieux de la légalité*, 3<sup>e</sup> éd., Dakar, RIPAS, 1987 ; pour la période relative à l'existence du Conseil d'Etat (à la place de la Cour Suprême) : D. SY (dir.), *Répertoire de jurisprudence, Droit administratif*, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (1993-1994-1995), Dakar, CREDILA ; C.E (du Sénégal), Bulletin des arrêts, années judiciaires 1993-1997 et années judiciaires 1998-1999-2000 ; **(A NOTER QUE DE 2000 à 2008, le C.E du Sénégal N'A PAS PUBLIE SES ARRETS. Raison pour laquelle, nous signalons ceux cités lors de cette période comme « inédits »)**. Pour la période 2008-2014 (restauration d'une Cour Suprême), C.S, *Bulletin des arrêts* (de la Chambre administrative en particulier, n°1 à 6).

<sup>138</sup> C.E, 28 juillet 2000, *Emery, DA*, 2000, p. 238.

<sup>139</sup> D. TRUCHET, J.-F. LACHAUME et autres, *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 1.

<sup>140</sup> C.E, Sect., 19 novembre 1993, *Béréciartua Echarri*, Rec., p. 321, *AJDA*, 1994, concl. Abraham.

<sup>141</sup> C.E, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*.

<sup>142</sup> Voir les commentaires, in D. TRUCHET (dir.), *Les grandes décisions*, op.cit. , p. 689 : C.E, 13 janvier 1961, *Magnier* (gestion d'un SPA) ; T.C, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c/ Epoux Barbier* (gestion d'un SPIC) ; Voir aussi : C.E, 31 juillet 1942, *Montpeurt* ; C.E, 2 avril 1943, *Bouguen* ; C.E, 13 mai 1938, *Caisse Primaire Aide et protection*.

<sup>143</sup> C.E (du Sénégal), 27 avril 1994, *ASC DIAL DIOP c/ Fédération Sénégalaise de Football*, in D. SY (dir.), *Répertoire de jurisprudence...*, op. cit., p. 139-140.

A noter que le C.E écarte le recours pour excès de pouvoir contre un acte incontestablement administratif, dès lors que le requérant dispose d'une autre voie de recours.<sup>144</sup>

Au Sénégal, en principe, un fonctionnaire devrait être déclaré irrecevable à déférer devant la Cour suprême, par la voie du recours pour excès de pouvoir, un acte administratif concernant sa situation personnelle au sein de la fonction publique puisqu'il dispose d'un recours parallèle de plein contentieux devant le tribunal de première instance.<sup>145</sup> Mais, la Haute juridiction sénégalaise s'est souvent écartée de ce principe, accueillant des recours de ce type en admettant implicitement sa compétence. Exemple : C.S., *Mamadou Lamine Diop c/ Etat du Sénégal*, 23 mars 1966. Et dans le sens inverse, C.S., 12 juillet 1972, *Souleymane Cissé c/Ministre de la fonction publique et du travail* (Annales africaines 1971-1972)<sup>146</sup> : « le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits, du recours ordinaire de pleine juridiction ».

<sup>147</sup> En étendant la catégorie d'actes susceptibles d'être déférés à sa censure, tout en rappelant à la fois le caractère d'ordre public du vice d'incompétence et celui de droit commun du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif a constitué un « arsenal » permettant d'appliquer avec rigueur la sanction de l'incompétence. Celle-ci ne semble être tempérée que par des circonstances exceptionnelles ou la théorie du « *fonctionnaire de fait* ». Dans le même temps, puisque le juge assimile, parfois d'autres vices à l'incompétence, il devient clair que le principe demeure un contrôle rigoureux qui aboutit, le cas échéant, à l'annulation de l'acte administratif.

Il est même des hypothèses où la sanction du juge devient encore plus rigoureuse : c'est lorsque le juge déclare *l'inexistence juridique de l'acte*. A titre exceptionnel, et en raison de la gravité des vices, il arrive que la non-conformité d'un acte à la légalité conduise le juge à

---

<sup>144</sup>CS (CA) du Sénégal, 4 mai 1977, *Abdoulaye BA c/ Régie des Chemins de fer du Sénégal*, in Oumar GAYE et Mamadou Seck DIOUF, op cit, p. 49. (C.E, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur, PA*, 1991, 77, 31, note S. Doumbé-Billé). V. D. TRUCHET, J.-F. LACHAUME et autres, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 686 et s : « En cas de coexistence d'un recours pour excès de pouvoir et d'un autre recours relevant, tous les deux, du même juge administratif, les conséquences de la fin de non-recevoir du recours pour excès de pouvoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ont été quelque peu atténuées par le juge (C.E, 8 mars 1912, *Lafage, S.*, 1912, note Hauriou : un fonctionnaire peut former en matière pécuniaire, un recours pour excès de pouvoir pour contester un acte administratif le privant d'avantages financiers ; sur les limites de cette jurisprudence : C.E, Sect., 27 avril 1988, *Mbackam, Rec.*, p. 173). Il reste quand même qu'on ne peut pas, en principe, obtenir par la voie du recours pour excès de pouvoir un résultat (par exemple une condamnation pécuniaire de l'administration) analogue à celui que procure le recours de pleine juridiction ». Il n'empêche le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir demeure : C.E, Ass., 7 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, Rec.*, p. 110, *RDJ*, 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline. Pour une confirmation plus récente : C.E, 17 décembre 2003, *Alain F.*

<sup>145</sup> Voir, J.C. GAUTRON et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Droit public du Sénégal*, op. cit., p. 334.

<sup>146</sup> Voir, C.S., *Mamadou Lamine Diop c/ Etat du Sénégal*, 23 mars 1966, *RLJ*, 1966, vol. 7, p. 96, obs. C. LAPEYRE, op. cit., p. 257. Et dans le sens inverse, C.S., 12 juillet 1972, *Souleymane Cissé c/Ministre de la fonction publique et du travail* (Annales africaines 1971-1972) ; Voir la note de J.-M. BOCKEL sous ce même arrêt *Souleymane Cissé*, in *Annales africaines*, 1971-1972, p. 170-171.

<sup>147</sup> En droit français, Voir LACHAUME (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Droit administratif, 15<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2010, p. 692-693.

déclarer son « inexistence juridique ». Selon la formule jurisprudentielle habituelle, il sera considéré comme « nul et non avenue ». Cela est possible sur recours en déclaration d'inexistence ou sur recours pour excès de pouvoir que le juge assimilera au précédent.<sup>148</sup> Au regard de la jurisprudence, force est de constater, qu'en dehors de l'idée selon laquelle l'inexistence de l'acte est une conséquence de la gravité du vice d'incompétence qui l'affecte, toute autre précision sur les conditions juridiques de l'inexistence pourrait se révéler hasardeuse.<sup>149</sup> C'est pourquoi, en la matière, « la présentation usuelle tient plus de l'énumération que de la systématisation »<sup>150</sup>. Le Doyen Vedel avait perçu qu'il s'agit d' « une notion fonctionnelle »<sup>151</sup> en ce que le juge y recourt lorsqu'il estime nécessaire de lever certaines contraintes (délais de recours par exemple) ou convenable d'atteindre certains résultats.<sup>152</sup> Historiquement, c'est E. Lafférière<sup>153</sup> qui, s'inspirant de la doctrine civiliste<sup>154</sup>, fut le premier à esquisser une théorie de l'inexistence de l'acte. Celle-ci devait « frapper » l'usurpation de fonction plus grave qu'une incompétence « ordinaire ». Si la doctrine<sup>155</sup> est séduite<sup>156</sup>, le juge est plus réservé. Le juge administratif sénégalais y recourt de façon extrêmement rare mais non inexistante. Par exemple, le 27 avril 1994 (*ASC DIAL DIOP...*), le Conseil d'Etat du Sénégal a déclaré : « considérant que la décision attaquée ne porte ni noms, ni les signatures des membres du Comité directeur général qui ont participé à son élaboration ; que la gravité du vice dont elle est ainsi entachée est telle qu'elle doit être considérée comme dépourvue d'existence juridique, qu'il échet, en conséquence, de la déclarer nulle et non avenue, en disqualifiant le recours pour excès de pouvoir en déclaration de nullité ».<sup>157</sup> La

<sup>148</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, op. cit., p. 1014.

<sup>149</sup> Il convient de signaler, ne serait-ce que pour l'exclure ici, qu'il peut arriver que des décisions soient considérées comme « matériellement inexistantes ». Dans ce cas, « la question de leur légalité n'a pas de sens » (R. Chapus, op. cit., p. 1015). Exemples : C.E, Sect., 26 janvier 1951, *Galy, Rec.*, p. 46, S., 1951.3, p. 52, concl., R. Odent : une décision dont aucune trace n'a pu être trouvée, doit être considérée comme « n'ayant jamais existé ». Plus discutée est la situation où l'acte a bien été adopté, mais par une personne ou organe non habilité. A. Bacquet, concl. Sur C.E, Sect., 4 juillet 1980, *Rec.*, p. 300 : « la notion d'acte juridiquement inexistant ne peut s'appliquer qu'à des actes entachés d'une illégalité flagrante caractérisée par une usurpation de pouvoir ». Mais dans ce cas, il n'y pas « inexistence matérielle », mais « inexistence pour incompétence » (M. UBAUD-BERGERON, op. cit., p. 161, note 77). La distinction entre l'annulation et l'inexistence juridique de l'acte demeure encore ambiguë, à preuve : C.S, 26 Septembre 2013, *Cheikh Tidiane SY et autres c/ Etat du Sénégal* où le juge déclare qu' « un acte administratif annulé est réputé n'avoir jamais existé ; toutefois, s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que l'acte a produits que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif de prendre en considération les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence ».

<sup>150</sup> M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 162.

<sup>151</sup> Cité par R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1014.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Op. cit.

<sup>154</sup> Voir B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris 2, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 458 et s.

<sup>155</sup> J.-M. AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1947 ; P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.*, 1958, chron., p. 460 et s. ; J. MOREAU, « Inexistence », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, 2002.

<sup>156</sup> Mais, en même temps, lucides, les mêmes auteurs constatent que les « indications sont fragmentaires », quand ils ne qualifient pas la jurisprudence d' « obscure » et « controversée ». Voir M. UBAUD-BERGERON, op. cit., p. 161.

<sup>157</sup> C.E (du Sénégal), 27 avril 1994, *ASC DIAL DIOP c/ Fédération sénégalaise de Football*, in D. SY (dir.), op. cit., p. 140.

déclaration de l'inexistence d'un acte juridique, quoique moins rare dans la jurisprudence française, n'en demeure pas moins, ici aussi, parcimonieuse. C'est l'arrêt de principe *Rosan-Girard*<sup>158</sup> qui consacre la déclaration d'inexistence de l'acte administratif lorsque l'autorité administrative empiète sur la compétence d'une juridiction.<sup>159</sup> A la suite, sont aussi tenues pour juridiquement inexistantes les décisions émanant d'organismes « dépourvus d'existence légale »<sup>160</sup> ; celles dont l'auteur est dépourvu de tout pouvoir de décision<sup>161</sup> ; celles qui sont « manifestement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration » et sont ainsi à l'origine d'une voie de fait<sup>162</sup>...<sup>163</sup> Le pragmatisme du juge repose ici sur une cohérence : incompetence (lorsque l'autorité administrative empiète sur les fonctions du juge ou du législateur), voie de fait et inexistence entretiennent des relations étroites. Les deux premières révèlent un comportement ou une décision « manifestement insusceptibles d'être rattachés à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ». La dernière (l'inexistence de l'acte administratif) en est une conséquence radicale, mais logique. L'acte inexistant ne crée ni droit, ni obligation<sup>164</sup>, il peut être contesté sans aucune restriction de délai devant le juge<sup>165</sup>, et l'administration peut le retirer à tout moment. Puisque l'inexistence est ici, notamment, une conséquence d'une incompetence grave, comme celle-ci, le juge en a fait un moyen d'ordre public.<sup>166</sup>

Le contrôle effectué par le juge administratif français et à sa suite le juge administratif sénégalais reposant à la fois sur la clarté des règles relatives à la compétence et à la modulation des sanctions en fonction de la gravité du vice d'incompétence (annulation ou inexistence selon les cas) relève d'une grande rigueur, en dépit des quelques nuances qui sont la marque du juge administratif.

La démarche nuancée du juge administratif, français comme sénégalais, est tout aussi nette lorsqu'il contrôle les autres illégalités externes que sont le vice de forme et le vice de procédure.

---

<sup>158</sup> C.E, Ass., 31 mai 1957, *Rosan-Girard*, AJ, 1958, p. 2, chron. J. Fournier et G. Braibant : la décision préfectorale annulant (ce que seul le Tribunal aurait pu faire) des élections municipales ne peut faire obstacle aux effets de la proclamation des résultats par le bureau de vote.

<sup>159</sup> Un rappel qu'il convient en droit administratif de se défier des systématisations hâtives : il arrive, même dans ce cas d'empiètement, que la seule illégalité soit retenue. Voir, C.E, sect., 8 mai 1970, *Sté Nobel-Bozel*, op. cit ; C.E, 24 mars 1950, *Torregrosa*, op. cit. ; ...Bref, la jurisprudence administrative est empreinte de nuances !

<sup>160</sup> C.E, 9 novembre 1983, *Saerens*, Rec., p. 453 : décisions prises par un « conseil d'administration » d'une commune, composé du maire et des adjoints ; C.E, 28 février 1986, COREP des Landes, Rec., p. 50 : les prétendues délibérations d'un Conseil municipal, émanant en réalité du seul maire.

<sup>161</sup> C.E, 8 décembre 1982, *Commune de Dompierre*, Rec., p. 555 : exclusion du corps des sapeurs-pompiers décidée par une réunion des membres du corps.

<sup>162</sup> T.C, 27 juin 1966, *Guigon*, Rec., p. 830, AJ, 1966, p. 547, note A. de Laubadère : égale compétence du juge administratif et du juge judiciaire pour déclarer l'acte nul et de nul effet.

<sup>163</sup> Sur toutes ces questions, voir R. CHAPUS, op.cit., p. 1014-1015

<sup>164</sup> C.E, Sect., 3 février 1956, *Fontbonne*, Rec., p. 45.

<sup>165</sup> C.E, Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, Rec., p. 221, AJDA, 1982, p. 86, concl. Bacquet.

<sup>166</sup> Voir M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », op. cit., p. 161-162.

## II- UN CONTROLE VARIABLE DES REGLES RELATIVES A LA FORME ET A LA PROCEDURE

Le Doyen Hauriou faisait remarquer, avec pertinence, qu' « il faut se rendre compte que les formalités des procédures constituent avec la détermination des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif ». <sup>167</sup> Moins inspiré, il écrira aussi qu' « il n'y a pas à distinguer entre formalités substantielles et celles qui ne le sont pas, toutes les formalités doivent être présumées substantielles ». <sup>168</sup> Toujours est-il que le juge de l'administration veille à ce que celle-ci respecte, dans sa fonction normative, des règles de forme et de procédure. La procédure étant à la fois « servante du fond » (François Terré) et « sœur jumelle de la liberté » (Ihering).

En pratique, le juge administratif français, imité par son homologue sénégalais, fait preuve d'une certaine flexibilité dans le contrôle de la forme de l'acte administratif unilatéral (A), et exerce un contrôle plus ferme sur les règles relatives à la procédure d'élaboration des mêmes actes (B). Et, observant la jurisprudence, la doctrine a distingué le vice de forme, qui concerne la présentation extérieure de l'acte par lequel la norme est édictée (le contenant (*instrumentum*)), du vice de procédure relatif à l'opération « *normatrice* » (au *negotium*). <sup>169</sup>

### A- La flexibilité du contrôle de la forme de l'acte administratif unilatéral

Le juge administratif rejette l'excès de formalisme. <sup>170</sup> Pragmatique, il se détourne volontairement de tout fétichisme de la forme. <sup>171</sup> Aussi, la définition du formalisme par Littré, à savoir l' « attachement excessif aux formalités » n'engage pas le juge administratif. Marcel Waline <sup>172</sup> faisait déjà remarquer que le juge administratif tente d'éviter deux écueils : « un formalisme de type *chinoiseries* administratives » et « une absence de formalisme aboutissant à laisser l'administré désarmé face à l'arbitraire administratif ». Le juge sénégalais adopte-t-il la même démarche et adapte-t-il ses décisions en la matière à la même flexibilité ? Parce qu'au fond, cette démarche flexible revêt un double aspect. Le juge distingue les formalités qu'il considère comme substantielles d'autres formalités qualifiées de non substantielles (1). De même, il est des cas où la motivation de l'acte s'impose et d'autres où son absence demeure sans conséquence juridique (2).

<sup>167</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 9 éd., 1919, p. 507.

<sup>168</sup> *Ibid.*, 6<sup>e</sup> éd., 1907, p. 451.

<sup>169</sup> R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif en droit français*, Bibliothèque de droit public, Tome 119, LGDJ, 1975 ; G. ISAAC, *La procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de droit public, Tome 1979, 1968. A noter que la doctrine dominante souligne avec insistance ce qu'elle considère comme la confusion initiale, entre vice de forme et vice de procédure, due à E. Lafferrière (*Traité...*, 2 éd., Tome 2, op. cit., p. 520 et s.) ; G. DUPUIS, La présentation de l'acte administratif, in *Sur la forme et la forme de la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979, p. 9 et s : « La forme concerne l'écrit, l'*instrumentum* : elle concerne la date, les visas, les motifs, la présentation en articles, la formule exécutoire, les signatures et les contresignings...La procédure est relative à l'opération *normatrice*, au *negotium* : elle est l'ensemble des faits et gestes de l'auteur de l'acte, les avis qu'il prend, les mises en demeure qu'il formule, les délais qu'il doit respecter, les droits de la défense dont il faut assurer le libre exercice... ».

<sup>170</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, op. cit., p. 1032.

<sup>171</sup> A. COULIBALY, *Cours...*, op. cit., p. 167.

<sup>172</sup> M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7 éd., 1959, p. 398.

## 1- La distinction pragmatique des formalités substantielles et des formalités non substantielles

Le vice de forme est traditionnellement défini comme « l'illégalité résultant de l'inobservation d'une formalité *substantielle* requise dans la présentation de l'acte administratif ». <sup>173</sup> La question qui se pose immédiatement est alors de savoir ce qui est ou non substantiel dans la présentation de l'acte ? Constituent des formalités (et procédures) substantielles : celles prescrites par la loi à peine d'illégalité ; celles prévues par la loi que le juge considère comme substantielles ; celles, qui, dans le silence des textes, sont considérées comme substantielles par le juge, ne serait-ce qu'au titre des principes généraux du droit et des garanties qu'elles constituent pour les administrés. <sup>174</sup> C'est là plus une énumération qu'une vraie définition. Raymond Odent <sup>175</sup> définit l'adjectif « *substantiel* » comme « ce qui tient à la raison d'un acte et lui est indispensable pour remplir son objet ». Pour lui, la jurisprudence administrative s'attache davantage aux conséquences d'une formalité et aux raisons qui en justifient l'existence qu'à la formalité elle-même. Ainsi, « une formalité est réputée substantielle ou bien si elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les intéressés ».

Pragmatique, le juge administratif considère les formalités suivantes comme substantielles. La signature de l'acte, lorsque la forme écrite est exigée, ce qui est en général le cas (C.E, 25 novembre 1931, *Berthélémy*, *Rec.* p. 1020). Il existe des décisions verbales qu'aucun écrit ne traduit. Ces hypothèses, mises à part, le fait matériel de la signature est nécessaire. Un acte n'existe qu'après avoir été signé. Ainsi, ne valent pas décisions : l'intention de la prendre (C.E, 27 janvier 1956, *Boniface*, *Rec.*, p. 39) ou l'ordre d'en préparer le texte (C.E, 22 mars 1963, *Ministre des anciens combattants c/ Fringnian*, *Rec.*, p. 194). A l'évidence, la signature qui figure sur l'acte doit être celle de l'autorité compétente. <sup>176</sup> Car, c'est précisément pour s'assurer que l'auteur de l'acte était compétent pour le prendre, que l'on exige sa signature, au point d'en faire une formalité substantielle. Par exemple, le 27 avril 1994 (*ASC DIAL DIOP...*), le Conseil d'Etat du Sénégal a eu à censurer une décision après avoir constaté que : « [...] la décision attaquée ne porte ni noms, ni les signatures des membres du Comité directeur général qui ont participé à son élaboration ».

Les contreseings des actes, en particulier ceux du Président de la République et ceux du Premier ministre, en ce qu'ils permettent de s'assurer du respect des prescriptions constitutionnelles, sont au nombre des formalités substantielles (C.E, 12 juillet 1957, *Chambre de commerce d'Orléans*, *Rec.*, p. 474 ; C.E, 27 avril 1962, *Sicard*, *Rec.*, p. 279). C'est aussi le cas du nom, du prénom, qualité, de l'auteur de l'acte (art. 4 de la loi du 12 avril 2000 ; C.E, 11 mars 2009, *Commune d'Auvers-sur-Oise*, *AJDA*, 2009, p. 511). <sup>177</sup>

<sup>173</sup> A. COULIBALY, *Cours...*, op. cit., p. 165.

<sup>174</sup> D. TRUCHET (dir.), *Les grandes décisions...*, op. cit., p. 756.

<sup>175</sup> R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, op. cit., p. 1136 et s.

<sup>176</sup> G. DUPUIS, « La présentation de l'acte administratif », op. cit., p. 22.

<sup>177</sup> D. TRUCHET, op. cit., p. 754.

En revanche, certaines formalités ne sont pas considérées comme étant substantielles. Leur omission n'entraîne donc pas l'annulation de l'acte. C'est le cas des visas<sup>178</sup> (C.E, 4 juillet 1969, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris, Rec.*, p. 358 ; C.E, 5 novembre 1984, *Tollari, DA*, 1984, p. 497) sauf si l'erreur dans les visas est révélatrice d'une erreur affectant le fond même ou les motifs de la décision (C.E, 17 janvier 1980, *SCI Les Verts Villages, RDP*, 1981, p. 774). C'est aussi le cas de la mention de la date de l'acte (C.E, 30 juin 1952, *Balenciaga, Rec.*, p. 340)<sup>179</sup>.

Le juge sénégalais après avoir conclu à l'irrégularité entachant une mesure du ministre du travail opposant à tort la tardiveté à un recours hiérarchique, décide que « cette irrégularité peut cependant être réparée, l'autorité étant en mesure en l'espèce de prendre une décision de même contenu sans violation de la chose jugée » (CE (Sénégal), 27 octobre 1993, *SONAGRAINES c/Etat du Sénégal*)<sup>180</sup> ; par conséquent, le juge renvoie l'affaire devant la même autorité pour y être à nouveau statué. Plus récemment, la Cour Suprême, 09 février 2012, *Bakary Keïta c/ Etat du Sénégal*, considère qu'un arrêté du Ministre de l'intérieur qui prononce la radiation *sans formalité* d'un membre du personnel de la police, en se fondant sur un jugement de condamnation frappé d'appel doit être annulé pour vice de procédure.<sup>181</sup> En revanche, la même C.S, 10 mai 2012, *Aliou Diack, Président du Conseil rural de Mbane c/ Etat du Sénégal*, déclare qu' « un décret ne saurait souffrir d'illégalité du seul fait que l'exigence de prévoir toutes les conditions d'application n'a été satisfaite que dans le décret qui le complète ».<sup>182</sup>

## 2- Les variations du juge sur la motivation de l'acte administratif :

En la matière, il y'a un principe, celui de la non-motivation des actes administratifs, et des dérogations. Si l'administration doit toujours fonder ses décisions sur certains motifs de fait et de droit<sup>183</sup>, elle n'est pas tenue de motiver ses décisions, c'est-à-dire d'en indiquer les motifs de fait et de droit.<sup>184</sup> L'administration n'a pas, en principe, l'obligation de rendre ses raisons publiques. Cette situation peu démocratique<sup>185</sup> a été longtemps justifiée par la raison selon laquelle l'efficacité de l'action administrative ne s'accommode pas de formalités lourdes.<sup>186</sup>

---

<sup>178</sup> G. DUPUIS, « Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Tome 2, juillet 1974, p. 407 et s.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 756.

<sup>180</sup> *Rec.*, n° 1, juillet 1998, p. 20

<sup>181</sup> C.S, 09 février 2012, *Bakary Keïta c/ Etat du Sénégal*, Bulletin des arrêts, n° 4-5, décembre 2013, p. 214-215.

<sup>182</sup> Bulletin des arrêts, n° 4-5, op. cit., p ; 228-229.

<sup>183</sup> A. COULIBALY, Cours, op. cit., p. 165 : « on n'imagine guère un être doué de raison décider sans raison » !

<sup>184</sup> Voir aussi, R. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, 2<sup>e</sup> éd., Abidjan, 1996, p. 269.

<sup>185</sup> Voir : Etude sur la motivation des actes administratifs, EDCE, 1986, n° 37 ; N. LECLERC, « Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs », D., 1992, chron., p. 61.

<sup>186</sup> Voir concl. Letourneur sur C.E, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, op. cit., : « La règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés [...] n'a ni pour but, ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui ». Voir aussi, G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », EDCE, 1974-1975, p. 16 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le silence de l'administration », in *Droits et attentes des citoyens*, Documentation française, 1998, p. 123.

Mais, la jurisprudence a institué des exceptions. Certaines décisions doivent être motivées.<sup>187</sup> Les principales exceptions sont l'œuvre du législateur. La loi du 11 juillet 1979<sup>188</sup> modifiée par la loi du 17 janvier 1986<sup>189</sup> impose la motivation pour toute une série de décisions individuelles. Ce sont d'abord les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par les lois et règlements. Ensuite, ce sont les décisions individuelles défavorables aux personnes qu'elles concernent directement (et le juge précise qu'il s'agit des décisions qui restreignent l'exercice des libertés publiques ; infligent une sanction ; subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ; retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; opposent une prescription, une forclusion ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ; refusent une autorisation.<sup>190</sup>

Les décisions implicites posent problème en ce qu'on ne peut matériellement motiver une décision implicite puisqu'elle n'existe pas matériellement. Selon le juge, une décision implicite de rejet est irrégulière parce qu'elle méconnaît l'obligation de motiver. En revanche, une décision implicite d'acceptation est légale. (C.E., Sect., 30 juin 1978, *Lenert*). La loi du 11 juillet 1979 prévoit que n'est pas illégale la décision implicite de rejet ou d'acceptation prise à la place d'une décision explicite qui aurait dû être motivée. Dans le délai du recours contentieux, l'intéressé peut demander les motifs de la décision implicite de rejet.<sup>191</sup>

La transposition des règles relatives à la motivation des actes administratifs par le juge sénégalais est particulièrement instructive. Le juge sénégalais, contrairement à son référent français ne peut pas véritablement s'appuyer sur des textes législatifs généraux en la matière.<sup>192</sup> Pourtant, fidèle au départ au principe « pas de motivation sans texte », il étendra progressivement le champ de la motivation obligatoire pour l'administration, sans y être contraint par un texte.<sup>193</sup> « Le juge sénégalais exerce un contrôle empirique sur la motivation ». <sup>194</sup> En principe, pour le juge sénégalais, en l'absence d'une disposition législative ou réglementaire expresse, l'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions. La Cour Suprême le rappelle, explicitement, le 6 février 1985, *Charles Maurice Guèye* : « une autorité administrative n'est pas tenue de motiver ses décisions en l'absence de

---

<sup>187</sup> C.E, Ass., 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-Fret* : les décisions prises par certains organismes professionnels de droit privé doivent être motivées.

<sup>188</sup> J.O du 12 juillet 1979.

<sup>189</sup> J.O du 18 janvier 1986.

<sup>190</sup> A. COULIBALY, op. cit., p. 166.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Toutefois, il convient de mentionner l'existence de textes dans des domaines rares et précis. Ainsi, l'art. 812 al.3 du Code des obligations civiles et commerciales prévoit que : « l'autorité administrative ne peut refuser l'enregistrement [d'une association] que pour des motifs de légalité. [...] Le refus d'enregistrement doit être motivé ». De même, l'art. 141 du Code des collectivités locales prévoit que « les arrêtés de suspension et le décret de révocation [des maires et adjoints] doivent être motivés »...

<sup>193</sup> Voir A. DIEYE, « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », *Revue EDJA*, n° 81, Avril-Mai-Juin 2009, p. 11 et s.

<sup>194</sup> N. M. DIAGNE, *Les techniques et méthodes du juge administratif sénégalais*, Thèse de doctorat d'Etat, Dakar, 1995, p. 406 et s ; Voir aussi, M. NGAIDE, « Réflexions sur le droit à l'information administrative au Sénégal », *EDJA*, n° 53.

dispositions législatives ou réglementaires lui imposant une telle obligation ». Il le réitère (C.S., Affaire *ANSEME*, inédit.), lorsqu'un requérant fait grief à une décision ministérielle de ne pas avoir été suffisamment motivée ; il déclare qu' : « en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires le prévoyant expressément, les décisions administratives n'ont pas à mentionner obligatoirement les motifs qui les ont inspirées ». Le même principe est rappelé dans d'autres affaires : C.S, 2 décembre 1987, *El Hadji Diagne*, C.S, 6 juillet 1988, *Manutention africaine...*<sup>195</sup> Même en étant moins explicite, le juge maintient cette position de principe : (C.S, 5 juillet 1961, *Doudou Kane c/ Ministère des Travaux publics*<sup>196</sup>) lorsqu'elle déclare « si l'arrêté attaqué [...] n'est assorti d'aucun motif, il a été pris conformément à l'avis de commission [...] dont il s'est approprié les motifs ». Ainsi « il n'y a aucune obligation pour l'administration de faire figurer les motifs dans le corps de la décision. L'essentiel étant, pour le juge, que ces motifs existent et, en l'espèce, ils sont contenus dans l'avis de la commission ».<sup>197</sup>

Ce principe, l'absence d'obligation pour l'administration de communiquer ses raisons, est assorti d'exceptions par le juge sénégalais, lui aussi. Ainsi, il sanctionne l'absence de motivation, lorsqu'il considère qu'elle est exigée. Dans l'affaire *Cheikh Anta Diop*<sup>198</sup>, le juge fait application du principe selon lequel « une décision implicite intervenue dans les cas où une décision explicite aurait dû être motivée est illégale du seul fait que par nature, elle ne peut être assortie de cette motivation ».<sup>199</sup> Le juge affirme que « aux termes de l'article 812 al. 3 du COCC (code des obligations civiles et commerciales), le refus d'enregistrement doit être motivé ; que cependant, en l'espèce, il ne peut être discuté que la décision dont il s'agit n'est nullement motivée étant donné son caractère implicite ; que dès lors, elle est manifestement illégale ».<sup>200</sup> Dans le même cadre, la C.S, dans l'affaire *CGTDS*<sup>201</sup> (Confédération générale des travailleurs démocratiques du Sénégal), le juge rappelle que l'article 812 du COCC dispose que l'autorité administrative compétente ne peut refuser l'enregistrement que pour des motifs de légalité, que tout refus d'enregistrement doit être motivé. Ainsi, la décision implicite intervenue, et donc non motivée viole les textes.

Le juge sénégalais va même élargir, de sa propre initiative, le domaine d'application de la motivation obligatoire à propos de décisions qui restreignent les libertés publiques, de décisions infligeant une sanction, de mesures de police des étrangers.

Dans une affaire *LD/MPT*<sup>202</sup>, le C.E a considéré que l'arrêté préfectoral, non motivé, d'interdiction d'une manifestation est illégal du fait que toute décision d'interdiction doit être motivée pour lui permettre d'apprécier les motifs de l'interdiction, et ainsi être en mesure d'exercer un contrôle normal. Par ailleurs, dans cette espèce, le juge rappelle que la marche

<sup>195</sup> V. les commentaires de A. DIEYE, « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », op. cit., p. 18 ; aussi les obs. de J. M. NZOUANKEU, in les *GDJA*, op. cit., p. 85 et s.

<sup>196</sup> C.S, 5 juillet 1961, *Doudou Kane c/ Ministère des Travaux publics*<sup>196</sup>, *GDJA*, op. cit., p. 239.

<sup>197</sup> A. DIEYE, op. cit., p. 18.

<sup>198</sup> Trib. De Dakar, M P c/ Cheikh Anta Diop, in *GDJA*, op. cit., p. 29 et s; Voir aussi A. DIEYE, op. cit., p. 18.

<sup>199</sup> V. A. DIEYE, op. cit., p. 18.

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> C.S, 1<sup>er</sup> avril 1987, *CGTDS*, inédit.

<sup>202</sup> C.E, 25 novembre 1999, *LD/MPT*, *Bulletin d'arrêts*, 1999, p. 26 ; Voir A. DIEYE, op. cit., p. 27.

étant une manifestation d'une liberté publique soumise à une simple déclaration, elle ne doit être interdite qu'en cas de risque de troubles à l'ordre public ou d'insuffisance de moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre.

A propos de décisions prononçant une sanction, en l'espèce le retrait d'un agrément, le C. E (Affaire *SARCA*) considère que « la seule lecture [d'une décision de retrait d'agrément] doit se suffire à elle-même pour connaître les considérations de droit et de fait qui [en] constituent le fondement ». <sup>203</sup>En conséquence, le juge a considéré que l'administration s'était soustraite à l'obligation qui lui incombait en la circonstance de motiver sa décision. Et relativement aux sanctions disciplinaires, en l'absence de tout texte (contrairement à la France, où comme mentionné plus haut, la loi de 1979 a fixé les règles de la motivation obligatoire, en la matière), le juge administratif sénégalais fait obligation à l'autorité administrative de motiver ses décisions. C'est le cas notamment dans l'affaire *Ousmane Kamara*. <sup>204</sup>

En matière de mesure de police des étrangers, dans l'arrêt *Seydou Mamadou Diarra* <sup>205</sup>, le C.E (Sénégal) a considéré que l'administration s'est soustraite à l'obligation de motiver sa décision en se bornant « à viser les nécessités d'ordre public » sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même ou dans un document annexé à celle-ci ne renseigne sur lesdites nécessités ». En conséquence, ce « défaut de motivation entraîne l'annulation de l'acte par le juge qui étend ainsi le champ d'application de la motivation obligatoire de certains actes, sans qu'aucun texte ne l'y oblige. <sup>206</sup> Ici, l'on rappelle à l'autorité administrative que le défaut de motivation prive le juge de la possibilité de « vérifier la matérialité des faits », pourtant nécessaire à un procès équitable. Que la référence vague aux nécessités de service qu'aucun élément du dossier n'établit, ne permet pas au juge d'exercer son contrôle ; qu'il s'ensuit que la décision attaquée encourt l'annulation.

Le C.E (Sénégal), dans sa décision du 22 avril 2004, *Bruno Batrel*, (inédit), « considérant que, s'agissant d'une mesure de police défavorable au requérant, le Ministre est tenu d'indiquer les éléments de fait et de droit sur lesquels il s'est fondé » ; en l'espèce, le Ministre de l'intérieur n'ayant pas indiqué les motifs dans l'arrêté prononçant l'expulsion du territoire national, le juge prononce l'annulation de l'acte attaqué.

Donc, le juge sénégalais, dans un domaine qu'il élargit progressivement, exige la motivation des actes administratifs unilatéraux, même en l'absence de textes le prévoyant. Il va affiner sa position en « dessinant les contours d'une motivation adéquate » <sup>207</sup>. L'acte faisant grief doit être « concret », c'est-à-dire « comporter un énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent son fondement ». <sup>208</sup>En outre la motivation doit être suffisante, « à la seule lecture de la décision », le destinataire doit en connaître et comprendre les motifs. La C.S, 25 mars 1981, *El Hadj Massamba Sall*, annule une décision parce qu'elle ne pouvait être prise « sans

<sup>203</sup> C.E, 25 mai 1994, *SARCA* (Société africaine de Représentation, de Courtage et d'Assurance), *Bulletin annuel* n° 1, juillet 1998, p. 76.

<sup>204</sup> C.E, 27 avril 1994, *Ousmane Kane Kamara, Boubacar Mboup, Ibrahima Sy c/Etat du Sénégal*, B.A, n°1, p. 64.

<sup>205</sup> C.E, 27 oct. 1993, *Seydou Mamadou Diarra c/Etat du Sénégal*, B.A du C.E, n° 1, juillet 1988, p. 19.

<sup>206</sup> A. DIEYE, op. cit., p. 28.

<sup>207</sup> A. DIEYE, op. cit., p. 35.

<sup>208</sup> C.E, *Ousmane Kamara*, op. cit. ; et les obs. de A. DIEYE, op. cit., p. 35.

préciser en quoi cette carence est reprochée [...] ».<sup>209</sup> Le C.E adopte la même position dans une décision de 1995 (*Hôtel Savana*). En France, la loi de 1979 a fixé les règles : « la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constitue le fondement de la décision ». Et le juge sénégalais a souvent annulé des décisions administratives au motif que rien dans la décision administrative ne renseigne sur les griefs retenus contre le requérant. Et qu'à ce titre il ne s'agissait pas de motivation.<sup>210</sup> De même, pour le juge, les visas ne constituent pas des motifs (C.E, 1993, *Seydou M. Diarra*).

Par un curieux retournement de situation, le juge qui, d'une part, fait la leçon à l'autorité administrative de devoir motiver certaines de ces décisions pour des raisons salutaires tenant à la protection des administrés ; et qui, d'autre part, indique à l'autorité administrative la façon dont il convient d'élaborer une motivation « adéquate », commet, lui-même de fréquentes confusions entre « motifs » et « motivation ». Un rappel devient nécessaire, dès lors : « les motifs d'une décision sont les raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à prendre cette décision ». Tandis que « la motivation est l'action par laquelle l'autorité administrative expose les motifs de sa décision, c'est-à-dire les raisons de fait et de droit qui justifient sa décision ».<sup>211</sup> Or, dans plusieurs espèces<sup>212</sup>, le juge sénégalais commet des « confusions flagrantes »<sup>213</sup> entre les deux exigences.

Il n'empêche « la volonté d'assurer désormais la transparence de l'administration a conduit à étendre l'obligation de la motivation avec des voies et moyens différents. Au Sénégal, le juge en est amené à vérifier non seulement la réalité mais également le contenu et les formes de la motivation. Il a, de son propre chef étendu le champ matériel de la motivation des actes administratifs. Même quand l'administration n'avait aucune obligation de motivation parce qu'aucun texte ne l'exige, le juge vérifie la réalité de la motivation ».<sup>214</sup>

## **B- La fermeté du contrôle des règles relatives à l'élaboration de l'acte administratif**

Un acte administratif doit être pris dans le respect des procédures en vigueur, qui constitue « la procédure administrative non contentieuse »<sup>215</sup>. Ici aussi, pour ne pas enfermer l'administration dans un formalisme étroit, le juge distingue les formalités substantielles des formalités non substantielles. A savoir celles qui ont eu ou non une influence déterminante sur le sens de la décision attaquée.

Cette distinction faite, le juge contrôle avec une certaine fermeté, le respect la procédure consultative, dans certains cas (1), ainsi que celui de la procédure contradictoire, dans d'autres (2).

### **1- Le contrôle de la procédure consultative**

<sup>209</sup> C.S, 25 mars 1981, El Hadj Massamba Sall, *RIPAS*, n° 4, avril-juin 1982, p. 424 et s.

<sup>210</sup> C.S, 7 janvier 1986, *IBM*, inédit ; C.S, 6 mai 1990, *Abdoulaye Guèye*, inédit... Voir A. DIEYE, op. cit, p. 24.

<sup>211</sup> A. COULIBALY, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 165.

<sup>212</sup><sup>212</sup> C.S, *Affaire Dr Batista Ferreira*, op. cit.; C.E, 24 novembre 1993, *Mme GRAVA, B.A*, n°1, juillet 1998, p. 37.

<sup>213</sup> A. DIEYE, op. cit., p. 22.

<sup>214</sup> A. DIEYE, op. cit., p. 33.

<sup>215</sup> V. G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968.

C'est la formalité consistant, de la part de l'autorité administrative, à solliciter l'avis d'une autorité individuelle ou d'un organisme avant de prendre une décision. La consultation peut prendre plusieurs formes dans le respect des règles.

Elle peut être facultative, dans ce cas l'administration n'est pas obligée de consulter, elle n'est pas non plus tenue de suivre l'avis émis.<sup>216</sup> Le C.E (Sénégal) le rappelle, dans sa décision du 29 mars 2006, *Gnagna Dièye Fall c/ Etat du Sénégal (Inédit)*, où le juge déclare : « considérant que sur demande du Conseil d'Etat, la demande d'avis adressée par le Ministre de la Santé au Conseil de l'Ordre National des Pharmaciens a été effectivement versée dans la procédure en cours d'instruction ; considérant ainsi que l'Administration, s'est bien conformée à l'obligation de consultation, l'avis requis n'étant que consultatif ; que cette branche du moyen est inopérante ».

La consultation peut devenir obligatoire pour l'administration. Et dans ce cas, elle revêt le caractère d'une formalité substantielle. Toute irrégularité commise ici entache la décision prise d'une illégalité.<sup>217</sup> Une décision prise à la suite d'une consultation obligatoire ne peut être modifiée sans une nouvelle consultation du même organisme.<sup>218</sup> Deux sortes de consultations obligatoires existent qui se distinguent l'une de l'autre par la portée juridique de l'avis.

La consultation obligatoire avec avis facultatif. Aussi appelé maladroitement « avis obligatoire », parce que ce qui est obligatoire, c'est la consultation et non l'avis.<sup>219</sup> La Cour Suprême du Sénégal, 9 février 2012, *Mar Diouf c/ Etat du Sénégal*, rend une décision curieuse à ce propos : « Lorsque le maire d'une commune, mis en demeure par le Ministre chargé des Collectivités locales de convoquer le conseil municipal pour recueillir son avis sur le projet de découpage de ladite commune, n'a pas réuni le conseil municipal à cet effet arguant de la tenue de la session budgétaire, le décret pris par la suite ne saurait souffrir d'illégalité de ce chef, l'avis prévu étant obligatoire, mais non nécessairement conforme ». <sup>220</sup> Ce qui était obligatoire, en l'espèce, était la consultation du conseil municipal. Or, le Ministre s'en est passé. Dès lors, le décret aurait dû être annulé. Toutefois, il était loisible au Ministre de recueillir l'avis du conseil municipal et de ne pas s'y conformer. Les appellations d' « avis obligatoire » et d' « avis conforme » ne cessent de troubler les esprits !

Et si l'organisme consultatif est le C.E, cette irrégularité, tout comme le défaut de consultation du C.E est assimilée à une incompétence.<sup>221</sup> Le juge de l'administration au Sénégal est attentif à l'obligation de consulter et à la régularité de la consultation, même si le plus souvent, il rappelle aux requérants les règles qui gouvernent cette exigence. La C.S, 22 mars 2012, *Mame*

---

<sup>216</sup> C.E, 12 décembre 1997, *Association Les Crapahuteurs de la Colombière* ; C.E, sect., 14 novembre 1975, *Syndicat national de l'enseignement supérieur, Rec.*, p. 571 ; C.E, sect., 28 avril 1967, *Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques de France, Rec.*, p. 180.

<sup>217</sup> C.E, sect., 12 octobre 1956, *Baillet, Rec.*, p. 356.

<sup>218</sup> C.E, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement...*, *AJDA*, 1998, p. 843.

<sup>219</sup> A. COULIBALY, op. cit., p. 162.

<sup>220</sup> C.S, 9 février 2012, *Mar Diouf c/ Etat du Sénégal*, *Bulletins des arrêts*, n° 4-5, Décembre 2013, p. 211-212.

<sup>221</sup> C.E, sect., 1<sup>er</sup> juin 1962, *Union générale des syndicats de mandataires des halles centrales et autres, Rec.*, p. 362, concl. Kahn.

*Thierno Dieng c/ Recteur de l'Université Cheikh Anta Diop*, rappelle que « L'assemblée de faculté donne son avis sur l'attribution des postes d'enseignants [...]. Est irrégulièrement composée, l'Assemblée de faculté qui statuant sur le cas d'un professeur agrégé titulaire, comprenait en son sein des enseignants de grade inférieur ». <sup>222</sup> C.E (Sénégal), 09 mars 2006, *Ordre des pharmaciens du Sénégal* (Inédit) : « considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le Ministre chargé de la santé avait bien saisi le Conseil de l'Ordre des Pharmaciens le 30 mars 2005 pour recueillir son avis sur la demande d'ouverture d'officine de la dame HANE ; que d'ailleurs le requérant ne conteste pas cette saisine mais subordonne, dans sa correspondance du 11 août 2005, l'émission de son avis à la publication par le Ministre de la Santé, de l'arrêté fixant le nombre des officines existantes et celles pouvant être créées pour l'année 2005 ; considérant ainsi, le requérant qui a refusé d'émettre l'avis sollicité est mal fondé à soutenir qu'il n'a pas été consulté ; que cette branche du moyen est inopérante ». Dans le même sens, C.E (Sénégal), 22 avril 2004, *La Comica c/ Etat du Sénégal* (Inédit) : « considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 32 du décret susvisé que la demande d'ouverture et d'exploitation de carrière permanente doit recueillir obligatoirement les avis favorables des chefs de service consultés ; que cette formalité est nécessaire mais pas suffisante pour que l'autorisation soit accordée ; considérant qu'en l'espèce le dernier alinéa de l'article 32 du même décret laisse une liberté d'appréciation aux autorités compétentes lorsqu'elles sont en présence de demandes concurrentes ou d'une seule demande ; qu'en accordant à la SOECO l'autorisation d'ouverture et d'exploitation de la carrière de Diack les autorités en cause n'ont pas méconnu [...] les dispositions de l'article 32 visé au moyen ; qu'il s'ensuit que les moyens sont mal fondés ». Plus récemment encore, Cour Suprême (Sénégal), 14 février 2013, *SENCA c/ Etat du Sénégal*, où le juge déclare que « l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise avant tout licenciement d'un délégué du personnel [...]. Considérant que pour infirmer la décision de l'inspecteur du travail [autorisant en l'espèce le licenciement], le ministre invoque la résolution prise lors d'une rencontre entre la SENCA et le collègue des délégués du personnel instaurant une audition disciplinaire avant toute sanction écrite ; qu'il a ainsi retenu que le non-respect de cette procédure affecte la régularité de sanction infligée [...]. Considérant que la résolution invoquée [...] n'a ni fait l'objet d'une note de service, ni été incorporée dans le règlement intérieur de l'établissement pour recevoir application [...] ; il échet de l'annuler ». <sup>223</sup>

Dans le cas de la consultation obligatoire avec avis conforme, l'administration est obligée de consulter et elle est également obligée de suivre l'avis si elle prend une décision ; ce qu'elle n'est pas en principe obligée de faire. La méconnaissance de l'une ou l'autre de ces règles est assimilée à l'incompétence. <sup>224</sup> Au Sénégal, la Cour Suprême (23 juillet 1975, *Souleymane Sidibé et Amicale des administrateurs civils du Sénégal*) rappelle que, « Le conseil supérieur de la fonction publique donne son avis sur toutes les questions intéressant les fonctionnaires... ; que cet avis est une formalité préalable et obligatoire [...] ; que les

<sup>222</sup> Bulletin des arrêts, décembre 2013, op. cit., p. 222-224.

<sup>223</sup> C.S, 14 février 2013, *SENCA c/ Etat du Sénégal*, Bulletin des arrêts, n° 6-7, Décembre 2014, p. 133-134.

<sup>224</sup> Voir certaines espèces à propos des règles jurisprudentielles relatives à la consultation obligatoire avec avis conforme : C.E, sect., 17 décembre 1965, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Omer, Rec.*, p. 697 ; T.A de Poitiers, 20 février 1991, *Préfet de la Charente, JCP*, 1991, IV, p. 393.

requérants sont par suite fondés à soutenir que lesdites dispositions sont illégales comme ayant été adoptées à la suite d'une procédure irrégulière ».<sup>225</sup>

En France, l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose que : " Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ". Et le C.E, par une décision du 23 décembre 2011, *Danthony*, considère que « s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ». Et dans son arrêt, C.E, 17 février 2012, *Société CHIESI S.A*, le même juge, après avoir repris à l'identique ce même considérant, ajoute, sous forme de précision, « qu'il appartient au juge administratif d'écarter, le cas échéant de lui-même, un moyen tiré d'un vice de procédure qui, au regard de ce principe, ne lui paraît pas de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée [...] ».

## 2- Le contrôle de la procédure contradictoire :

Bruno Genevois la définit comme « une manière d'agir impliquant qu'une mesure individuelle d'une certaine gravité, reposant sur l'appréciation d'une situation personnelle, ne peut être prise par l'administration sans que soit entendue, au préalable, la personne qui est susceptible d'être lésée dans ses intérêts moraux ou matériels par cette mesure ».<sup>226</sup>

Il s'agit d'une concrétisation du respect des droits de la défense, que le C.E considère comme un principe général du droit.<sup>227</sup> Tandis que le Conseil constitutionnel en fait « un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».<sup>228</sup> L'administration est tenue d'écouter l'autre partie. C'est l'adage *Audi alteram partem* qui trouve à s'appliquer dans trois cas.

En cas de sanction disciplinaire (exemple retrait d'une autorisation décidée à titre de sanction : C.E, sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*) ; lorsqu'une mesure est prise en considération de la personne et présentant une certaine gravité (C.E, sect., 26 octobre 1984, *Centre hospitalier général de Firminy c/ Mme Chapuis* : licenciement d'un agent public pour cause d'inaptitude physique) ; le retrait d'une qualité ou d'un avantage opéré en

<sup>225</sup> Cour Suprême (23 juillet 1975, *Souleymane Sidibé et Amicale des administrateurs civils*, in *GDJA*, op. cit., p. 96-97.

<sup>226</sup> Cité par A. COULIBALY, op. cit., p. 164.

<sup>227</sup> C.E, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*.

<sup>228</sup> C.c., 2 décembre 1976, 20 juillet 1977.

considération de la personne du bénéficiaire (C.E, Ass., 31 octobre 1952, *Ligue pour la protection des mères abandonnées* : retrait de la reconnaissance d'utilité publique à un groupement) ; et quand on est en présence de mesures devant être motivées selon la loi du 11 juillet 1979. Le décret du 28 novembre 1983 qui les inclut dans le champ de la procédure contradictoire prévoit deux conditions. Les décisions en cause doivent concerner des administrés (et non des agents de l'administration) ; elles ne doivent pas être intervenues à la demande des intéressés. Enfin, sauf urgence, nécessité d'ordre public ou de conduite des relations internationales, le même décret de 1983 impose le respect du principe du contradictoire en matière de mesure de police, mettant ainsi un terme à la jurisprudence contraire du C.E.<sup>229</sup>

La jurisprudence a précisé les règles du respect des droits de la défense. Les modalités sont les suivantes : l'administration doit informer l'intéressé de la mesure qu'elle envisage de prendre, dans un délai raisonnable et suffisant pour lui permettre de préparer sa défense ; en outre, elle doit aussi communiquer à l'intéressé les raisons ou les griefs qui motivent son intention ; et, ce n'est qu'après avoir pris connaissance des moyens de défense de l'intéressé, que celui-ci est tenu de fournir dans un délai raisonnable, que l'administration peut retenir la mesure envisagée.

La nouvelle conception en la matière s'oriente vers un droit à l'information et à la transparence. Elle est plus large et repose sur l'idée que *l'administré-citoyen* a droit à une information devant lui être fournie au nom de la transparence. Ainsi, en cas sanction, le respect du principe du contradictoire s'impose. Parce que les décisions administratives portent souvent atteinte, dans l'intérêt général, aux droits et libertés des citoyens ; il devient nécessaire que les garanties essentielles de la procédure contentieuse influencent aussi la procédure non contentieuse. Ainsi, en France le « secret administratif » a été levé avec la loi du 17 juillet 1978 qui fait de la communication au public des documents administratifs la règle, le secret devenant l'exception. Elle crée la CADA, autorité administrative indépendante, obligatoirement saisie par les administrés afin d'obtenir la communication de leur dossier et avant qu'ils ne s'adressent au juge. Le C.E considère ce droit comme une garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques (C.E, 29 avril 2002, « *Ullmann* »). Et, la loi du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration », dite Loi DACRA limite les exceptions (secret de la vie privée, secret médical...). On note un glissement sémantique révélateur d'une évolution : les « *usagers* » qui avaient remplacé les « administrés » en 1983 (dans le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers) sont devenus des « *citoyens* » et les « relations avec l'administration » sont devenues des « *droits* ». <sup>230</sup>

Pierre Legendre faisait observer qu'en France, le droit administratif s'est développé dans le contexte du capitalisme libéral. « La France, au XIX<sup>ème</sup> siècle, aux prises avec les problèmes

<sup>229</sup> Voir A. COULIBALY, op. cit., p. 164.

<sup>230</sup> Voir J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2011, p. 328 ; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, Paris, LGDJ, 1993.

d'une seconde révolution industrielle a donc hérité d'un droit administratif orienté vers la défense de l'individu face à l'Etat ». <sup>231</sup>

La différence est nette avec le contexte du Sénégal où le sous-développement, les disparités économiques (un secteur rural traditionnel largement majoritaire par rapport au secteur urbain moderne) et la dépendance vis-à-vis de « l'aide » extérieure n'ont pas favorisé l'émergence d'un Etat de droit reposant sur le primat de l'individu, et d'un droit administratif réalisant l'équilibre entre les prérogatives de puissance publique et la défense des intérêts particuliers des administrés. L'autorité l'emporte sur les libertés, en matière administrative.

Ainsi, en l'absence d'initiative privée, l'Etat a été, pendant longtemps, le seul moteur du développement. <sup>232</sup> A partir de là, rien de surprenant à ce que le droit administratif sénégalais, à l'instar du droit administratif des autres pays d'Afrique francophone, repose, pour l'essentiel, sur l'idée de puissance publique, chère au maître de « l'école de la puissance publique » (le Doyen de Toulouse, Maurice Hauriou). <sup>233</sup>

Au nom des impératifs du développement et des nécessités de la construction nationale <sup>234</sup>, l'une des marques distinctives a été pendant longtemps (au moins jusqu'à la fin des années quatre-vingt) la profonde inégalité entre une administration toute puissante et des « *administrés-sujets* » <sup>235</sup>. Au Sénégal, le développement économique considéré comme la mission première de l'Etat, et donc de l'administration, a conduit à ce que l'on a appelé « un droit administratif du « développement ». Ce droit ne peut dès lors être neutre, il est au service de l'Etat garant de l'objectif ultime : le développement économique.

Aussi, l'efficacité de l'administration du développement l'a emporté historiquement sur la nécessaire défense des intérêts particuliers. <sup>236</sup>

Les apologies successives du « désengagement de l'Etat » (à partir de la fin des années 1970) puis de la « modernisation de l'Etat (à partir des années 1990) ont fait prendre conscience de ce que le droit administratif nécessitait plus d'équilibre. <sup>237</sup>

---

<sup>231</sup> P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration, de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968.

<sup>232</sup> D. SY, op. cit., p. 37.

<sup>233</sup> Attention toutefois, à ce que « la puissance publique » telle que conçue par Hauriou ne soit pas dévoyée : (Voir : J.-C ; VENEZIA, « Puissance publique-puissance privée », in *Mélanges C. Eisenmann*, 1975, p. 363 et s ; M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle journée*, n° 23, 1925, p. 96 ; M. HAURIU, *Principes de droit public*, Réimpression de l'édition de 1910, Paris, Dalloz, 2010 ; J.-A. MAZERES, « Qu'est-ce que la puissance publique », Université des Sciences sociales de Toulouse, Inédit. ; Puissance publique ou impuissance publique, *AJDA*, n° spécial, juillet-août 1999 ; O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994 ; R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235 et s..

<sup>234</sup> K. AHADZI, « Droits de l'homme et développement : théories et réalités », in *Mélanges Madiot*, p. 7.

<sup>235</sup> P. MOUDOUDOU, Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone, *Revue internationale de droit africain*, *EDJA*, p. 54.

<sup>236</sup> *GDJS*, XI, op. cit.

<sup>237</sup> Voir O. KHOUMA, « L'enseignement du droit administratif en Afrique : fidélité et infidélité d'un double à son modèle. Le cas du Sénégal », in M. BADJI, O. DEVAUX, B. GUEYE (dir.), *L'enseignement du droit en Afrique francophone*, actes du Colloque sur l'enseignement du droit en Afrique francophone, Revue sénégalaise de droit et Science politique, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, novembre 2014, p. 187-198.

Toutefois, des progrès sont réalisés et la jurisprudence sénégalaise rend régulièrement compte de ce qu'un requérant soulève le moyen tiré d'une violation des droits de la défense. Exemples : C.S, 5 juillet 1961, *Doudou Kane*.<sup>238</sup> Et dans une décision du C.E de 1995, *A.F. Diakhoumpa* (inédit), même si le juge rejette le recours en l'espèce, il n'en rappelle pas moins, en général, les règles qui s'imposent à l'administration en la matière. D'ailleurs, La Cour Suprême du Sénégal le rappelle encore dans sa décision du 23 février 2012, *Serigne Babacar Seck c/ Conseil régional de kaolack et Gouverneur de la région de Kaolack*, où elle décide que « la décision attaquée, en procédant au retrait d'un avantage acquis sans que le bénéficiaire n'ait été mis à même de présenter ses moyens de défense, méconnaît le principe du contradictoire et, par conséquent, celui du respect des droits de la défense »<sup>239</sup>.

### Conclusion :

« Le contentieux administratif remplit une fonction de protection des administrés contre l'administration. Il met les individus à même de préserver, dans la mesure prévue par la règle de droit, leurs droits et intérêts à l'encontre des exigences de l'action administrative ».<sup>240</sup>

Pourtant, dans le même temps, la finalité ainsi assignée au contentieux administratif en tant que mécanisme de protection des libertés publiques, appelé par ses perfectionnements à exprimer une conception libérale de la société a parfois été discutée ; car le contrôle dévolu à un juge sur l'action administrative peut ne révéler qu'une stratégie politique « susceptible de fournir un exutoire légal aux mécontentements dont tout régime autoritaire redoute la fermentation ».<sup>241</sup>

Et à l'instar des autres juges administratifs des pays francophones d'Afrique, la question permanente est de savoir si le juge administratif sénégalais est en mesure de garantir cette protection aux administrés et de jouer un rôle créateur ?<sup>242</sup> Les évolutions de l'architecture juridictionnelle sénégalaise (unité/dualité/puis unité toujours avec spécialité du contentieux administratif) révèle l'embarras du législateur et du constituant eux-mêmes face à un droit pour le moins singulier, le droit administratif. D'ailleurs le législateur tentera dans un certain nombre de domaines de « codifier la jurisprudence française »<sup>243</sup> ne laissant plus guère le choix au juge sénégalais que de « *transposer* » des règles qui dès lors s'imposent à lui. Même en l'absence de codification, et le domaine est encore plus étendu, malgré quelques nuances, liées aux traditions politiques et judiciaires, à la relative jeunesse aussi, le juge sénégalais « transpose » la jurisprudence administrative française.

<sup>238</sup> In GDJA, voir les obs. JM NZOUANKEU, p. 80 et.

<sup>239</sup> C. S, 23 février 2012, *Serigne Babacar Seck c/ Conseil régional de kaolack et Gouverneur de la région de Kaolack*, Bulletin des arrêts, décembre 2013, p. 216 – 217.

<sup>240</sup> J-M. AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3e éd. 1984, vol. 1 p. 15.

<sup>241</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 13e éd. p. 299.

<sup>242</sup> D. SY, « Le juge sénégalais et la création du droit administratif », in *La création du droit en Afrique*, op. cit., p. 395.

<sup>243</sup> A. B. FALL, « Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition des règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, « *Espaces du Service public* », Presses universitaires de Bordeaux, 2013.

Cela est manifeste en matière de recours pour excès de pouvoir, et plus particulièrement en ce qui concerne le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux au Sénégal.

On l'a vu, si une telle méthode du juge peut soulever des questions épistémologiques voire idéologiques, il demeure que concrètement en contrôlant parfois avec rigueur les règles relatives à la compétence ; et en s'inspirant aussi du contrôle que le juge français exerce sur l'élaboration des actes, le juge sénégalais, tout en refusant, lui aussi, de s'enfermer dans un formalisme étroit, n'en contribue pas moins à protéger les droits des administrés et à inviter l'administration au respect de certaines règles. C'est bien là une condition de l'Etat de droit, et le juge administratif sénégalais joue sa partition, même avec quelques fausses notes<sup>244</sup> ; invitant du même coup à nuancer l'affirmation selon laquelle le droit administratif africain serait un « droit engagé, consistant beaucoup plus en une technique de rationalisation de l'action administrative, destinée à assurer son efficacité, sa rigueur, sa cohérence au service des fins déterminées au sommet qu'en un contrepois au profit des droits individuels ».<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> Voir M. DIAGNE, « La contribution du Conseil d'Etat Sénégalais à la construction de l'Etat de droit », *Revue administrative*, n°spécial, 6, 1999,

<sup>245</sup> A. BOCKEL, *Droit administratif*, NEA, 1978, coll. Manuels et Traités, n° 2, p. 36. ; P. MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », op cit, p. 46.