

Mouhamadou Moustapha Aidara

Agrégé des Facultés de droit

Université Gaston Berger de Saint-Louis

Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal

Par la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême,¹ le législateur sénégalais a institué, pour la première fois, le référé dans le contentieux administratif. Il s'agit d'une évolution importante du fait que le droit des procédures d'urgence devant la Cour s'est limité depuis l'indépendance au sursis à exécution dans le contentieux de l'excès de pouvoir². C'était le cas quand l'administré peut arguer de moyens sérieux dans une situation où le préjudice qu'il encourt est irréparable, d'obtenir du juge la suspension d'une décision administrative.

A l'exception de ce dispositif applicable surtout en matière d'éloignement des étrangers³ et de la possibilité accordée au seul représentant de l'Etat d'assortir son recours contre les actes des collectivités locales d'une demande de sursis à exécution⁴, le justiciable sénégalais reste soumis au quotidien au temps de la justice qui est très long. Des enquêtes menées démontrent que le contentieux administratif ne répond plus ni à ses besoins ni à ses attentes parce que les décisions ne sont rendues qu'au terme d'un délai qu'il estime déraisonnable.⁵ C'est sans doute pourquoi, le législateur a considéré que le temps est venu d'aménager une procédure accélérée qui doit permettre au juge de statuer rapidement sur les requêtes et d'ordonner, au besoin, les mesures idoines.

Plusieurs types de référés seront alors institués. On peut en distinguer essentiellement quatre. L'article 84 issu de la loi organique de 2017 dispose que « quand une décision a fait l'objet d'une requête en annulation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction,

¹ Loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême, Journal officiel de la République du Sénégal du 18 janvier 2017 P. 47

² L'expérimentation d'une dualité de juridictions au sommet de la hiérarchie judiciaire avec la création d'un Conseil d'Etat et d'une Cour de cassation de 1992 à 2008 n'a pas affecté le régime de la procédure d'urgence.

³ L'article 73-3 de la loi du 08 août 2008 sur la Cour suprême abrogée affirme que le délai de recours et le recours sont suspensifs en cas de déclaration d'utilité publique, d'expulsion d'étranger et d'extradition. Le juge administratif sénégalais est prudent et considère que le sursis à exécution ne peut être accordé que « Si les moyens invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et si le préjudice encouru par le requérant est irréparable. » Voir CS, 5 avril 1978, Emile Wardini in D. Sy, *Droit administratif*, Dakar, CREDILA, 2010, p. 112.

⁴ L'article 80 de la loi du 8 août 2008 abrogée prévoyait que « Le représentant de l'Etat peut assortir son recours [contre les actes locaux] d'une demande de sursis à exécution. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués dans la requête paraît (...) sérieux. »

⁵ Voir P.O. Seck (dir.), *La modernisation de la justice au Sénégal : une perception manifeste*, Dakar, ELJA, 2017, 276 p.

un doute sérieux quant à la légalité de la décision.» Ainsi est consacré le *référé-suspension* à côté d'un *référé-liberté* défini en ces termes : « Saisi d'une demande justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses prérogatives, une atteinte grave et manifestement illégale⁶.».

L'article 86 de la même loi introduit le *référé-mesures utiles* en disposant que : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative».

Le quatrième type de procédure introduit par l'article 87 de la loi organique sur la Cour suprême est le *référé-constat* ainsi formulé : « Sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut désigner un expert pour constater sans délai les faits survenus, susceptibles de donner lieu à un litige devant la Cour Suprême ».

Pour le lecteur de la loi française du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives⁷, le législateur organique sénégalais a presque repris à l'identique les mêmes dispositions pour déterminer le régime des procédures d'urgence.

Toutefois, s'il s'est très fortement inspiré du texte français, le législateur sénégalais a opté pour une démarche radicalement différente de celle de son homologue français. Rappelons qu'en France, c'est le Vice-président du Conseil d'Etat qui avait saisi le Président adjoint de la Section du contentieux pour attirer son attention sur le fait que le sursis à exécution est devenu inadapté suite à l'intervention de plusieurs textes législatifs et qu'il ne répond plus aux attentes des justiciables.⁸

Le Vice-président va alors mettre en place un groupe de travail composé de magistrats relevant des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel ainsi que des conseillers nommés auprès de l'organe suprême de l'ordre administratif et des professeurs de droit chargé d'identifier les carences du droit des procédures d'urgence et de proposer des mesures propres à rendre « ce droit plus simple et plus efficace ».⁹

Après avoir consulté une liste très fournie de personnalités, de magistrats, d'avocats, intervenant à tous les échelons de l'ordre administratif, le groupe de travail a rendu son rapport accompagné de textes portant rédaction d'avant-projet de loi et de décret. Le Parlement sera saisi et la loi sur la réforme de l'urgence sera finalement votée. La rationalité et la lisibilité de la réforme méritent d'être soulignées.

⁶ Article 85 de la loi de 2017 sur le statut de la cour suprême op.cit.

⁷ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, J.O.R.F. n° 151 du 1 juillet 2000 p.9948

⁸ Voir lettre de mission du vice-président et son arrêté du 7 novembre 1997 instituant un groupe de travail sur les procédures d'urgence in RFDA, 2000, p. 954

⁹ *Rapport du Groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence* RFDA 2000 p. 941

Au Sénégal, le traitement de l'urgence n'est pas organisé par un texte spécifique qui permet de mettre en évidence le dispositif existant, son autonomie, son originalité, son articulation avec les principes du droit administratif lesquels, s'ils ne sont pas remis en cause, seront très sensiblement atténués par les différents référés.

Modestement, c'est en modifiant la loi organique sur la Cour suprême que le référé sera introduit ce qui prouve qu'il reste dans l'ornière de la juridiction suprême. C'est pourquoi, il est difficile d'évoquer une réforme. Le référé ne se présente pas comme une innovation dans le contentieux administratif. Il s'assimile plutôt à une évolution du statut de la Cour suprême. Il ne résulte ni d'un vote d'un projet ni d'une proposition de loi qui reflèterait la volonté politique du Gouvernement ou de l'Assemblée nationale de prendre en considération la dimension d'intérêt général de l'urgence dans le traitement juridictionnel des conflits.

Constatant qu'après sept ans d'application, la loi organique de 2008 sur la Cour ¹⁰ a révélé bien des insuffisances, le législateur a été saisi par le Gouvernement sur initiative de la juridiction suprême pour modifier son statut.¹¹

Qu'est-ce qui explique alors l'institution du référé administratif ? Rappelons que son objet est de permettre notamment, dans tous les cas où l'urgence le justifie, la suspension dans les meilleurs délais d'une décision administrative contestée par le demandeur. L'exposé des motifs de la loi organique de 2017 reste très peu prolixe et comme il n'a pas existé de commission spécialement créée à cet effet, aucun rapport n'est publié. Il faut alors rechercher des raisons objectives pour justifier la réforme. Ainsi, il convient d'être attentif aux évolutions qui se sont opérées aussi bien au niveau communautaire qu'à l'échelon national.

En effet, la construction du droit communautaire africain met en évidence de nombreux textes qui insistent sur un délai raisonnable de justice pour les justiciables¹². Au niveau sous régional, avec les principes de convergence de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), les aspirations des citoyens à la liberté, à la démocratie, au renforcement de l'Etat de droit les poussent à développer des attentes en vue de disposer de juridictions garantissant rapidement et efficacement leurs droits.¹³

Au niveau national, il est possible de relever une évolution dans l'approche des relations entre l'administration et les administrés. Avec la réforme constitutionnelle issue du référendum du 20 mars 2016, la déconcentration est reconnue, pour la première fois, comme étant la règle générale de répartition des compétences et des moyens entre les administrations civiles de

¹⁰ Loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême J.O.R.S. du 8 août 2008 p. 755

¹¹ Dans l'exposé des motifs de la loi de 2017 précitée, le législateur organique précise qu'en plus du référé, « l'introduction de dispositions relatives à l'exception d'inconstitutionnalité et au régime de poursuite des infractions commises par des magistrats et certains fonctionnaires » constitue une autre innovation de la loi.

¹² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement le 28 juin 1981 à Nairobi en ligne (http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_fra.pdf, consulté le 17 août 2018).

¹³ Voir le Protocole sur la démocratie et la libre gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité signé à Lomé le 10 décembre 1999, en ligne (www.eisa.org.za/pdf/ecowas2001protocoll.pdf, consulté le 10 juin 2017).

l'Etat¹⁴. Les collectivités territoriales sont envisagées par le constituant sénégalais comme étant le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques¹⁵.

Dans bien des cas, l'administration, notamment locale, développe la consultation et la concertation avec les administrés. Le Code général des Collectivités locales adopté en 2013 organise d'ailleurs la participation citoyenne. Désormais, toute personne physique ou morale peut faire au chef de l'exécutif local toutes propositions relatives à l'impulsion du développement économique et social de sa collectivité¹⁶. A cette fin, l'organe exécutif local est habilité à mettre en place un cadre de concertation en vue de garantir la participation des populations à la gestion des affaires publiques.¹⁷

La base de la légitimité de l'action administrative change. La démocratie participative se renforce. On assiste à une inversion d'idéologies : celle de de intérêt général qui était jusqu'ici considérée comme étant le système principal de légitimation des prérogatives de l'administration, remarque Jacques Chevallier, est de plus en plus remplacé par celle de la participation qui tend à associer les administrés à l'exercice des responsabilités administratives¹⁸.

Mais ces considérations théoriques ne remettent pas en cause une pratique bien ancrée : l'administration ayant en charge l'intérêt général bénéficie du privilège du préalable. Ses décisions sont exécutoires d'office et, au besoin, l'administration a la possibilité de recourir à la force pour leur exécution.¹⁹ Dès lors, son fonctionnement serait paralysé si l'on arrivait à reconnaître que les recours introduits par les particuliers contre les décisions administratives sont suspensifs. Cette règle n'est d'ailleurs pas véritablement remise en cause par les nouvelles dispositions relatives à l'urgence. Au contraire, le législateur organique sénégalais cherche à concilier l'urgence avec les principes du droit administratif. Cependant, il propose une solution fortement inspirée du droit français. Sans entrer dans le débat sur le mimétisme, il sera question de voir les difficultés, les paradoxes, les apories dans la reconduction des dispositions de la loi française du 30 juin 2000 relative au référé dans le système sénégalais d'unité de juridiction.

A l'évidence, ces dispositions ont été conçues pour un système différent de celui du Sénégal, marqué par l'unité de juridiction. Il s'y ajoute qu'en France, la réforme de l'urgence n'a pas

¹⁴ Article 102 de la Loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution, J.O.R.S. du 13 juin 2016 en ligne (<http://www.jo.gouv.sn>, consulté le 10 juin 2017)

¹⁵ Voir article 103 issu de la loi constitutionnelle 2016, ibidem.

¹⁶ L'article 6 de la Loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités locales dispose : « Toute personne physique ou morale peut faire, au président du conseil départemental et au maire, toutes propositions relatives à l'impulsion du développement économique et social de la collectivité locale concernée et à l'amélioration du fonctionnement des institutions », J.O.R.S., n° 6765 du 28 décembre 2013 en ligne (www.jo.gouv.sn, consulté le 10 octobre 2017).

¹⁷ Aux termes de l'article 7 du Code général des Collectivités locales, ce cadre concerne les plans et les projets de développement local de même que les conventions de coopération et les contrats plans.

¹⁸ J. Chevallier, *Science administrative*, 5^{ème} éd., PUF, 2013, 610p.

¹⁹ Voir B. Kanté, *Unité de juridiction et droit administratif*, thèse pour le doctorat, Université d'Orléans, 1983, 426p.

surgi *ex nihilo*. Il ne s'est pas agi de supprimer d'un trait le sursis à exécution pour le remplacer par le référé administratif. Il a bien existé un référé-provision²⁰ et d'autres référés civils et l'objet de la réforme était d'harmoniser le traitement de l'urgence et de limiter la propension des requérants à invoquer la voie de fait devant le juge civil.

Au Sénégal, le lecteur averti est marqué par l'absence d'un véritable débat sur la place de l'urgence dans un contentieux administratif marqué par l'unité de juridiction. Le traitement de l'urgence est essentiellement technique : il a consisté à remodeler le sursis à exécution et d'ajouter d'autres procédures d'urgence. Cependant, ce débat reste incontournable. On ne peut pas l'ignorer.

Le régime adopté soulève plusieurs questions relatives notamment à la cohérence des conditions posées par le législateur pour déterminer le régime de l'urgence. L'aménagement d'un référé administratif dans un système d'unité de juridiction ne relève pas d'un exercice simple parce qu'il s'agit de concilier plusieurs exigences à des niveaux différents. Le juge de l'administration doit disposer de pouvoirs garantissant un rehaussement de son rôle dans la protection des particuliers. La procédure aménagée doit permettre aux administrés d'agir efficacement contre les actions de l'administration. Même si cette dernière continue de disposer du privilège du préalable, le référé, en revanche, induit une inflexion de certaines règles fondamentales de la procédure administrative contentieuse qui lui sont applicables.

Au regard de l'office du juge, le traitement de l'urgence supposant une culture²¹, il importe alors de se demander si le dispositif mis en place participe à sa construction. En définitive, il s'agit de vérifier si le régime procédural de l'urgence adopté permet de faire évoluer le contentieux administratif sénégalais dans le sens d'un traitement efficace de l'urgence.

A l'analyse, les réponses apportées par le législateur organique sont très limitées : d'une part, l'aménagement du droit de l'urgence paraît lacunaire (I) et, d'autre part, le contentieux administratif devra inévitablement s'adapter (II).

I. Un aménagement lacunaire du droit de l'urgence

Le législateur organique sénégalais confère la qualité de juge des référés au seul président de la Cour Suprême ou au magistrat qu'il désigne; ce qui soulève bien des difficultés parce que l'organisation judiciaire sénégalaise est marquée par une unité de juridiction. Le tribunal régional, devenu avec la réforme de 2014²² Tribunal de grande instance, est juge de droit commun du contentieux administratif. La Cour suprême exerce une attribution d'exception en matière d'excès de pouvoir.²³ Il existe alors un problème d'articulation du référé avec

²⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008 p. 1472

²¹ F. Moderne, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? » D 2001, n° 41.

²² Voir la Loi n° 2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi 84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire et le décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des Cours d'appel, des Tribunaux de grande instance et des Tribunaux d'instance, J.O.R.S n° 6869 du 18 août 2015 en ligne (www.j.o.gouv.sn/spip.php?article, consulté le 3 janvier 2018).

²³ Voir A. Bockel, *Droit administratif*, NEA, 1978, 541p.

l'organisation judiciaire parce que le choix du juge compétent est très critiquable (A) et les contours de la procédure mise en place sont imprécis (B).

A) Le choix critiquable du juge des référés

La rationalité du choix du juge des référés se pose avec acuité. La logique qui semble déterminer le choix du législateur est le suivant : la Chambre administrative de la Cour suprême est spécialisée dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir. Le référé administratif qui comprend le référé-suspension vient remplacer le sursis à exécution qui n'était invocable que lorsqu'un recours est pendu devant la Cour. Il serait dès lors logique de l'aménager auprès du juge qui, jusqu'ici, était compétent pour connaître de ce contentieux.

Mais la substitution du sursis à exécution par le référé ne suffit pas pour traiter l'urgence dans le contentieux ; ce serait tout simplement refondre le sursis et ajouter d'autres types de référés. L'option choisie privilégie la juxtaposition et non l'articulation et laisse en suspens la place de l'urgence dans le contentieux.

La réponse apportée est incohérente pour deux raisons au moins tenant, d'une part, à l'exclusion injustifiée du tribunal de grande instance (1) et, d'autre part, à un choix centralisateur qui peut être en contradiction avec l'objectif de célérité visé (2).

1. Une exclusion injustifiée du Tribunal de grande instance

En optant d'instituer le référé administratif par une réforme du statut de la Cour suprême à l'exclusion des autres textes régissant les juridictions de niveau inférieur, et en décidant de reprendre pratiquement tous les types de référés aménagés en France sauf le référé-provision, le législateur organique sénégalais entend exclure- l'avenir édifiera si c'est temporaire- le Tribunal de grande instance du traitement juridictionnel de l'urgence.

Quand le juge des référés de la Cour suprême a été saisi d'une demande tendant à faire connaître un avantage pécuniaire à un requérant, il s'est déclaré incompétent parce qu'il considère qu'un tel recours relève « du plein contentieux dévolu, en premier ressort, au Tribunal de grande instance, juge de droit commun en la matière, et ne peut, par conséquent, être porté devant le juge de l'excès de pouvoir ».²⁴

Aux termes de l'article 19 du décret du 3 août 2015²⁵ qui précise les modalités d'application de la loi du 3 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal, le tribunal de grande instance qui remplace le tribunal régional connaît de l'ensemble du contentieux administratif de pleine juridiction et fiscal. En clair, tout le contentieux de la responsabilité administrative,

²⁴ CS, ord. Réf. N° 9 du 08 juin 2017, l'E.B.G.E.T c/ l' A.R.M.P. et la Mairie de Golf Sud [N° affaire J/051/RG/17 du 10/02/17] inédit.

²⁵ Décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des Cours d'appel, des Tribunaux de grande Instance et des Tribunaux d'Instance, op. cit.

celui des contrats administratifs, le contentieux individuel de la fonction publique et les litiges relatifs à la fiscalité relèvent de la compétence du juge de grande instance²⁶.

Dans les premières décisions rendues par la Cour suprême en matière de référé, le juge met en avant les intérêts des particuliers pour justifier l'urgence. La condition de l'urgence « est remplie lorsque la décision contestée porte atteinte à un intérêt public, à la situation du requérant ou à ses intérêts ».²⁷

Prétendre privilégier les intérêts des particuliers tout en excluant le référé du plein contentieux revient à désarmer le juge du tribunal de grande instance. Alors qu'il dispose de la compétence de droit commun, ses pouvoirs restent drastiquement limités : il ne peut ni prononcer d'astreinte ni donner d'injonction encore moins disposer d'un instrument de traitement de l'urgence.

L'évolution récente du droit administratif a pourtant levé toute équivoque sur les entraves supposées à la reconnaissance d'un référé en matière de plein contentieux. Au départ, sous l'empire du sursis à exécution, il a été admis que le régime de la procédure applicable aux recours relevant du plein contentieux constitue un obstacle à la recevabilité du sursis à exécution. Le juge administratif français a suivi un raisonnement qui relève d'un syllogisme. Lorsqu'une décision est soumise à un recours administratif préalable, c'est la décision prise sur le recours hiérarchique ou gracieux qui se substitue à la décision initiale. Dès lors, celle-ci ne peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation ; les demandes de sursis doivent alors être déclarées irrecevables.²⁸ Mais avec l'avènement du référé, les termes du débat ont changé.

Positivement, le référé-suspension a un caractère accessoire en ce sens que sa recevabilité est subordonnée à la saisine d'une juridiction au fond. Mais ce caractère accessoire ne pourrait-elle pas connaître des dérogations permettant de reconnaître le référé en plein contentieux ? Une fois que le requérant a saisi l'administration d'une demande préalable même si le juge de fond ne peut être saisi, qu'est-ce qui peut justifier l'exclusion de l'application de la procédure de référé-suspension ?

Il existe certes la lettre mais le référé relève aussi d'un esprit. Le particulier lésé dans ses intérêts et justifiant d'une urgence est habilité à saisir le juge des référés pour prononcer la suspension. A partir du moment où celle-ci peut être obtenue sans que le juge de fond ne se prononce sur le principal, elle doit logiquement pu être aussi prononcée sans que l'autorité administrative n'ait à statuer sur la demande du requérant. La suspension n'est valable tant que l'autorité administrative ne s'est pas prononcée ou une décision implicite intervenue²⁹.

En droit positif sénégalais, l'institution d'un référé administratif en plein contentieux ne serait pas inédite pour deux raisons au moins qui méritent d'être expliquées. En premier lieu, le

²⁶ D. SY, *Droit administratif*, Harmattan Sénégal-CREDILA, 2014, 424p.

²⁷ CS, ord. Réf. N° 08 du 18 mai 2017, Colette Gueye c/ Etat du Sénégal, [N° affaire J/137/RG/17 du 06/04/17] inédit.

²⁸ Voir J.C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 6^e éd. 2018 pp 242-265

²⁹ CE, sect., 12 octobre 2001, Sté Produits Roche, RFDA 2002, p. 324, concl. P. Fombeur

sursis à exécution qui existe dans le contentieux de la légalité et que le législateur entend renforcer et formaliser par le référé-suspension existe aussi en plein contentieux. Dans le domaine contractuel, depuis l'adoption du premier Code des Collectivités locales en 1996, il a toujours été reconnu au représentant de l'Etat de déférer les actes des collectivités locales non soumis à autorisation préalable à la Cour suprême. Ce faisant, il lui est reconnu d'assortir sa demande d'un sursis à exécution devenu une demande de suspension avec l'institution du référé. Ces actes concernent des contrats administratifs conclus par les collectivités locales tels que les conventions relatives aux marchés ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial³⁰ ; De même, la Cour suprême elle-même, de sa propre initiative, peut prononcer la suspension de tout marché public que lui transmet le représentant de l'Etat aux fins d'annulation.

En second lieu, il est permis de se demander pourquoi le *référé-provision* à l'exception des autres types de référé ne serait pas applicable au Sénégal. Rappelons, qu'il permet, dans le système français au créancier d'une personne publique d'obtenir une provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable sans qu'une instance de fond soit engagée devant le juge principal. Mais le versement de la provision peut être subordonné à la constitution d'une garantie pour préserver les droits du débiteur au cas où le juge du principal se prononce dans un sens différent de celui du juge des référés³¹.

En créant le Tribunal de grande instance, le législateur sénégalais recherche l'efficacité et la performance dans le traitement juridictionnel des litiges notamment ceux engageant l'administration. Pour ce qui concerne les litiges de nature financière, ces objectifs peuvent aussi être concrétisés par l'institution d'un référé permettant au détenteur d'une créance d'introduire une demande de provision.

C'est pourquoi l'exclusion du référé du contentieux de pleine juridiction confiée au Tribunal de grande instance est discutable comme l'est tout autant le choix de confier exclusivement à la Cour suprême la compétence de le prononcer.

2. Le choix discutable de la Cour suprême

L'article 83 de la loi organique de 2017 sur le statut de la Cour prévoit qu'est juge des référés, le premier président de la Cour Suprême ou le magistrat qu'il désigne à cet effet. Au Sénégal, les administrés ne sont, en général, admis à saisir directement la Cour Suprême qu'en matière de recours pour excès de pouvoir. Avec la mise en application du droit de l'urgence, cette règle est atténuée. Le référé administratif remodèle ainsi la structure du contentieux administratif en ce sens qu'il rapproche les requérants de la Cour. Mais la concentration du référé au niveau de la juridiction suprême implantée dans la capitale et éloignée des justiciables n'y habitant pas, renforce les inégalités d'accès à la justice.

Il est aussi possible de relever une certaine contradiction dans la démarche : le législateur constate que le temps est venu d'aménager une procédure accélérée qui doit permettre au juge

³⁰ Voir article 243 du Code général des collectivités Locales op. cit.

³¹ C.-A. Dubreuil, *le référé-suspension, référé administratif au fond ?*, RFDA 2007, p.1005

de prendre rapidement les mesures conservatoires afin de pallier la longueur des instances mais, en retour, il décide de faire reposer sur un seul magistrat tous les recours en référé.

S'il doit juger dans un temps très court, le juge dispose-t-il des moyens pour le faire ? Jusqu'ici le sursis à exécution était jugé en collégialité par la Chambre administrative de la Cour suprême ; ce qui présente certaines vertus : l'anonymat du juge est préservé et la décision est prise après délibération.

Au contraire, le juge unique est connu et il se prononce seul. Il est donc incité à assumer pleinement ses responsabilités. Mais il ne constitue pas une juridiction spécifique, sa compétence matérielle est plus restreinte que celle du juge du fond.

Le référé est institué au sein de la Cour suprême qui doit définir dans les détails ses principes d'application. Paradoxalement, la loi organique ne prévoit pas de formation collégiale et pourtant, elle paraît bien opportune parce qu'elle permet, d'une part, de déterminer au fil des requêtes les principes applicables et, d'autre part, d'éviter que les ordonnances soient entachées d'irrégularités pour lesquelles aucun moyen de contestation n'existe.

Le juge des référés ne peut être régulièrement saisi d'une requête tendant à la mise en œuvre d'une procédure d'urgence que si le litige principal auquel se rattache l'urgence qu'il lui est demandé de prescrire relève de la compétence de la Cour suprême. S'il n'est pas à la hauteur pour traiter rapidement et efficacement les requêtes, les justiciables seront tentés de se détourner de lui et il sera marginalisé.

Le contentieux du référé n'est pas encouragé à cause de l'éloignement de la Cour suprême, de l'existence d'un seul juge pour statuer sur toutes les requêtes et il s'y ajoute que ses contours sont imprécis.

B) Les contours imprécis du régime de l'urgence

Le législateur organique a posé aux articles 89 et 90 de la loi portant statut de la Cour suprême un certain nombre de règles communes qui concernent les conditions de recevabilité des demandes de référé et la procédure à suivre par le juge pour statuer.

Concrètement, le référé-suspension suppose l'existence d'une décision administrative contestée devant la Cour ; la demande doit présenter un caractère d'urgence; elle doit relever de la compétence de la juridiction ; elle ne doit être ni irrecevable ni mal fondée.

Ce régime mis en place est à apprécier au regard des objectifs visés, à savoir la célérité et l'efficacité. Paradoxalement, la procédure d'urgence aménagée reste marquée par des conditions d'engagement assez sommaires (1) et par des règles ne garantissant pas l'urgence (2).

1) Des conditions d'engagement assez sommaires

Pour obtenir le prononcé d'une suspension d'une décision administrative, le requérant doit justifier de l'existence d'une décision administrative faisant l'objet d'une requête en annulation. Il doit prouver l'urgence et arguer de moyens propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Pour ce qui est du référé-liberté, le prononcé de mesures est soumis à la preuve qu'une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé d'une mission de service public a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il revient au juge des référés de donner un contenu à chacune de ces conditions qui restent marquées par leur généralité ou imprécision.

Seules les demandes précédées d'une requête contentieuse aux fins d'annulation sont recevables. Mais la formule utilisée par le législateur sénégalais n'est pas claire : « Quand une décision administrative fait l'objet d'une requête en annulation, le juge des référés saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision. » La décision visée ici se limite-t-elle aux décisions explicites ou englobe-t-elle aussi les décisions implicites ?

Le législateur sénégalais a aussi gardé le silence sur l'hypothèse où l'administré a saisi l'autorité administrative d'un recours administratif préalable. Devra-t-il attendre la réponse de l'administration ou pourra-t-il, nonobstant le recours, saisir le juge ? Attendre la réponse reviendrait à rallonger le délai, alors que l'objectif est d'accélérer la procédure.

En France, le juge des référés a considéré dès la première année d'application de la loi sur les procédures d'urgence que, saisi d'une demande de suspension, il pourra y faire droit « si l'urgence justifie la suspension avant même que l'Administration ait statué sur le recours préalable et s'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision³². »

Au Sénégal, l'article 84 tel qu'il a commencé à être interprété de manière stricte par le juge des référés pousse à considérer que tant que l'autorité administrative saisie d'un recours préalable n'a pas statué sur le recours, le juge des référés ne peut être saisi parce que le référé-suspension est un recours accessoire à une requête en annulation d'une décision administrative devant la Cour suprême.

En vertu des dispositions spéciales applicables en matière administrative, aucune requête ne pourra être introduite en cas de recours administratif préalable parce que la loi exige d'attendre soit la réponse de l'administration soit l'écoulement d'un délai de quatre mois avant de saisir le juge pour contester la décision³³.

Si cette tendance se confirme, ce serait fâcheux. Le référé suppose, en effet, une atténuation de la règle du caractère exécutoire des décisions administratives par la reconnaissance de garanties accordées aux justiciables qui doivent être effectives.

Qu'est ce qui empêche alors l'administré qui peut prouver l'existence d'une décision administrative et l'introduction effective d'un recours administratif préalable, conformément au principe de légalité, de saisir le juge des référés même si celui du fond ne peut être saisi. Le juge de l'urgence pourra prononcer une suspension qui ne vaudra que pendant la période où l'Administration ne s'est pas encore prononcée.

³² CE, sect., 12 oct. 2001, Sté Produits Roche op. cit.

³³ Voir article 74-1 de la loi organique du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême op. cit.

L'urgence qui constitue une condition commune aux référés n'est pas non plus définie par le législateur. Il revient au juge des référés de l'apprécier. Il y procède en s'alignant pratiquement sur l'approche retenue par le Conseil d'Etat français puisque dans l'ordonnance rendue le 18 mai 2018, il considère que « la condition d'urgence est remplie lorsque la décision contestée porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou à ses intérêts ³⁴ ». On peut se demander si le juge des référés sénégalais a raison de s'aligner sur cette jurisprudence. Il n'a, en effet, reproduit que partiellement le considérant de principe donnant l'impression que s'il estime cohérente la position, il n'envisage pas toutefois d'aller jusqu'au bout de la logique qu'elle sous-tend.

Le raisonnement suivi par le juge administratif français postule que l'urgence est à déterminer en mettant en balance les intérêts en cause. C'est une sorte de bilan coût-avantages : est-ce que la décision attaquée est susceptible de porter à la situation du requérant une atteinte disproportionnée ? La logique a conduit le juge à prendre en compte la situation financière du requérant. Il en est ainsi lorsqu'il affirme qu'il en va ainsi, alors « même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire, qu'il appartient au juge des référés (...) d'apprécier concrètement ».³⁵

Le juge sénégalais qui déclare que tout recours indemnitaire est irrecevable peut-il logiquement s'aligner sur cette jurisprudence ? Ne devrait-il pas se placer sur le terrain plus solide de l'intérêt à agir pour définir l'urgence. Celle-ci vient remplacer le préjudice qui était privilégié dans le régime du sursis à exécution. Logiquement, le juge peut rester dans le même sillage et apprécier si le préjudice encouru est irréparable ou non.

L'urgence est appréciée de manière concrète pour chaque espèce, au regard des effets de la décision administrative, soit qu'elle préjudicie gravement à la situation du requérant ou à un intérêt public, soit qu'elle soit de nature à emporter des conséquences qui risquent d'être difficiles à effacer, indépendamment de la possibilité d'une réparation.

Une autre condition imprécise est le moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Dans l'ordonnance rendue le 21 décembre 2017, Institut Pasteur de Dakar, le juge des référés est resté très évasif sur son approche de la notion de « moyens propres ». Il s'agit d'un litige où un employeur conteste une décision ministérielle infirmant la décision de l'Inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un délégué du personnel. Le requérant invoque une erreur manifeste d'appréciation de l'autorité administrative, une violation de la loi et un défaut de base légale. L'administration ne remet en cause aucun de ces arguments et se contente d'arguer qu'il n'existe pas d'urgence. Statuant sur le litige, le juge des référés considère, de manière inattendue, que les

³⁴ Il s'agit ici d'une reprise à l'identique du considérant du CE, sect., 19 janv. 2001, Confédération nationale des radios libres, req. N° 22815 Lebon 29 concl. L. Touvet.

³⁵ Ibidem

moyens soulevés ne sont pas propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision, sans donner plus de précisions³⁶.

Sous le régime du sursis à exécution, il y avait deux conceptions possibles de la formule « moyens sérieux » remplacée aujourd'hui par celle de « moyens propres ». Au sens strict, c'est le moyen qui s'avérera fondé quand le juge statuera sur la légalité de la décision administrative au fond. Au sens large, le moyen sérieux c'est celui qui fait naître un doute dans l'esprit du juge sur la légalité de la décision attaquée^{37 38}.

Le moyen propre qui vient remplacer le moyen sérieux signifie que le juge n'a pas besoin de certitude sur le caractère fondé des moyens d'annulation. Il suffit que sa requête comporte un moyen de nature à créer le doute³⁹. Mais cette réponse soulève d'autres interrogations. En effet, il restera à déterminer ce qui peut créer le doute dans l'esprit du juge. Doit-il s'agir d'éléments de fait ou de droit ? A partir de quel seuil ?

En considérant, le régime du référé-liberté, il est aisé aussi de constater que le législateur organique n'a pas non plus précisé ce que recouvre la notion de liberté fondamentale qu'il entend faire préserver. Il appartient alors au juge des référés de le faire. Dans ses premières ordonnances, il fait montre de beaucoup de prudence et de réserve et ne semble même pas s'inscrire dans une logique de découvrir les libertés en question. Saisi par un requérant qui conteste un arrêté du Ministre de l'intérieur fixant le modèle de la fiche de collecte des parrainages en vue de l'élection présidentielle au motif qu'il viole les libertés fondamentales d'égalité devant la loi, du droit à l'information et du droit de concourir à l'expression du suffrage, le juge des référés ne s'est pas engagé à définir la notion de liberté fondamentale. Il se borne, en effet, à estimer que dans la mesure où l'arrêté est pris en application d'une loi déclarée conforme à la Constitution, il ne saurait encourir le grief d'atteinte grave et manifestement illégale une liberté fondamentale.⁴⁰ La pertinence d'un tel raisonnement sera analysée plus loin.

Placé dans la même situation, le juge français a préféré découvrir les libertés au cas par cas plutôt que de les définir. C'est ainsi qu'au fil de sa jurisprudence, il a assimilé les libertés fondamentales aux grandes libertés classiques qui ont principalement leur siège dans la Constitution et dont la normativité est suffisante pour pouvoir être invoquée en justice : libre expression du suffrage, la liberté de commerce, d'aller et de venir, la liberté de réunion, le droit de grève, la présomption d'innocence⁴¹ ou encore le droit des personnes publiques de s'administrer librement reconnu par la Constitution.

³⁶ CS, ord. Référé, 21 décembre 2017, Institut Pasteur de Dakar (IPD) c/ Etat du Sénégal, N° affaire J/408/RG/17 du 27/10/2017 inédit.

³⁷ M. -A. Glélé, « le sursis à exécution d'une décision administrative négative », D. 1969, chr. P 161

³⁸ G. P. Tchivounda, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », RDP 1983, pp.81-133.

³⁹ Voir *Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence*, op. cit. p.943

⁴⁰ CS, ord. Référé, 4 septembre 2018, Abdoul Mbaye et autres c/ Ministre de l'intérieur et Agent judiciaire de l'Etat, affaire n° J/357/RG/18 du 28/08/2018, inédit.

⁴¹ L. Favoreu, « la notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés » in D 2001, doctrine, pp1739-1744.

En revanche, le juge n'entend pas étendre à l'infini les libertés fondamentales qu'il protège pour ne pas faire perdre au référé-liberté son caractère exceptionnel. C'est ainsi qu'il considère que certaines libertés ne constituent pas des libertés fondamentales, en raison soit de leur absence d'ancrage dans la Constitution, soit de leur normativité insuffisante, soit du risque tiré d'invocabilité trop importante⁴². Ces différentes imprécisions relevées dans les conditions d'engagement du référé affectent la célérité de la procédure.

2) L'aménagement de règles de procédure peu favorables à la célérité

L'article 89 affirme que le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il doit ordonner soit la suspension de l'exécution d'une décision administrative ou certains de ses effets soit des mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, le juge des référés informe sans délai les parties qui peuvent être multiples de la date et de l'heure de l'audience. Le procureur général, informé lui aussi, présente ses conclusions.

Cette procédure se rapproche de celle du droit commun où le juge usant de ses pouvoirs inquisitoriaux mène le procès. L'article 90 de la loi organique sur la Cour suprême affirme que le juge des référés peut rejeter par une ordonnance motivée toute demande qui ne présente pas un caractère d'urgence, qui est mal fondée ou irrecevable ou ne relève pas de la compétence de la Cour suprême.

Au vu de ces règles, le juge est tenu de vérifier sa compétence, la recevabilité de la demande au regard du délai, de l'acte, du requérant, de la requête comme le fait le juge de fond. L'expression « sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article 89 » c'est-à-dire de statuer au terme d'une procédure contradictoire signifie que le juge des référés a l'obligation d'examiner d'office l'irrecevabilité au fond de la demande de suspension pour vérifier si la demande du requérant peut être examinée ou pas. Il en est de même du bien-fondé de la décision.

Un seul juge est chargé de tout cet office pour toutes les demandes de référé introduites et aucun délai n'est fixé pour le référé-suspension. Le législateur a juste mentionné que le juge informe sans délai.

Cette procédure est source de lenteur et rend difficile le prononcé de mesures en extrême urgence. Sur la base des ordonnances rendues après quelques mois d'application de la loi, le tableau suivant peut être établi :

Décisions	Date de saisine	Date de traitement	Durée
Ord. Référé n° 06	31 janvier 2017	18 mai 2017	3 mois et 18 jours
Ord. Référé n° 09	10 février 2017	08 juin 2017	3 mois et 28 jours
Ord. Référé n° 08 Colette Guèye	6 avril 2017	18 mai 2017	1 mois et 12 jours
Ord. Référé n° 13	27 octobre 2017	21 décembre 2017	1 mois et 24 jours

⁴² P. Cassias, *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, 2003, 198 p.

Ord. Référé n° 05	28 août 2018	4 septembre 2018	7 jours ⁴³
-------------------	--------------	------------------	-----------------------

Au vu de ce tableau, la durée moyenne du traitement juridictionnel des requêtes visant le prononcé de mesures de suspension d'une décision administrative qui, rappelons-le, n'est pas enserré dans un délai, est de deux mois. Ce délai reste relativement long et ne s'explique ni par une complexité excessive des affaires en cause ni par une motivation fine et minutieuse qui exigerait du temps et distinguerait les ordonnances de référé.

Dans le cadre du référé-liberté où le législateur organique impose une accélération en fixant un délai de quarante-huit heures, la décision du juge n'intervient que si l'urgence est prouvée par le requérant. Dans l'ordonnance Abdoul Mbaye précitée rendue une semaine après l'introduction du recours, le juge a considéré que l'urgence qui résulte nécessairement d'une atteinte grave et manifestement illégale à un droit fondamental n'est pas constituée en l'espèce, même s'il reconnaît qu'en la matière, les procédures doivent être traitées avec célérité.

Tout se passe comme si le juge découvre le droit de l'urgence et tente, sans beaucoup de réussite, de l'adapter au contentieux administratif d'un système d'unité de juridiction alors que les dispositions qu'il applique sont empruntées à un système différent. C'est un pari. Pour le réussir, il faut faire évoluer le contentieux administratif en vue de l'adapter au droit de l'urgence, qui a jusqu'ici été relégué à la périphérie avec la procédure du sursis à exécution.

Il convient de déterminer la place de l'urgence dans le contentieux, de situer le référé par rapport aux autres contentieux, en faire une voie de recours qui garantit mieux que les voies classiques, au moins provisoirement et de manière rapide et efficace, les droits des citoyens. Bref, il convient d'adapter le contentieux.

II. Une nécessaire adaptation du contentieux administratif au droit de l'urgence

La nouveauté du référé, les imprécisions du régime, le manque d'expérience de la Cour suprême en matière de contentieux de l'urgence font peser de réelles contraintes sur le juge des référés qui est invité à faire des efforts pour adapter le contentieux à la procédure d'urgence.

Yves Gaudemet remarque que les méthodes auxquelles le juge administratif a recours ressemblent à un guide⁴⁴. La vocation d'un juge des référés est de construire une culture de

⁴³ L'article 85 de la loi organique sur la Cour Suprême dispose que si la demande introduite en vue de faire cesser une atteinte à un droit fondamental est justifiée par l'urgence, le juge des référés doit statuer dans un délai de quarante-huit heures.

⁴⁴ Y. Gaudemet, *les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p.10

l'urgence et de suivre un raisonnement fondé sur la logique de la célérité. Pour ce faire, il lui faudra adapter à la fois la méthode juridictionnelle consistant à trancher les litiges (A) et celle jurisprudentielle relative à la construction du droit (B).

A) L'adaptation de la méthode juridictionnelle

En matière de référé, si le juge doit accorder une importance au formalisme, elle ne doit pas être excessive car c'est l'esprit même du contentieux administratif qui se joue. Il s'agit de doter la juridiction d'une souplesse devant permettre de prendre une décision immédiate et efficace. Il faut une mutation dans l'approche même du contentieux (1) et un recul de l'écrit au profit de l'oralité dans la procédure d'instruction (2).

1. Une mutation dans l'approche du contentieux

Avec la loi organique de 2017 sur la Cour Suprême introduisant le référé administratif, le législateur organique vise, rappelons-le, un double objectif : d'une part, il entend reconnaître aux citoyens le droit de saisir le juge pour faire cesser dans les plus brefs délais et à titre provisoire les décisions administratives ou les comportements et actes des autorités publiques remettant en cause soit leurs intérêts soit les libertés fondamentales ; d'autre part, il entend placer le juge des référés au cœur de l'action de l'administration en ce sens qu'il pourra suspendre des décisions administratives, ordonner des mesures à appliquer, constater des faits survenus selon les situations en cause.

Le juge est alors investi de la mission de rendre effective cette volonté du législateur d'assouplir la possibilité accordée à tout justiciable invoquant des moyens plausibles d'obtenir soit la suspension de l'exécution d'une décision administrative soit le prononcé de mesures tendant à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

L'exercice suppose la conciliation de la sobriété et de la rigueur : ne pas prolonger l'instruction au-delà de ce qui est souhaitable ; ce qui permet de prendre rapidement une décision provisoire. Mais un examen trop sommaire des requêtes encouragerait un déjugement au fond avec le risque de voir les requérants introduire des demandes de référés dans le seul but d'accélérer le jugement au fond des litiges.

En même temps, l'analyse de la recevabilité de la requête au fond doit être minutieuse parce qu'une irrecevabilité au fond interdit que les moyens présentés dans la demande en référé puissent créer un doute sérieux quant à la légalité du ou des actes administratifs contestés⁴⁵.

Avec le référé, l'office du juge est renforcé : il sauvegarde les libertés fondamentales. Au Sénégal, jusqu'ici, le juge était impuissant pour faire cesser rapidement une atteinte aux libertés fondamentales commise par une autorité administrative. C'est pourquoi, le référé-

⁴⁵ CE, Ord. ref. , 24 novembre 2004, Hoff. N° 274247

liberté constitue potentiellement un domaine attractif pour les requérants lésés ; ce qui fait qu'il peut très rapidement se transformer en un contentieux de masse.

La définition même de l'urgence est subjective. Elle est incarnée par ou dans la personne. L'urgence est appréhendée par une personne considérée dans une situation précise et compte tenu d'éléments particuliers⁴⁶. Elle est une condition du prononcé de la mesure, caractérise la procédure et intervient à un double titre : D'abord, lorsque le bilan des intérêts en présence est favorable au requérant au stade de l'analyse de la condition de l'atteinte grave et manifestement illégale. Ensuite, lorsque le juge opère la balance entre le respect de la liberté du requérant, l'intérêt général et la liberté d'autrui dans la logique qui trouve son fondement dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A ce sujet, une partie de la doctrine considère que le juge du référé-liberté est bel et bien « juge de la liberté avant d'être juge du référé » parce que la sauvegarde de la liberté explique l'urgence, laquelle se déduit de l'atteinte à la liberté.⁴⁷ S'il doit changer d'approche du contentieux, il doit aussi revoir la place de l'oralité dans la procédure administrative.

2. Renforcer l'oralité dans la procédure administrative contentieuse

La procédure administrative contentieuse est écrite au Sénégal⁴⁸ comme en France où le juge administratif a dégagé une jurisprudence constante selon laquelle, devant la juridiction administrative, la procédure revêt un caractère essentiellement écrit. En général, les auteurs s'accordent sur l'objet de l'écrit qui est double : il permet, d'une part, de rationaliser la procédure administrative, et, d'autre part, de conférer une cohérence dans l'administration de la justice.

Généralement, le contentieux administratif est celui dans lequel une personne publique chargée de l'intérêt général est présente. Elle ne peut être que représentée soit par un ministre soit par un organe exécutif local qui n'est pas forcément spécialiste du droit ou du contentieux administratif ; elle ne peut non plus, vu tous les contentieux dont l'administration est partie, être présente partout et en même temps. Dès lors, seule une procédure écrite pourra préserver le droit de réponse de l'administration. L'écrit incite les parties à un procès (requérant et demandeur) tout comme le juge à une discipline intellectuelle susceptible de structurer le déroulement de l'instruction. Il emporte deux conséquences principales : il rend les observations orales inopérantes⁴⁹ et réduit l'instruction- close avant l'audience contrairement à la procédure pénale- à une simple formalité.

S'il a l'avantage de permettre une investigation rigoureuse de l'affaire, l'écrit rend difficile un jugement rapide parce qu'il suppose l'échange de mémoires écrits qui engendrent des

⁴⁶ CE, Sect. 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, RDP, 2002, p. 756.

⁴⁷ C. Leclerc, Le renouvellement de l'office du juge administratif français, L'Harmattan, 2015, p. 239

⁴⁸ L'article 32 de la Loi organique de 2017 sur la Cour Suprême affirme que sauf dispositions contraires, la Cour est saisie par une requête écrite.

⁴⁹ G. Gondouin, « l'oralité dans la procédure de référé », RFDA, 2007, p.68

délais incompressibles. Pour statuer dans les plus brefs délais, le juge a la possibilité d'accorder une place de plus en plus importante à l'oralité des débats.

Aux termes de l'article 89 de la loi organique : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire qui peut être écrite ou orale. » Cette disposition d'apparence simple signifie pourtant une généralisation de l'oralité à toutes les procédures de référé.

Rappelons que le juge des référés est un juge qui statue seul et qui est invité à se prononcer dans les plus brefs délais sur des mesures qui touchent à la liberté des personnes ou à leurs biens, souvent édictées dans le cadre de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. L'oralité consacrée par le législateur a l'avantage de lui permettre d'interroger les représentants de l'administration et les requérants au cours de l'instruction pour obtenir des explications sur les moyens écrits développés. Des observations orales avancées dans la contradiction peuvent dissiper des doutes, préciser des faits, apporter des nuances et faciliter la compréhension du litige.

Cependant, les dispositions retenues par le législateur organique sénégalais ne laissent pas une large part à l'oralité parce qu'elles se limitent à énoncer que lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles 84 et 85 c'est-à-dire les référés les plus importants – le référé-liberté et le référé-suspension- de les « modifier ou d'y prendre fin, le juge des référés informe sans délai le procureur général et les parties de la date et de l'heure de l'audience publique. » Il ne s'agit pas de convoquer les parties à l'audience pour y présenter et défendre leurs observations écrites ou encore développer de nouveaux moyens. Le régime procédural prévoit plutôt une clôture de l'instruction avant l'audience. Les parties sont informées et non convoquées à l'audience.

La procédure classique reste applicable. Si l'audience est publique, dans l'ordonnance rendue, le juge se limite à analyser les moyens écrits et ne mentionne pas un débat oral au cours duquel de nouveaux moyens seraient soulevés au cours de l'instance et soumis au principe du contradictoire⁵⁰.

Pourtant, la philosophie du référé postule un juge qui soit au cœur de l'administration, disposant d'un pouvoir d'injonction et qui doit être efficace pour affirmer son rôle qui consiste à trouver une solution immédiate et provisoire à un litige. L'oralité lui permet de rapprocher les points de vue et de rendre une décision qui pourra aussi aider les parties à revoir leur position dans la suite du litige.

B) L'adaptation de la méthode jurisprudentielle

Le régime de la procédure d'urgence adoptée postule une autonomie du juge du référé par rapport au juge statuant au fond. Le contentieux est différent. Par suite, les pouvoirs dont il dispose sont aussi différents. Il en est de même de l'attente du législateur et des administrés. Le juge des référés a vocation à se démarquer (1) et, à cet effet, il lui revient de construire un raisonnement adapté à l'urgence (2)

⁵⁰ J. Barthélémy, « les référés non subordonnés à la condition d'urgence », RFDA, 2002, p. 272

1. La démarcation du juge des référés

Le législateur organique confère au juge des référés des pouvoirs importants. Il peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative ou de certains de ses effets. Il peut prononcer toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé d'une mission de service public aurait porté atteinte. L'imprécision de la formule « ordonner les mesures nécessaires » signifie, selon René Chapus, une absence de restrictions⁵¹. En effet, le juge des référés est investi d'un pouvoir nouveau de sauvegarder une liberté menacée.

Il peut adresser des injonctions à l'administration, qui consistent en des mesures de faire, de ne pas faire et il peut prescrire à l'autorité administrative l'édiction d'une nouvelle décision après réexamen de la demande ou de la situation⁵². Cependant, si les pouvoirs du juge doivent être étendus pour ne pas priver d'effets utiles le référé, ils méritent aussi d'être encadrés pour éviter que le juge administre en lieu et place de l'autorité administrative.

Etendre le champ d'application du référé revient à détourner le contentieux administratif des mains du juge du fond, qui offre des garanties de qualité par des jugements rendus par une formation collégiale après une instruction.

Le législateur organique s'est abstenu de donner une qualification aux notions fondamentales qui constituent les leviers du référé, laissant la latitude au juge d'y déférer. Il en est de la notion de liberté fondamentale et des mesures nécessaires à prononcer.

Il revient alors au juge des référés de déterminer sa propre méthode pour donner le contenu qu'il souhaite à la notion. Il a vocation à construire une œuvre jurisprudentielle. A cet effet, il pourra ranger dans la catégorie des libertés fondamentales, des droits et libertés qui n'y étaient pas. Il suffit qu'il considère qu'un droit est une liberté fondamentale pour qu'il soit le gardien de cette liberté fondamentale ce qui va diminuer l'invocation de la voie de fait⁵³.

La consécration du référé-liberté prouve qu'au fond le mécanisme de protection des libertés n'est ni efficace, ni à la hauteur des exigences de l'Etat de droit et le juge des référés qui est institué a vocation à se dissocier de la juridiction constitutionnelle et de la juridiction suprême. Il a un rôle de protecteur des libertés publiques et rien ne l'oblige à s'aligner dans sa méthode ou dans son raisonnement sur une juridiction.

Cela ne signifie pas que le juge des référés soit obligé d'adopter une position en contradiction avec le juge constitutionnel ou administratif mais seulement qu'une certaine concurrence dans l'énonciation des libertés fondamentales est ouverte et que rien ne justifie un suivisme du juge des référés qui doit penser et raisonner par lui-même.

Dans le cadre du référé, le juge est autonome pour définir son rôle de protecteur des droits et libertés, pour identifier des catégories de libertés fondamentales et préciser leurs contours. Hélas, c'est ce que le juge sénégalais de l'urgence ne semble pas encore bien mesurer. Les

⁵¹ R. Chapus, *Droit du contentieux*, 13^e éd. P.1425

⁵² Voir les articles 85 et 88 de la loi organique de 2017 sur la Cour suprême op. cit.

⁵³ T. Pez, « le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », RFDA, 2003, p. 385.

décisions qu'il rend sont souvent un peu trop sobres et ne mettent pas en évidence une empreinte ou un style qui lui soient propres. Les différentes dispositions organisant le référé administratif lui reconnaissent pourtant une liberté d'appréciation. Il est appelé à jouer une protection particulière des libertés publiques. Il peut le faire en se détachant des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel parce que la finalité qu'exerce celui-ci n'est pas la même que celle du juge des référés.

Le référé-liberté peut être, en effet, un palier à la lourdeur de l'exception d'inconstitutionnalité parce que le juge des référés est habilité à qualifier un droit consacré par une convention internationale de liberté fondamentale, il en est de même d'un droit consacré par la loi ou même un principe général de droit. Etienne Picard remarque qu'aucune norme n'a le monopole de la fundamentalité et la fundamentalité ne se contient entièrement dans aucune norme formelle. Une liberté est fondamentale parce qu'elle est présente dans l'ensemble du système juridique. La fundamentalité peut aussi s'expliquer dans son caractère transversal⁵⁴.

Même quand il refuse d'intégrer ou de considérer une liberté ou un droit comme n'étant pas une liberté fondamentale, il le fait sur la base de critères et une méthode qui lui sont propres ou autonomes. Ainsi, en France, où le juge des référés a refusé d'intégrer dans les libertés fondamentales à protéger, le « droit au logement » alors que le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent⁵⁵ ou encore le droit à la santé⁵⁶ ou celui de pratiquer un sport⁵⁷. L'urgence suppose un changement d'attitude du juge dans sa conception du contentieux administratif ce qui suppose une articulation du raisonnement.

2. La construction d'un raisonnement adapté à l'urgence

Jusqu'ici, le juge administratif était habitué à n'intervenir qu'en collégialité pour trancher les litiges et si une illégalité s'est avérée, il annule les décisions administratives sans se préoccuper véritablement des conséquences de l'annulation. Le référé le pousse désormais à reconsidérer sa position et son raisonnement.

Le référé n'est pas institué en soi. Sa vocation est d'améliorer la protection que la juridiction apporte aux justiciables. L'objectif du législateur organique est de protéger le particulier de toute décision ou de tout comportement d'une autorité publique le plaçant dans une situation qui le lèse.

Comme le législateur innove en instituant de nouvelles procédures d'urgence, le juge aussi est invité à faire de même pour adapter son office jurisprudentiel. La motivation de ses décisions doit évoluer en conséquence. L'objectif global du référé ouvre, en effet, une nouvelle dynamique.

⁵⁴ E. Picard, « Droits fondamentaux » in Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, pp544-549

⁵⁵ CE, ord. 3 mai 2002, Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, RFDA, 2002, p. 856

⁵⁶ CE, 8 septembre 2005, Bunel, AJ, 2006, p. 376.

⁵⁷ CE, 22 octobre 2001, Caillat et autres, D 2002, p. 479.

Aux yeux des requérants, l'utilité du référé est d'abord appréciée au regard de l'interprétation donnée par le juge des conditions de suspension d'une décision administrative ou de prononciation des mesures utiles. Si le juge développe une approche restrictive de ses compétences, il risque de priver les justiciables d'une intervention rapide et efficace. Ils seront tentés alors de se détourner de la voie du référé et continuer à invoquer la voie de fait ou l'intervention du médiateur.

Tout d'abord, le juge est invité à surmonter bien des réticences pour construire des motivations susceptibles de préserver le caractère dynamique du référé administratif. Dans le cadre du référé-liberté, la procédure est autonome parce que la requête n'est pas accessoire, c'est-à-dire subordonnée à une instance principale comme le référé-suspension.

Dans les premières ordonnances rendues, le juge suit le raisonnement selon lequel, l'urgence « résulte nécessairement d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». En clair, c'est l'existence ou l'absence d'atteinte de nature grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qui constitue l'indice déterminant d'appréciation de l'urgence.

Il est alors logique, dans la démarche, de vérifier l'existence de cette atteinte qui constitue la condition de l'urgence. Mais la méthode d'investigation reste très sommaire. Dans l'ordonnance Abdoul Mbaye précitée, l'agent judiciaire de l'Etat se limite à défendre que l'urgence et l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale avancées par le requérant ne sont pas établies, sans donner aucune justification. Le représentant de l'Etat n'a pas fait état d'un intérêt général à défendre à travers la poursuite de l'exécution de l'arrêté litigieux en dépit de l'urgence invoquée par le requérant pour obtenir le prononcé d'une mesure d'injonction ou de suspension.

Quant au Procureur général près la Cour suprême, il défend une position très restrictive du référé en considérant qu'une atteinte au droit fondamental d'égalité devant la loi n'est pas recevable dans le cadre du référé-liberté.

Plusieurs questions importantes sont soulevées en filigrane par cette affaire, relatives notamment à la compétence juridictionnelle en matière de délimitation des droits fondamentaux invocables en matière de référé-liberté, aux critères pour les délimiter, à la pertinence de la délimitation, à son enjeu qui comporte une stratégie de prétoire.

La démarche suivie par le juge des référés est restée très proche de celle du juge de l'excès de pouvoir : faire le procès de l'acte, vérifier la compétence, l'existence d'une base légale, s'assurer de la conformité de l'acte querellé à la norme qui lui est supérieure pour ensuite en déduire l'existence ou pas d'une atteinte. Mais, il se trouve que le juge des référés ne se pose pas en juge de la liberté qui accepte d'assumer pleinement sa mission.

Dans son raisonnement, le juge doit préciser les moyens recevables et les moyens non recevables, les manquements constitutifs d'illégalités graves ou non, les décisions ou comportements qui portent une atteinte grave et manifestement illégale et quels sont les moyens qui sont susceptibles de prospérer ou pas.

Ainsi dans l'affaire Abdoul Mbaye, le juge disposait de la compétence d'ordonner la suspension de l'exécution de l'arrêté ministériel litigieux, laquelle pouvait être partielle et ne porter que sur le format électronique et non papier. Il avait aussi de la compétence de fixer la durée de la suspension de l'exécution en aménageant une période raisonnable pour que les parties et le ministère trouvent une solution. La suspension prononcée continuera tant que l'ordonnance n'a pas été rapportée. Ses pouvoirs restent cependant limités : il ne peut pas prononcer l'annulation d'une décision administrative, ni enjoindre l'administration de prendre une décision qui aura des effets définitifs.

* *

*

Le contentieux administratif sénégalais s'est enrichi d'une nouvelle voie de recours. Théoriquement, elle est susceptible de préserver les droits garantis aux particuliers et ainsi de renforcer le principe de légalité auquel l'administration est soumise. Mais, au regard de son enjeu principal qui réside dans un rehaussement du rôle du juge dans le contrôle de l'action administrative, le régime juridique du référé mérite d'être précisé. Formellement, un texte autonome apporterait plus de clarté et de visibilité que les dispositions générales ou spécifiques contenues dans la loi portant statut de la Cour suprême. Fondamentalement, l'institution d'une formation collégiale qui serait saisie de toute question complexe permettrait d'une part, de soutenir voire de soulager un juge unique invité à se prononcer dans la célérité pour dénouer provisoirement des litiges de plus en plus nombreux et variés et, d'autre part, d'affirmer les principes du référé par la construction d'un raisonnement qui soit à la fois autonome et cohérent avec la jurisprudence des juges du fond. La recherche de l'efficacité dans le service public de la justice devrait aussi inciter à envisager d'étendre le référé au contentieux de pleine juridiction.