



ZOMA Lassané

*Assistant à l'Université Thomas SANKARA (Burkina Faso),
Membre du Groupe de Recherche sur l'Administration, les Institutions et le Fonctionnement
de l'Etat (GRAIFE).*

E-mail : zomalassan88@yahoo.fr



LA RESPONSABILITE DE L'ETAT DU FAIT DES LOIS AU BENIN, AU BURKINA FASO ET AU SENEGAL

Introduction

La responsabilité de l'Etat du fait des lois est « un produit de luxe » dont le juge « ne se sert pas tous les jours »¹. Il s'agit d'un régime qui est demeuré résiduel². En fait, elle renvoie à une hypothèse non seulement, extrêmement rare³ mais aussi longtemps écartée. Initialement, l'Etat bénéficiait d'une irresponsabilité admise comme le corolaire de la souveraineté⁴. C'est l'application de l'adage britannique selon lequel « La couronne ne peut mal faire »⁵ ! Bien que la thématique fût classique, la réflexion doctrinale y relative n'a pas été constamment renouvelée⁶. Dans de nombreux pays, particulièrement ceux de l'Afrique francophone, elle n'a même pas encore été suffisamment mise en lumière. D'où notre choix de réfléchir sur le thème : « La responsabilité de l'Etat du fait des lois au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal ».

Parler de responsabilité de l'Etat du fait des lois ne relève pas du paradoxe bien que la loi soit une émanation du parlement. Au niveau national, seul l'Etat, pris dans sa globalité, détient la personnalité juridique et répond des agissements des pouvoirs constitués⁷. En effet, la notion renvoie à la théorie de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique qui postule que l'activité des personnes publiques peut entraîner des dommages pour les administrés⁸. Elle donne lieu à un ensemble de mécanismes qui font supporter à l'administration les conséquences dommageables de ses actes ou de ses abstentions⁹. Elle offre en quelque sorte une réparation aux effets de la « maladministration », lorsque ceux-ci préjudicient à des victimes¹⁰. La responsabilité de la puissance publique est normalement liée à la faute, mais il est de plus en plus fréquent qu'elle soit admise en l'absence d'une faute¹¹. C'est l'hypothèse de la responsabilité sans faute qui est fondée soit sur le risque¹² soit sur la rupture de l'égalité devant

¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, p. 1380.

² C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, Bibl. dr. pub., tome 236, 2003, p.2

³ F. SCHUBERT et P. COSSALTER, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles en Allemagne », *RFDA*, Les panoramas des revues Dalloz, Les grands dossiers 2019, p. 104.

⁴ J. WALINE, *Droit administratif*, 27^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2018, p. 541.

⁵ *Ibid.*

⁶ Le sujet de la responsabilité de l'Etat du fait des lois n'a pas été complètement abandonné. Toutefois, le nombre d'études relatives à ce thème était beaucoup moins important qu'avant la Seconde Guerre mondiale, par exemple, il est possible de citer les articles suivant : C. CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », *RD publ.*, 1940, p. 200 ; E. SAYAGUES LASO, « Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatifs », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, 1952, p. 619 ; J. KAHN, « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat du fait des lois », *ECDE*, 1962, p. 63. Cf. T. DUCHARME, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, 2019, p. 3.

⁷ J. VELU, *Droit public*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 50.

⁸ S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif au Burkina Faso*, 4^e éd., Ouagadougou, Presses universitaires, décembre 2020, p. 320 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, 16^e éd., LGDJ, 2001, p. 777.

⁹ K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, L'Harmattan, 2020, p. 591.

¹⁰ H. BELRHALI-BERNARD, « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *RFAP*, n°147, 2013/3, p. 562.

¹¹ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 563.

¹² P. MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, L'Harmattan, 2003, p. 42.



les charges publiques¹³. La responsabilité de l'Etat du fait des lois relève de cette dernière catégorie. A l'origine, elle est donc une responsabilité sans faute de l'Etat basée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques causée par son activité législative¹⁴.

L'idée est que l'application de la loi a causé des dommages qui ouvrent, dans certains cas, droit à réparation des victimes qui au nom de l'intérêt général ont subi un sacrifice financier¹⁵. Il a été jugé « beaucoup plus satisfaisant de l'expliquer par une notion typiquement de droit administratif : la rupture de l'égalité devant les charges publiques », plutôt que par le risque qui « est essentiellement une notion civiliste »¹⁶. Les dommages peuvent résulter également de l'application des actes administratifs et des conventions internationales¹⁷. La doctrine parle de rupture directe de l'égalité devant les charges publiques dans le premier cas et de rupture indirecte dans le dernier¹⁸, élargissant ainsi la notion de responsabilité de l'Etat du fait des lois. Dans cet ordre d'idées, les dommages qui l'entraînent ne sont pas ceux résultant exclusivement de l'application de la loi formelle, mais ceux qui émanent également de l'application des actes administratifs et conventionnels et de l'inexécution des décisions de justice¹⁹.

La responsabilité de l'Etat du fait des lois est une création jurisprudentielle d'origine française²⁰ reçue dans les Etats d'Afrique francophone²¹. Elle a d'abord été rejetée dans l'arrêt *Duchâtellier*²² de 1838. Dans cet arrêt de principe, le Conseil d'Etat avait conclu à l'irresponsabilité totale de l'Etat législateur²³. Un siècle plus tard, dans son arrêt *La Fleurette*²⁴, le Conseil d'Etat français admit que l'Etat était susceptible d'engager sa responsabilité du fait des lois²⁵. Il s'agit de la responsabilité sans faute du fait des lois régulières à laquelle il

¹³ J. WALINE, *op. cit.*, p. 577.

¹⁴ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, t. 2, 1896, p. 12.

¹⁵ J. MORAND-DEVILLER et P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif*, 17^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 789.

¹⁶ M. LOMBARD, G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Dalloz, p. 603 ; J. WALINE, « L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *EDCE* 1994. 470..

¹⁷ A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », Yaoundé, *CIFAF*, 2016, p. 6.

¹⁸ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, *Droit administratif*, pp. 588-592.

¹⁹ P. BON, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles. Présentation », *RFDA*, Les panoramas des revues Dalloz, Les grands dossiers 2019, p. 91.

²⁰ H.F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat de l'an VIII à 1875*, 1957 ; G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et Doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, 1994 ; J. WALINE, *op. cit.*, p.541.

²¹ M. ONDOA, « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne, *RJPIC*, n°3, 2002, p. 287 ; voir également P. SOGLOHOUN, « L'office du juge dans le contentieux de la responsabilité administrative au Bénin, au Burkina Faso, Niger », *Afrilex*, mai 2017, p. 5.

²² CE, 11 janv. 1838, *Duchâtellier c/ Ministre des Finances*, Lebon, p.7. Cité par T. DUCHARME, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, 2019, p. 1.

²³ Le CE s'était prononcé dans le même sens à propos de l'établissement du monopole des allumettes par la loi du 2 août 1872, 5 févr. 1875, *Moroge*, Lebon 89 : « Cons. que l'Etat ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans un intérêt général, prohibent l'exercice d'une industrie, à moins que des dispositions spéciales ne soient intervenues dans ce sens ».

²⁴ CE, Ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Lebon p. 25, concl. ROUJOU ; S. 1938.3.25, concl. ROUJOU, note P. LAROQUE ; D.1938.3.41, concl. ROUJOU, note L. ROLLAND ; *RD publ.*, 1938, p. 87, concl. ROUJOU, note G. JEZE ; *JCP* 1938.II.677, observations J. MIHURA.

²⁵ A. ROBLLOT-TROISIERS et M. VERPEAUX, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles en France », *RFDA*, Les panoramas des revues Dalloz, Les grands dossiers 2019, p. 93.



ajoutera progressivement d'autres régimes, notamment une responsabilité du fait des conventions internationales²⁶, une responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles²⁷, une responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles²⁸. En conséquence de la nécessité du principe de l'égalité des citoyens devant la charges publiques l'irresponsabilité sera abandonnée et la responsabilité de l'Etat admise²⁹. L'office du juge est fortement influencé par l'évolution du régime de la loi, devenue attaquable³⁰. En effet, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité a sonné le glas du légicentrisme ; une juridiction a reçu la compétence de mettre en exergue que la loi peut mal faire³¹. L'actualité de la thématique réside donc dans les efforts d'élargissement du mécanisme aux hypothèses jadis écartées³².

L'admission de cette forme de la responsabilité administrative est intrinsèquement liée aux perspectives de construction de l'Etat de droit, la rendant moins susceptible dans les Etats où les administrés ne sont pas suffisamment protégés contre l'administration³³. En revanche, elle est plus susceptible dans un Etat de droit où les pouvoirs sont plus enclins à se soumettre au droit et à voir engager leur responsabilité pour manquement à leurs obligations³⁴. La responsabilité de l'Etat est fortement tributaire de l'encrage de l'Etat de droit. Dans les pays africains, notamment le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal, cette idée de l'Etat de droit a toujours été affirmée³⁵. Certes, une telle affirmation n'est pas à l'abri des critiques ; mais elle est l'expression d'un cadre de plus en plus propice à une mise en jeu de cette responsabilité. On ne peut donc s'étonner que le régime de la responsabilité en question y soit admis. Au Sénégal, le législateur lui confère une base légale en la consacrant dans la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965³⁶ portant Code des obligations de l'Administration, à l'article 142 a³⁷. Certes, le législateur a repris à son compte la solution de l'arrêt *La Fleurette* mais lui confère un statut de droit

²⁶ CE, Ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*, Lebon p. 78, concl. Derepas ; AJDA 2007. 585, chron. F. LENICA et J. BOUCHER.

²⁷ C. BROYELLE, « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur », *JCP Adm.* 2007, 2083.

²⁸ TA, Paris, jugement du 7 fév. 2017, *M. Lallement et Société Paris Clichy*, n°1507726 et 1505725, concl. F. DORE ; CAA de Paris, 5 oct. 2018, *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et Société Paris Clichy*, n°17PA01180 et 17PA01188 ; CE Ass., 24 déc. 2019, *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren*. Voir également A. ROBLLOT-TROISIÈRE et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 94.

²⁹ P. BON, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconstitutionnelles. Présentation », *RFDA*, Les panoramas des revues Dalloz, Les grands dossiers 2019, pp. 91-92.

³⁰ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 605.

³¹ O. GOHIN, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », *RIDC*, n°2 1998, p. 596.

³² Cf. note 23.

³³ P.E. ABANE ENGOLO « Existe-il un droit administratif camerounais ? », p. 27, in M. ONDOA et P.E. ABANE ENGOLO (s. dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Actes du colloque de 2015, Yaoundé, L'Harmattan, 2016, 342 p.

³⁴ A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Afrilex*, n°3, juin 2003, p.26.

³⁵ J.-Y. MORIN, « L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995, n°254, notamment pp.158-164, et la partie relative à l'Etat de droit selon la charte africaine des droits de l'homme, p. 299 et s. Cité par A. B. FALL, *op. cit.*

³⁶ JO 1965, p. 945.

³⁷ L'article dispose que : « Les tiers peuvent obtenir la réparation d'une partie du dommage anormal et spécial qui leur est causé : a) Par l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier lorsque le législateur n'a pas exclu explicitement toute réparation, et que la mesure, bien que prise dans l'intérêt général, a pour effet d'avantager anormalement un groupe de particuliers et de désavantager gravement les demandeurs ».



positif³⁸. Par contre le Burkina Faso et le Bénin ne disposent pas d'un régime législatif en la matière, faute d'une loi similaire à celle applicable au Sénégal. Dans le silence du législateur, ce sont les juges qui en ont posé la base sans effort d'émancipation vis-à-vis du régime français³⁹.

L'émergence de la responsabilité administrative, notamment celle du fait des lois dans les pays d'Afrique francophone part donc de l'émergence des juridictions administratives⁴⁰. Ces derniers se sont dotés de juridictions administratives après leur accession à l'indépendance⁴¹. Ils ont opté pour des modèles différents sans remettre en cause le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires hérité du droit français⁴². Si le Sénégal a opté pour une unité de juridiction⁴³, le Bénin⁴⁴ et le Burkina Faso ont plutôt opté pour un modèle dualiste⁴⁵. Qu'il s'agisse de l'adoption d'un modèle moniste qui confie le contentieux administratif aux juridictions de droit commun ou dualiste avec la création de juridictions spécialisées en matière administrative, les procédures applicables devant ces juridictions administratives sont restées particulières donc différentes de celles en vigueur devant les juridictions de droit commun⁴⁶. Une de ces procédures est la responsabilité de l'Etat du fait des lois qu'elle a contribué à créer dans la mesure où le législateur dans la plupart des pays n'en a pas prévu un régime législatif.

La responsabilité de l'Etat du fait des lois, manifestation d'un renouveau du constitutionnalisme, est une garantie à la protection des droits subjectifs des administrés dans les pays d'Afrique francophone⁴⁷. Elle comporte des questions d'éthique et de morale et permet de sauvegarder l'équilibre entre la sécurité juridique des administrés et la protection de la légalité⁴⁸. Elle est donc influencée par les perspectives de construction de l'Etat de droit.⁴⁹. Cependant, les efforts consentis en faveur de la construction de l'Etat de droit cachent mal les réalités des pays d'Afrique francophones. Dans la quasi-totalité de ces pays, elles sont marquées par de nombreuses incertitudes. En effet, la justice et les juges sont constamment accusés parce

³⁸ D. SY, *Droit administratif*, 3^e éd., L'Harmattan, 2021, p. 371.

³⁹ Cf. à ce propos NOUBADAN Hyacinthe C/ Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et de la décentralisation, Arrêt n°133/CA, 10 novembre 2017 ; Affaire X et quatre (04) autres C/ Etat burkinabè, Tribunal administratif de Ouagadougou, Jugement n°068/20 du 12/05/2020.

⁴⁰ O. FANDJIP, *Les mutations récentes de la justice administrative en Afrique francophone. Etude critique à partir du modèle camerounais*, Coll. Etudes africaines, L'Harmattan, 2019, p. 21-24.

⁴¹ H.-C. NGUANGUI, *Contribution à l'étude du contentieux administratif au Gabon*, Thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, tome 1, 2006, p. 22.

⁴² M. ROUSSET, A. BELHAJ, D. BASRI et J. GARAGNON, *Droit administratif marocain*, 4^e éd., Imprimerie Royale, Manuels de droit et d'économie du Maroc, 1984, p. 660.

⁴³ Loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême, J.O. N°6986 du mercredi 18 janvier 2017.

⁴⁴ Loi n°2001/37 du 10 juin 2002 portant organisation judiciaire au Bénin.

⁴⁵ Voir article 124 de la Constitution du 2 juin 1991.

⁴⁶ O. FANDJIP, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷ K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain. Les cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, n° 2, juillet-décembre 2002, pp. 35-46.

⁴⁸ D. SY, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁹ G. CONAC, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in Mélanges Guy BRAIBANT, Paris, Dalloz, 2002, p.105- 119 ; P. MOUDODOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2009 ; 10 (3), p. 3. Voir également F. MENGUE ME ENGOUANG, « Où en est le processus démocratique au Gabon ? », *Juridis Périodique*, n°35, Juillet-Septembre 1998, p.97- 107.



que l'offre de justice serait inadaptée, insuffisante et sans crédibilité pour répondre à la demande des justiciables⁵⁰.

En réalité, pour les besoins de l'intérêt général, l'Etat bénéficie d'un droit exorbitant qui renferme des privilèges, des prérogatives, par exemple l'impossibilité de lui appliquer des voies d'exécution forcée⁵¹. Ces privilèges marquent une « inégalité foncière de situation » qui existe entre lui et les autres acteurs dont les juridictions administratives⁵². Ainsi, leurs décisions sont souvent orientées en faveur de l'Etat, dans le meilleur des cas, pour le besoin de protection des deniers publics⁵³ ; sinon par impuissance⁵⁴. Les justiciables y voient un juge qui, pour des raisons diverses, serait à la solde de la classe dirigeante au détriment des droits et des libertés ; voire même sous sa domination⁵⁵. A l'évidence, l'Etat jouit de multiples privilèges qui amenuisent l'efficacité de la justice administrative dans le contentieux de pleine juridiction, particulièrement en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat législateur. Il est question de voir si les privilèges reconnus à l'Etat et le dysfonctionnement de la justice administrative n'excluent pas l'idée d'une action en réparation contre l'Etat sur le fondement de ses activités normatives. Est-il possible d'appliquer à l'Etat, pour son activité normative, le principe général d'après lequel celui qui cause injustement un dommage à autrui est tenu de le réparer ? Les justiciables peuvent-ils obtenir des juridictions administratives la réparation des dommages causés par toute activité normative de l'Etat ?

Une réflexion sur la responsabilité de l'Etat du fait des lois axée sur des pays d'Afrique francophone présente un double intérêt. D'un point de vue théorique, il s'agit de renseigner les administrés sur l'évolution du régime de la loi qui, malgré la prééminence de l'administration⁵⁶, n'est plus inviolable⁵⁷. D'un point de vue pratique, il s'agit de donner aux administrés un outil de protection vis-à-vis de l'Etat qui, à travers ses activités normatives, peut leur porter préjudice ; et de contribuer à l'encrage de l'Etat de droit. On est en présence d'une hypothèse plus récente de la responsabilité administrative tenant à l'activité normative de l'Etat. La présente étude nous permet d'évaluer les perspectives de consécration et d'application de cette dernière dans les différents pays d'Afrique francophone en générale ; au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal en particulier. Le choix de ces pays paraît judicieux au regard de leur lien

⁵⁰ J. du B. de GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, n°250, 2014/2, p. 15.

⁵¹ G. JEZE, « Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP* 1923, p. 230 ; p. 796.

⁵² J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilèges ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57 ; dans le même sens : F. MODERNE, *Recherches sur la Puissance publique et ses prérogatives*, Thèse, Bordeaux 1960. Cités par A.A.D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex*, mai 2015, p. 2.

⁵³ I.D. SALAMI, « L'efficacité du contentieux de pleine juridiction en droit administratif béninois et camerounais », *Afrilex*, décembre 2016, p. 19.

⁵⁴ J.-M. BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration », *Afrilex* n°3, 2003, p. 69.

⁵⁵ A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *op. cit.*, *passim*.

⁵⁶ Le mode normal d'action, la décision exécutoire assortie du privilège du préalable, « est à lui seul le condensé de toute la puissance administrative et l'expression de sa supériorité intrinsèque ». Voir J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, 1986, p. 347.

⁵⁷ P. MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, *op. cit.*, p. 16.



historique avec la France, leur proximité culturelle et leur intérêt manifeste pour l'enracinement de l'état de droit⁵⁸.

Evoquer la responsabilité de l'Etat du fait des lois au regard des soubresauts qui ont caractérisé la théorie revient à questionner d'une part son existence et d'autre part son efficacité. Cela prend un sens plus profond dans des pays comme le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal. A ce propos, l'examen de ces ordres juridiques nationaux nous renseigne sur l'état de la responsabilité envisagée. En ce qui concerne son existence, elle a subi une évolution significative mais peu perceptible marquée par deux temps. Tout comme au Cameroun⁵⁹, cette catégorie de la responsabilité administrative est établie au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal par le juge ; et pour le cas du Sénégal par le législateur également. Cependant, il s'agit d'une admission cantonnée à un « îlot de la responsabilité ». En ce qui concerne la dévolution de la responsabilité, on peut constater qu'elle n'a pas suivi la dynamique occidentale. Elle n'est très souvent pas mise en œuvre malgré la fréquence des situations qui s'y prêtent.

L'étude de la responsabilité de l'Etat du fait des lois à la lumière des droits béninois, burkinabè et sénégalais appelle deux constats. Le premier relatif au processus de construction d'un régime de la responsabilité de l'Etat du fait des lois renseigne un processus certes enclenché mais inachevé. Le second relatif à l'application du mécanisme révèle de nombreuses limites qui sont de nature à compromettre les espoirs d'une plus grande protection des administrés contre les dommages qui peuvent naître de l'activité normative de l'Etat. Dans la présente réflexion, nous analyserons donc la responsabilité de l'Etat du fait des lois, premièrement comme une forme incomplète (I) du point de vue de sa consécration ; deuxièmement comme une forme laborieuse (II) du point de vue de sa mise en œuvre.

I. UNE RESPONSABILITE INCOMPLETE

La lecture croisée du droit de la responsabilité administrative béninois, burkinabè et sénégalais fait apparaître une rare application de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Toutefois, le processus de construction du régime de la responsabilité de l'Etat du fait des lois est enclenché. Mais, il se résume pour l'essentiel à l'hypothèse classique de la responsabilité de l'Etat du fait de loi, à l'exclusion des nouveaux cas auxquels elle a été élargie. Nous sommes donc en présence d'une responsabilité qui est consacrée (A) mais cantonnée (B).

A. UNE RESPONSABILITE CONSACREE

La responsabilité de l'Etat du fait des lois est une variante de la responsabilité sans faute qui traditionnellement reposait sur le risque⁶⁰. Dans certains cas, elle peut être reconnue sur le fondement de la seule idée d'égalité devant les charges publiques⁶¹. La responsabilité de l'Etat

⁵⁸ I.D. SALAMI, « L'efficacité du contentieux de pleine juridiction en droit administratif béninois et camerounais », *op. cit.*, p. 6.

⁵⁹ Arrêt n° 52 CFJ/SAY du 25 mars 1969, MORTANT Théophile c/Commune de Plein Exercice (CPE) de Douala ; Arrêt n°59 CFJ/CAY, 25 mars 1969, NGOMHA Salomon c/CPE Douala.

⁶⁰ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, 16^e éd., Paris, LGDJ, 2001, pp. 803-804.

⁶¹ *Ibid.*



du fait des lois repose sur ce fondement (1) qui par ce fait, entraîne l'application d'un régime juridique spécifique (2).

1. Le fondement juridique de la responsabilité

Les juridictions béninoises, burkinabè et sénégalaises font une rare application de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Toutefois, elles l'admettent toutes à des degrés plus ou moins différents sur un même fondement, celui établi par le juge français dans l'arrêt *La Fleurette* : la rupture d'égalité devant les charges publiques⁶². La Cour suprême béninoise, dans l'affaire opposant le sieur NOUBADAN Hyacinthe à l'Etat béninois⁶³, fonde sa décision sur la notion de rupture d'égalité. Dans l'espèce NOUBADAN, l'administration avait refusé de reconstituer la carrière d'un agent, Monsieur NOUBADAN, alors même que dans les mêmes conditions deux de ses collègues avaient déjà bénéficié d'une telle mesure sur arrêt de la Cour suprême. A l'appui de ses prétentions, monsieur NOUBADAN Hyacinthe évoque successivement la violation de la loi n°93-010 du 04 août 1993 portant Statut Spécial des Personnels de Police ; et la rupture du principe de l'égalité dans l'accès aux fonctions publiques. Il saisit la chambre administrative de la Cour suprême béninoise qui décide que le refus du ministre d'accéder à sa prétention entraînait à son détriment un préjudice constitutif de rupture d'égalité.

Le tribunal administratif de Ouagadougou fait appel également à la rupture d'égalité pour engager la responsabilité de l'Etat burkinabè du fait de la loi. Dans un jugement du 12 mai 2020⁶⁴, il admet cette responsabilité non sans préciser qu'elle est fondée sur la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Dans l'arrêt Mame AC contre le Recteur de l'Université XYB⁶⁵, le juge sénégalais va dans le même sens en annulant un acte administratif au motif que celui-ci remettait en cause le principe d'égalité au détriment de cette dernière. Tous s'alignent sur la théorie de la responsabilité de l'Etat législateur telle qu'elle a été développée par la jurisprudence française. Cette attitude des juges ne s'écarte pas de la démarche « assimilationniste » qu'emprunte la plupart des réformes entreprises⁶⁶. Au plan jurisprudentiel, la doctrine parle même, en dépit de quelques « acclimatations tropicales »⁶⁷ de « juge aîné » et de « juge cadet »⁶⁸ pour désigner, respectivement, le juge français et son homologue africain.

⁶² P. MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, op. cit., p. 79.

⁶³ NOUBADAN Hyacinthe C/ Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et de la décentralisation, Arrêt n°133/CA, 10 novembre 2017 ; Affaire X et quatre (04) autres C/ Etat burkinabè, Tribunal administratif de Ouagadougou, Jugement n°068/20 du 12/05/2020.

⁶⁴ Affaire X et quatre (04) autres C/ Etat burkinabè, op. cit.

⁶⁵ Arrêt n°01 du 9 janvier 2014, Cour suprême du Sénégal, Mame AC c/ Recteur de l'Université YXB.

⁶⁶ J.C. GAUTRON, « Réflexions sur l'autonomie du droit public sénégalais », *Annales Africaines*, 1969, p.30 ; R. DEGNI SEGUI, La succession d'Etats en Côte d'Ivoire, thèse droit, Aix-Marseille, 1979, p.74 et s.

⁶⁷ M. KAMTO, « La fonction administrative contentieuse de la Cour suprême du Cameroun », in J. Du B. De GAUDUSSON, G. CONAC, (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Paris, Economica, 1988, T. III, p.52.

⁶⁸ L. SINDJOUN, « Esquisse de théorie de droit administratif camerounais », *Penant*, 1993, n°813, p.330-390.



Le fondement dégagé par la jurisprudence permet d'indemniser le justiciable qui subit l'impact négatif d'un texte législatif et, par extension, d'un acte administratif⁶⁹. L'arrêt *La Fleurette* ne fait pas référence à un acte fautif de l'Etat-législateur⁷⁰. Le juge accède à sa requête sans qu'il ne soit mis en obligation de démontrer la faute de l'Etat. Cette option du législateur et du juge de s'aligner sur le fondement que l'arrêt *La Fleurette* donne à la responsabilité de l'Etat du fait de la loi en fait une responsabilité sans faute. Bien que certaines hypothèses se rapprochent de la faute le juge est réservé à l'admettre. La Cour suprême béninoise en engageant la responsabilité de l'Etat béninois pour rupture d'égalité suite à l'application d'un acte administratif inconstitutionnel, à éviter de préciser la nature de la responsabilité engagée⁷¹. Or dans l'espèce, l'acte pris pour la transposition des dispositions communautaires de l'UEMOA est contraire au traité révisé. Sur ce fondement, il condamne l'Etat à réparer le dommage subi par le requérant du fait de l'application de l'acte contraire à la légalité communautaire. Pourtant, la contrariété à une convention internationale ou un texte communautaire peut être interprétée comme une faute.

De ce qui précède, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait des lois n'exige pas une faute. Par le seul fait donc de l'application d'une loi, d'un acte administratif qui rompt l'égalité aux dépens d'un citoyen, ce dernier peut obtenir de l'Etat une réparation. La rupture de l'égalité devant les charges s'entend de tout préjudice causé par l'application des mesures administratives régulières, des lois et des conventions⁷². Cependant, les juges des pays étudiés ne font pas toujours application de la notion dans toute son étendue. Dans l'affaire X et quatre autres, le juge burkinabè évoque dans un considérant « le préjudice issu de l'application de dispositions législatives régulières », à l'exclusion des lois inconstitutionnelles et inconstitutionnelles⁷³. L'idée est reprise de l'arrêt français *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* du 30 mars 1966 que la doctrine a souvent tendance à confondre à la notion du risque. Toutefois, le risque et la rupture d'égalité doivent être distingués. La responsabilité pour risque est engagée d'une part, en raison d'un risque spécial de dommage issu de choses dangereuses, d'activités dangereuses ou situations dangereuses ; d'autre part, au profit des collaborateurs des services publics⁷⁴. La responsabilité sans faute qui naît de la rupture de l'égalité n'induit pas l'absence d'une faute, mais plutôt que la victime n'aura pas à démontrer la faute⁷⁵. Il s'agit donc d'une responsabilité sans faute établie. Cette option est favorable à la protection de l'administré qui pourrait éprouver des difficultés à établir la faute de l'Etat

⁶⁹ H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2020, p. 232.

⁷⁰ CE, Ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Lebon p. 25.

⁷¹ Cour supr., Arrêt L'International de Négoce et de Distribution Commerciale (INDICO SA) / Etat béninois représenté par l'AJT, 8 juin 2017.

⁷² A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », Yaoundé, CIFA, 2016, pp. 6-7. <https://barreaucameroun.org/site/wp-content/uploads/2019/05/LA-RESPONSABILITE-SANS-FAUTE-DE-LA-PUISSANCE-PUBLIQUE-1.pdf>.

⁷³ *Considérant, de première part que, de jurisprudence constante, la responsabilité sans faute de l'Etat (fondée sur la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques) est engagée, lorsque l'application de dispositions législatives est source d'un préjudice spécial et anormalement grave pour un ou des administrés donnés....*

⁷⁴ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, 2^e éd., CeDAT, 2021, , pp. 358-362.

⁷⁵ E. TSATSABI, *La justice administrative gabonaise*, Connaissances et savoirs, L'Harmattan, p. 41.



législateur⁷⁶. Au demeurant, l'existence d'un préjudice inhérent à l'activité normative de l'Etat est réglée selon un régime juridique établi.

2. Le régime juridique de la responsabilité

Dans les pays d'Afrique francophone, le droit administratif est marqué par la coexistence d'une responsabilité pour faute et d'une responsabilité sans faute⁷⁷. Cela implique que l'établissement de la responsabilité des personnes publiques repose, en premier, sur le caractère fautif ou correct du fait dommageable⁷⁸. Toutefois, il fait une place à la responsabilité sans faute, mais celle-ci est confrontée à une reconnaissance laborieuse en matière d'activité normative de l'Etat. Au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal, il existe de très nombreux cas de responsabilité pour faute mais en dehors de ce champ. Par contre dans ce champ et dans tous ces trois pays, la responsabilité admise est celle sans faute. Au Bénin et au Burkina Faso, la responsabilité sans faute en général, et celle du législateur en particulier est bien consacrée dans la jurisprudence nationale même si elle ne connaît pas un développement important⁷⁹. De même au Sénégal, elle ne connaît pas un développement important mais bénéficie d'une consécration législative.

L'intérêt de faire de la responsabilité de l'Etat du fait des lois une variante de la responsabilité sans faute réside dans le fait qu'elle constitue par-là, un moyen d'ordre public⁸⁰. Ce qui en fait un mécanisme favorable à la victime. Concrètement, il s'agit d'une « responsabilité complémentaire, que le juge n'examinera qu'après avoir vérifié que la responsabilité pour faute ne pouvait fonctionner utilement »⁸¹. De même, l'Etat ne peut s'exonérer de sa responsabilité sans faute que par la force majeure ou la faute de la victime⁸². Dans le même ordre d'idées, le juge peut le soulever d'office, même si les parties ne l'ont pas fait ou ont invoqué une responsabilité pour faute ; il peut être aussi soulevé pour la première fois en appel et en cassation⁸³. Toute chose exclue pour la responsabilité pour faute qui n'est pas un moyen d'ordre public⁸⁴. De ce qui précède, cette option garantit d'une part, l'indemnisation pour les victimes ; d'autre part, l'efficacité et la sérénité pour l'action administrative⁸⁵. La victime n'a à prouver que le lien de causalité entre le dommage qu'elle a subi et l'activité de l'administration⁸⁶.

De ce qui précède, la consécration de la responsabilité sans faute garantit l'indemnisation pour les victimes qui n'auront pas à apporter la preuve, parfois difficile, d'un comportement fautif⁸⁷.

⁷⁶ M. LOMBARD et G. DUMONT, *Droit administratif*, Paris, 5^e éd., Dalloz, 2003, p. 191.

⁷⁷ K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, *op. cit.*, p. 590.

⁷⁸ C.K. TCHAPNGA, *Précis de contentieux administratif au Cameroun. Aspects de l'évolution récente*, Coll. Droits africains et malgache, L'Harmattan, 2013, p. 29 ; P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (s. dir.), *Traité de droit administratif*, tome 2, Paris, Dalloz, 2011, p.654.

⁷⁹ S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè. Droit administratif*, 2^e éd., Collection Précis de droit burkinabè, Université de Ouagadougou, 2013, p. 355.

⁸⁰ K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, *op. cit.*, p. 591.

⁸¹ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 358.

⁸² *Ibid.*

⁸³ J. MORAND-DEVILLER et P. BOURDON, F. POULET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 782.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », *op. cit.*, p. 14.

⁸⁶ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 803.

⁸⁷ P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (s. dir.), *op. cit.*, p. 670.



Comme le soulignent Martine LOMBARD, Gilles DUMONT et Jean SIRINELLI, « cette consécration ne signifie pas que l'Etat législateur n'a jamais commis de faute dans le cas où sa responsabilité est engagée, mais elle implique simplement que la victime d'un préjudice n'aura pas besoin de démontrer l'existence d'une faute de l'Etat pour obtenir l'indemnisation de son dommage »⁸⁸. Toujours selon leurs mots, il s'agit plus précisément d'une responsabilité même sans faute établie⁸⁹. Ibrahim David SALAMI va dans le même sens en affirmant que : « non seulement la preuve du caractère fautif du fait dommageable n'est pas faite par la victime, mais encore, la preuve par le défendeur qu'aucune faute n'a été commise est sans conséquence »⁹⁰. Il s'agit d'un régime souple qui implique en théorie que le juge puisse engager la responsabilité de l'Etat pour faute si celle-ci est établie⁹¹.

L'hypothèse évoquée s'applique dans quelques domaines de la responsabilité administrative en droit français, mais elle n'est pas encore admise concernant l'activité législative de l'Etat⁹². Tout de même, elle serait envisageable et ne manquera pas d'inspirer les juges béninois, burkinabè et sénégalais. Comme le souligne Jean WALINE, en 2007, le Conseil d'Etat français aurait pu engager la responsabilité du fait d'une loi sur la base d'une faute ; mais a préféré créer un nouveau cas de responsabilité sans faute du fait d'une loi inconstitutionnelle⁹³. Il s'agit d'une responsabilité pour faute qui tait son nom⁹⁴. Concernant la perspective d'une responsabilité pour faute, le législateur burkinabè a marqué le pas en faisant de la responsabilité pour inexécution d'une décision de justice un cas de responsabilité pour faute imputable aux personnes physiques en charge des diligences⁹⁵. Les modalités de la mise en œuvre de cette responsabilité ne sont pas encore définies, mais il n'est pas exclu que l'inaction de la personne physique soit constitutive d'une faute lourde de l'Etat dans l'exercice du pouvoir de tutelle, ouvrant droit à réparation⁹⁶.

Pour obtenir la réparation du préjudice né de la rupture d'égalité, la victime doit établir le caractère anormal et spécial du dommage⁹⁷. Elle doit prouver que le dommage subi a atteint un certain seuil de gravité assez important qui dépasse les inconvénients ordinaires que les administrés doivent supporter sans contrepartie du fait des activités normatives⁹⁸. Au demeurant, lorsque la responsabilité est établie elle est celle de la personne publique. L'acte normatif à la base de la rupture d'égalité peut provenir de toute personne, mais la responsabilité

⁸⁸ M. LOMBARD, G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 603.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ I. D. SALAMI, *op. cit.*, p. 358.

⁹¹ Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 19^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 176.

⁹² J. MORAND-DEVILLER et P. BOURDON et F. POULET, *op. cit.*, p. 782.

⁹³ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 607.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Loi organique n° 032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant elle. L'article 60, al. 2 de cette loi dispose que : « En cas d'inexécution d'une décision devenue exécutoire rendue par une juridiction administrative contre l'Etat ou ses démembrements, les personnes physiques en charge des diligences nécessaires pour cette exécution peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée devant le Conseil d'Etat.

⁹⁶ Voir CE, 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle, requête n°41916, Rec., p. 100.

⁹⁷ K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, *op. cit.*, p. 606.

⁹⁸ *Ibid.*



de la personne publique est soumise au principe de l'unicité⁹⁹. C'est donc l'Etat qui est condamné¹⁰⁰. Bien qu'elles soient rarement saisies de la question, les juridictions administratives des pays visés font montre d'un volontarisme dans la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Mais leurs interventions, pour l'essentiel, demeurent limitées à des pans de cette responsabilité.

B. UNE RESPONSABILITE CANTONNEE

Les cas de responsabilité sans faute font l'objet d'une énumération plus restrictive que dans la jurisprudence administrative française. On peut en dire autant de la responsabilité de l'Etat du fait de la loi. En France, elle intègre à la fois les actes nationaux et internationaux, les actes réguliers et irréguliers. Mais dans notre contexte, elle est davantage établie pour les actes nationaux, notamment les activités normatives (1) et en leur sein, pour les actes réguliers (2).

1. Une responsabilité limitée aux activités normatives

La responsabilité de l'Etat du fait d'une activité internationale, assimilée à celle du fait des lois, ne connaît pas un développement dans les pays d'Afrique francophone, exception faite de quelques rares pays dont le Bénin qui fait application de la jurisprudence *Compagnie Générale d'énergie radioélectrique*¹⁰¹. Dans une affaire précitée¹⁰², la Cour suprême béninoise engage la responsabilité de l'Etat béninois pour violation de la légalité communautaire par un arrêté interministériel¹⁰³. Ce dernier violait l'article 3 de l'acte additionnel n°04/96 du 10 mai 1996 instituant un régime tarifaire préférentiel des échanges au sein de l'UEMOA et son mode de fonctionnement. Le juge béninois fait montre d'une relative prouesse comparativement à bien d'autres pays d'Afrique francophone. Concernant l'éventualité d'une responsabilité du fait des activités internationales, les juridictions de ces autres pays sont restées jusque-là muettes sans doute parce qu'elles n'ont pas eu l'occasion de se prononcer. Au demeurant, elle n'a pas encore fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. De même, le législateur sénégalais a consacré un régime législatif de la responsabilité sans en faire cas¹⁰⁴. On peut en dire autant du Burkina Faso qui ne dispose pas d'un code à l'image de celui sénégalais.

Pour l'instant, le cas de la responsabilité que l'on rencontre dans les différents pays est celui relatif à leurs activités normatives. Par activité normative, il faut entendre les activités nationales, notamment l'adoption et l'application des lois et actes administratifs. Elle exclut pour le moment l'activité internationale de l'Etat, exception faite de la jurisprudence béninoise nettement en avance. Certes, le juge ne récuse pas une telle responsabilité mais ne l'a pas encore non plus clairement établi. Les juridictions burkinabè et sénégalais n'ont pas encore leur arrêt

⁹⁹ J. VELU, *Droit public, op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ CE, ass., 30 mars 1966, *Compagnie Générale d'énergie radioélectrique*, GAJA, 22^e éd., n° 76.

¹⁰² Cour supr., Arrêt L'International de Négoce et de Distribution Commerciale (INDICO SA) / Etat béninois représenté par l'AJT, 8 juin 2017.

¹⁰³ Arrêté interministériel n°1115/MDEF/MIC/DC/SG/DGDDI/DGCI/DGCE en date du 08 novembre 2006 portant interdiction temporaire de l'importation au Bénin des huiles alimentaires par voie terrestre.

¹⁰⁴ D. SY, *Droit administratif, op. cit.*, p. 467.



*Compagnie Générale d'Energie Radioélectrique*¹⁰⁵. La responsabilité du fait des conventions internationales est assimilée à celle de l'Etat du fait des lois et a suivi la même évolution que celle-là en France¹⁰⁶. On peut espérer une même trajectoire ici pour peu que les juges soient saisis¹⁰⁷. Mais il convient de garder à l'esprit qu'un obstacle pourrait s'ériger à la consécration d'une responsabilité du fait des activités internationales : l'application de la théorie des actes de gouvernement¹⁰⁸.

Beaucoup d'actes internationaux tombent sous le coup de la théorie des actes de gouvernement. Comme le souligne Demba SY, la jurisprudence s'attache à deux grandes catégories d'actes de gouvernement dont l'une renferme les actes relatifs aux relations internationales. Sont ainsi considérés comme actes de gouvernement, les actes relatifs à la conclusion ou à la dénonciation des traités, les actes relatifs à l'exercice de la fonction diplomatique, les actes relatifs à la conduite de la guerre. La jurisprudence camerounaise procède à une délimitation de son domaine dans un jugement du 31 mai 1979¹⁰⁹ à l'occasion d'une question soulevée, celle de savoir si l'acte de nomination d'un chef de village était un acte de gouvernement. La réponse fut négative et des précisions sur le domaine de l'acte de gouvernement furent apportées dans quelques attendus rapportés par Joseph OWONA : « Attendu que le représentant de l'Etat soulève l'exception d'incompétence de la Cour suprême pour connaître du présent recours en faisant valoir que l'arrêté préfectoral est un acte de gouvernement. Attendu que l'expression « acte de gouvernement n'est pas souvent utilisée, on parle d'actes de gouvernement lorsque la réclamation tient à une question politique à portée exclusivement gouvernementale ». Et au juge d'énumérer les actes qui ont trait aux rapports du gouvernement avec le parlement et ceux à caractère international... »¹¹⁰. Cette théorie est appliquée devant les juridictions d'Afrique francophone¹¹¹, notamment les juridictions burkinabè¹¹² et sénégalaises¹¹³.

Toutefois, les actes de gouvernement bénéficient d'une immunité juridictionnelle. Cela signifie qu'il n'est pas possible d'intenter contre eux une action pour contester leur légalité ou pour engager la responsabilité de l'administration, à moins que celles-ci fassent application de la jurisprudence *Melle Susilawati*¹¹⁴. Or il n'est pas exclu que des actes internationaux, tombant

¹⁰⁵ CE. Ass., 30 mars 1966, *Compagnie Générale d'Energie Radioélectrique*, *op. cit.*

¹⁰⁶ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 608.

¹⁰⁷ Cet espoir repose sur la tendance du juge des pays d'Afrique francophone à reprendre à son compte les solutions dégagées par le juge français. Voir K. DOUMBIA, pp. 47 – 48.

¹⁰⁸ B. BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais*, tome 2, L'Harmattan, 2017, p. 38.

¹⁰⁹ Affaire Kouang Guillaume Charles contre Etat du Cameroun, jugement n°66ADO/CS-CA du 31 mai 1979 ; J. OWONA, *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, L'Harmattan, 2011, p. 35.

¹¹⁰ J. OWONA, *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹¹ D. SY, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 77-78 ; S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif au Burkina Faso*, *op. cit.*, p. 214.

¹¹² Cour suprême de la Haute-Volta (actuel Burkina Faso), Ch. adm., 8 juillet 1983, Garango Tiémoko Marc, Ouédraogo Mahamoudou Adolphe.

¹¹³ CS, 10 janvier 2013, Modou DIAGNE c/Etat du Sénégal, Bulletin des arrêts de la Cour suprême, n°6-7, Année judiciaire 2013, décembre 2014, pp. 131-132 ; lire C.B. NDIAYE, « Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs au Sénégal », *CERACLE*, mai 2020, p. 14. En ligne : <https://ceracle.com/wp-content/uploads/2020/03/Le-contrôle-de-constitutionnalité-des-actes-administratifs-au-Sénégal.pdf>

¹¹⁴ CE, 11 févr. 2011, *Melle Susilawati*, Rec. 36 ; RFDA 2011.573, concl. Roger-Lacan ; AJ 2011.906, note Belrhali-Bernard ; JCP Adm. 2011.2013, note Pacteau ; DA 2011, n° 42, note F. Melleray ; RD publ. 2012.491, comm. Pauliat.



sous ce régime, entraînent une rupture d'égalité aux dépens des tiers. Une salariée employée par le représentant du sultanat d'Oman auprès de l'UNESCO, qui n'avait pu obtenir le paiement de rappels de salaires de la part de son employeur en raison de l'immunité d'exécution dont bénéficiait ce dernier en vertu de l'accord de siège, obtiendra une indemnité sur la base de la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques¹¹⁵. La solution contraire apparaîtra alors comme une entrave à une action en responsabilité. La dynamique inverse ne garantit pas non plus la réparation des dommages causés par l'application des conventions internationales. Un rapprochement au droit français indique que depuis le revirement de jurisprudence trois décisions seulement ont accepté d'engager la responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales. Par ailleurs, toute perspective en la matière doit tenir compte du cantonnement de la responsabilité aux actes réguliers.

2. Une responsabilité limitée aux actes réguliers

L'office du juge n'a couvert que de manière très exceptionnelle la responsabilité de l'Etat du fait des actes irréguliers. Deux catégories de la responsabilité de l'Etat du fait des lois irrégulières, par extension des actes irréguliers, notamment la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles et la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles¹¹⁶, ne connaissent pas une véritable consécration. La responsabilité de l'Etat sans faute est engagée pour les actes réguliers. Bon nombre de pays d'Afrique francophone ne sont pas encore allés dans le sens des jurisprudences françaises récentes qui consacrent la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconstitutionnelles. On peut ainsi parler du maintien d'une irresponsabilité du fait des actes inconstitutionnels ou inconstitutionnels¹¹⁷. Ces cas de responsabilité permettent d'obtenir la réparation d'un dommage causé par l'application d'une loi inconstitutionnelle ou d'une loi inconstitutionnelle, il peut s'agir également d'un acte administratif inconstitutionnel. Il s'agit d'une responsabilité sans faute du fait des actes irréguliers. L'irrégularité pouvant être interprétée comme un manquement, ces cas se rapprochent d'une responsabilité pour faute¹¹⁸.

Cette évolution de la jurisprudence française est partiellement suivie par le juge béninois qui a eu l'occasion d'engager la responsabilité de l'Etat béninois pour application d'un acte administratif contraire à une norme communautaire UEMOA¹¹⁹. Dans l'affaire qui l'oppose à l'Etat béninois, L'international de Négoce et de Distribution Commerciale (INDICO SA) a obtenu de la chambre administrative de la Cour suprême béninoise une condamnation de l'Etat béninois au paiement de dommages-intérêts pour violation de la légalité communautaire par un arrêté interministériel. En effet, l'arrêté n°1115/MDEF/MIC/DC/SG/DGDDI/DGCI/DGDE

¹¹⁵ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 527.

¹¹⁶ H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, op. cit., p. 225.

¹¹⁷ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité administrative*, Hachette, Coll. Les fondamentaux, 1999, p. 159 ; voir également M. ROY, « La responsabilité de l'Etat du fait des lois irrégulières. », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020/2, n° 122, p. 1.

¹¹⁸ T. DUCHARME, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, op. cit., p. 3.

¹¹⁹ Cour supr., Arrêt L'International de Négoce et de Distribution Commerciale (INDICO SA) / Etat béninois représenté par l'AJT, 8 juin 2017.



portant interdiction temporaire de l'importation au Bénin des huiles alimentaires par voie terrestre en date du 8 novembre 2006 violait manifestement les dispositions des traités communautaires¹²⁰ en ce qu'il portait une restriction, au-delà des limites qu'elles ont prescrites, à la libre circulation des biens et des personnes. Saisie d'un recours de plein contentieux, la Cour suprême béninoise condamne l'Etat à des dommages-intérêts et consacre donc la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconventionnelles. Elle est en avant-garde de la garantie de la sécurité juridique des administrés au moyen de la responsabilité étudiée.

L'office des juges burkinabè et sénégalais révèle qu'ils n'ont fait le pas ni en matière de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ni en matière de responsabilité du fait des lois inconventionnelles. Dans ces deux pays, les rares hypothèses de la responsabilité de l'Etat du fait des lois se cantonnent aux actes réguliers. Concernant la loi formelle, les juges n'y ont pas encore consacré les hypothèses de la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles. Pour le moment, son application a pu fonder la responsabilité du fait des lois régulières. Dans son jugement du 12 mai 2020 précité, le tribunal administratif de Ouagadougou rappelle dans un considérant¹²¹ la légalité de la loi dont l'application a entraîné la condamnation de l'Etat burkinabè.

Concernant les actes administratifs, la situation est quasi-similaire. Le principe de la responsabilité de l'Etat pour l'acte administratif est acquis, elle est assimilée à celle du fait de la loi. Elle concerne principalement les décisions individuelles et subsidiairement les actes réglementaires. Le premier cas est beaucoup évoqué par la doctrine. Certains auteurs le mentionnent comme étant le seul à pouvoir engager la responsabilité de l'Etat à l'exclusion des actes réglementaire¹²². Il a pour origine l'arrêt Couitéas du 30 novembre 1923 qui a connu un développement en droit français. La législation, notamment la loi du 9 juillet 1991 s'en est emparée disposant que : « l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et autres titres exécutoires. Le refus de l'Etat de prêter son concours ouvre droit à réparation ». Le second cas est reconnu mais très marginal¹²³. A ce propos Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT soulignent que « la rupture d'égalité découle aussi des décisions réglementaires qui, donc non illégales et donc non fautives, causent à une personne ou à une catégorie particulière de personnes des préjudices anormaux »¹²⁴ ; mais ajoutent que « la réglementation ne devra pas entraîner une rupture d'égalité par nature ». Jean WALINE évoque la portée générale de l'acte réglementaire qui rend incertaine la satisfaction à l'exigence d'un dommage spécial¹²⁵. Sur la question, la doctrine est donc partagée puisqu'une partie la rejette.

¹²⁰ Celles consacrant la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, notamment les articles 78, 79 et 86 du traité révisé de l'UEMOA.

¹²¹ *Considérant que l'Etat décline toute responsabilité quant au préjudice résultant du manque à gagner invoqué par les requérants ; qu'en effet, non seulement les susnommés n'ont pas été révoqués (le mot remplacement par cessation de service étant plus indiqué, soutient-il), mais, en plus, ils ne sauraient contester l'application de la loi en cause, car n'ayant pas été en mesure de soulever son illégalité.*

¹²² Cf. I. D. SALAMI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 363 au sujet de l'acte administratif non réglementaire.

¹²³ J. MORAND-DEVILLER et P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 792.

¹²⁴ *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, p.522.

¹²⁵ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 605.



Au demeurant, le juge sénégalais engage la responsabilité de l'Etat pour rupture d'égalité du fait d'un acte administratif individuel dans l'arrêt Mame AC du 9 janvier 2014¹²⁶, sans pour autant faire mention de sa régularité. Mame AC a été refusée au poste de chef de service et de responsable des enseignements en raison de son statut de professeur associé alors que certains professeurs associés ont été nommés à ce poste. La violation du principe d'égalité des citoyens devant la loi ou le règlement retenue par la Cour suprême pour faire suite aux prétentions de la requérante n'a pas été qualifiée par elle. Sous cet angle les juges béninois et burkinabè sont muets sans doute pour n'avoir pas été saisis de la question ; parce qu'à défaut d'appliquer la jurisprudence sénégalaise ces derniers auraient transposé les principes du droit français¹²⁷. Ainsi, les juges ne se sont pas encore prononcés sur des cas de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles et du fait des lois ou actes administratifs inconstitutionnels, exception faite de celui du Bénin. Le Bénin donne le ton de la « responsabilité de l'Etat pour inconstitutionnalité d'un acte administratif », sans en faire une responsabilité pour faute. Le débat sur le fondement et le régime juridique de la responsabilité de l'Etat du fait des lois ne doit pas faire occulter le problème de son application qui se trouve être limitée.

II. UNE RESPONSABILITE LABORIEUSE

La responsabilité de l'Etat du fait de la loi a fait l'objet d'une rare application contrairement aux autres catégories de la responsabilité administrative qui connaissent un meilleur sort. Une évaluation de la responsabilité de l'Etat du fait des lois en droit béninois, burkinabè et sénégalais renseignent sur de multiples limites auxquelles elle serait confrontée. Ces limites se matérialisent par des obstacles à la reconnaissance (A) et une application incertaine de la responsabilité (B).

A. LES OBSTACLES A LA RECONNAISSANCE

En parlant des limites qui peuvent expliquer la faible reconnaissance de la responsabilité de l'Etat du fait des lois, on peut en déceler une pléthore. Toutefois, celles-ci peuvent être regroupées selon qu'elles ont trait aux caractères des actes qui entraînent la rupture d'égalité (1) ou bien à la posture des juges, souvent empreinte de réserve (2).

1. Les caractères des actes

La rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques peut provenir des mesures administratives régulières, des lois, des traités et des actes de gouvernement¹²⁸. Le justiciable peut engager une procédure en réparation de préjudice subi sur le fondement de la rupture d'égalité du fait de ces actes, exception faite des actes de gouvernement pour lesquels aucun contentieux indemnitaire n'est envisageable¹²⁹. Comme le souligne le juge de la Cour suprême

¹²⁶ C. sup., Mame AC c/ Recteur de l'Université YXB, Arrêt n°01 du 9 janvier 2014, Sénégal.

¹²⁷ S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif au Burkina Faso*, op. cit., p. 320.

¹²⁸ A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », op. cit., pp. 6-8.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 8.



du Bénin, cette immunité entraîne l'incompétence du juge administratif¹³⁰. Que ses activités trouvent leur fondement dans des actes de nature réglementaire ou législatif, elles ne peuvent être déférées au juge pour rupture d'égalité ou pour toutes autres raisons¹³¹. En dehors de ces actes de gouvernement, les autres notamment les mesures administratives, les lois peuvent entraîner un contentieux indemnitaire. C'est le fondement premier de la responsabilité de l'Etat législateur¹³². Toutefois leurs caractères peuvent constituer en pratique un obstacle à la reconnaissance de la responsabilité, surtout en ce qui concerne les lois

Les caractères de la loi peuvent constituer un obstacle à la reconnaissance de cette forme de la responsabilité. Les premières années de l'office des juridictions de certains pays étaient marquées par l'admission d'une responsabilité en raison des actes administratifs, comme au Cameroun¹³³. Dans l'espèce NGONGANG NJANKE Martin¹³⁴, la défunte Cour fédérale de justice pose le principe de la responsabilité de l'Etat en raison des actes administratifs. Le requérant était un ancien combattant qui percevait, à ce titre, une pension de la part de l'Etat. Dans l'impossibilité de recouvrer son droit à l'occasion de l'une des opérations de paiement, il avait introduit un recours contentieux en date en date du 14 janvier 1966 aux fins d'obtenir la condamnation de l'Etat au remboursement de la somme de 622.000 qui lui était due et qui, à ses dires, avait été versée à un tiers. La défunte Cour fédérale de justice se déclara incompétente à connaître d'un tel litige au motif que « *l'action en indemnisation n'est pas basée sur un préjudice causé par un acte administratif* ».

La réserve tenant aux caractères de la loi est un facteur à la fois historique et actuel. Historiquement, la loi est inviolable et inattaquable¹³⁵. Il en était ainsi parce que « la loi était votée par le parlement et elle ne pouvait être fautive »¹³⁶. Certes, les avancées dans la construction de l'Etat de droit réduisent la portée des immunités faites aux actes du législateur. L'encrage de l'Etat de droit a augmenté le contrôle de la loi, en permettant au juge d'examiner les effets d'actes adoptés par un organe élu¹³⁷. Mais la reconnaissance de cette responsabilité demeure subordonnée à la volonté du législateur, ce qui donne une certaine actualité à la conviction d'Edouard LAFERRIERE lorsqu'il affirmait que « la loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation¹³⁸ ». Elle n'est plus d'une portée générale mais reste valable pour ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du fait des lois. En effet, elle n'est admise que si le texte de la loi et ses travaux préparatoires ne permettent pas de penser que le législateur a entendu exclure toute

¹³⁰ C. sup., ch. adm., Arrêt du 6 octobre 2005, Léopold DAVID-GNAHOUI c/ Ministère des Affaires Etrangères et de l'Intégration Africaine-Ministère des Finances et de l'Economie et Etat béninois, n°2002-49/CA du Greffe.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Les actes réglementaires qui rompent l'égalité y sont assimilés.

¹³³ C.K. TCHAPNGA, *Précis de contentieux administratif au Cameroun...*, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁴ Arrêt n° 20 du 20 mars 1968 de la Cour fédérale de justice.

¹³⁵ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administrative*, tome 1, 3^e éd., Dalloz, 2005, p. 30.

¹³⁶ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 364.

¹³⁷ Dans les différents pays des mécanismes de contrôle de la loi ont été institués, notamment les contrôles de constitutionnalité. Cela a permis de générer de nouveaux cas de la responsabilité, notamment la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ; mais bien avant, celle du fait des lois inconstitutionnelles.

¹³⁸ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 12.



indemnisation¹³⁹. De même, la réparation est écartée lorsque la loi a cherché à réprimer des activités frauduleuses ou repréhensibles¹⁴⁰ ou a été prise dans un intérêt économique et social d'ordre général¹⁴¹.

Par ailleurs, la révérence du juge administratif à l'égard du législateur est loin d'avoir disparu¹⁴². Sur la question, presque toujours, « on en revient aux définitions de la souveraineté de la nation, de l'Etat, de la loi »¹⁴³. Ce qui fait du caractère de la loi une question aussi actuelle. La loi pose un problème de souveraineté, elle ne peut donc pas être contrôlée dans les mêmes termes que les autres textes juridiques. C'est d'ailleurs pour cela qu'une responsabilité pour faute du législateur n'est pas encore consacrée. Le juge administratif se considère sans doute comme peu légitime pour évoquer la faute du législateur puisqu'il n'est pas le juge « naturel » de la loi¹⁴⁴. Ce sentiment du juge implique une prudence et un souhait de ne pas heurter le législateur. C'est ce que le commissaire du gouvernement DEREPAS fait remarquer dans ses conclusions sur l'affaire Gardedieu lorsqu'il rappelle que « le juge administratif pour procéder à une telle opération juridique doit se baser sur une habilitation expresse » ; alors qu'il est rare que le juge administratif s'auto-limite en recherchant un fondement textuel à l'extension de son contrôle¹⁴⁵.

La question de la souveraineté soulevée par la loi n'implique pas un sentiment d'autolimitation chez le juge administratif, elle appelle des prérogatives au profit du législateur. Le législateur conserve certaines de ses prérogatives qui lui confèrent une emprise sur la construction du régime de la responsabilité¹⁴⁶. Faut-il le rappeler, les régimes issus de la jurisprudence ne valent que dans le silence du législateur. Le législateur peut instaurer des exclusions législatives de responsabilité aménageant des zones d'irresponsabilité de la puissance publique qui s'imposent au juge » ; on parle d'« exclusion législative de la responsabilité »¹⁴⁷. Le caractère de la loi, devenue attaquant, n'exclut pas un maintien de l'irresponsabilité du fait de la volonté du législateur. Il va donc arriver que le législateur instaure une irresponsabilité pour endiguer une expansion jurisprudentielle de la responsabilité qu'il considère comme inappropriée¹⁴⁸. Dans le contexte africain, une telle attitude peut trouver son explication dans le désir de protéger une administration gérée par des autorités qui contrôlent la majorité parlementaire. C'est l'expression du fait majoritaire qui influence négativement la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat du fait des lois, surtout lorsque ce fait est accompagné de la posture de réserve du juge.

¹³⁹ CE Sect. 22 nov. 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, Rec. 635 ; Jugement n°068/20 du 12/05/2020 du Tribunal administratif de Ouagadougou. Voir également D. SY, *op. cit.*, p. 371.

¹⁴⁰ CE, ass., 14 janv. 1938, *Compagnie générale de grande pêche*, Rec. 23 ; S. 1938.3.25, note Laroque ; D. 1938.3.41, note Rolland.

¹⁴¹ CE 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. 359 : blocage du prix du gaz.

¹⁴² P.E. ABANE ENGOLO, *Traité de contentieux administratif du Cameroun*, L'Harmattan, 2019, pp. 345 et 346.

¹⁴³ I. D. SALAMI, *op. cit.*, p. 364.

¹⁴⁴ K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien*, L'Harmattan, 2020, p. 48

¹⁴⁵ H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 237

¹⁴⁶ M. ONDOA et P.E. ABANE ENGOLO (s. dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Actes du colloque de 2015, Yaoundé, L'Harmattan, 2016, p. 10.

¹⁴⁷ H. BELRHALI, *op. cit.*, p. 237

¹⁴⁸ *Ibid.*



2. La posture des juges

La posture du juge a contribué à entretenir une idée qui était peu favorable à l'admission d'une responsabilité du fait des lois qui ne repose pas sur une faute du législateur. Comme le rappelle Jean WALINE, « on pensait que le juge ne saurait faire découler d'une loi une responsabilité sans faute sans ajouter à la volonté du législateur, c'est-à-dire se substituer à lui »¹⁴⁹. C'est pourquoi jusqu'en 1938, « le juge refusait de reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait du législateur »¹⁵⁰. Certes, la posture du juge a évolué sur la question mais dans des proportions bien mesurées. Cette pensée commande une réserve de la part du juge et pourrait justifier, encore aujourd'hui, la rareté des cas de cette forme de responsabilité. Mais seulement dans un contexte où le juge est saisi de problèmes relatifs à l'activité législative de l'Etat, devant le conduire à choisir entre une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute.

Dans les pays africains, particulièrement au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal ; la crainte d'une substitution du juge au législateur ne peut être valablement retenue. Parce qu'elle doit reposer sur des faits tangibles qui permettent de tirer une telle conséquence. Une telle perception serait purement théorique pour l'instant. Cependant, on peut se faire une idée assez claire du problème qui se posera à l'épreuve, celui de la panne du juge et de la justice elle-même¹⁵¹. En fait, « quelle que soit la manière dont on envisage le problème du juge en Afrique, on ne peut éviter de partir de constat malheureusement bien amer »¹⁵². La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat législateur ne fera pas une exception. Cet état de fait s'explique par quelques facteurs que la doctrine met suffisamment en évidence¹⁵³. Deux de ses facteurs retiennent notre attention.

Premièrement, le juge ne se prononce pas assez sur la responsabilité de l'État en général et sur celle du fait du législateur en particulier. Il n'est pas suffisamment saisi parce que « la perception africaine de la fonction administrative » entraîne une emprise de l'administration sur les administrés. Cette emprise limite les saisines du juge et offre peu de perspectives à l'application de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. La conception personnalisée que l'on se fait de la fonction du représentant de l'Etat proscrie toute idée de recours contentieux contre ses décisions¹⁵⁴. En effet, les recours contre les décisions des autorités administratives prennent souvent l'allure d'une inadmissible attaque personnelle ; si bien que l'administré qui s'estime lésé dans ses droits aura tendance à recourir volontiers au « dialogue » ou à la « palabre » africaine, plutôt qu'au juge¹⁵⁵. Par ailleurs, il convient de signaler que le cadre juridico-institutionnel d'application pourrait se prêter à un amenuisement des incidences du mécanisme

¹⁴⁹ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 605.

¹⁵⁰ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 364.

¹⁵¹ R. MOUTÉKÉ et I. LOCKO, « Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue » ; in *droits de l'homme en Afrique centrale*, colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, ed. Ucac-Karthala, 1996, p. 169. Les auteurs dressent un constat pathétique, mais assez objectif de la situation de la justice au Congo ; valable pour la grande majorité des États africains.

¹⁵² A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *op. cit.*, p. 1.

¹⁵³ S. YONABA, « L'accès à la justice », *RBD* n° 13, janvier 1988, pp. 138 – 191.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*



de la responsabilité. Cet environnement semble ne pas être propice au libre exercice de l'office du juge administratif qui ne dispose d'appui communautaire.

Le droit communautaire ouest africain n'a pas encore consacré la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Ce vide est une limite au développement du mécanisme dans les différents pays dont le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal. En effet, la primauté du droit communautaire bénéficie à la jurisprudence communautaire qui aurait servi de standard de nivellement par le haut à l'office des juges nationaux. On peut bien constater que dans d'autres espaces juridiques, la base communautaire de cette forme de responsabilité a influencé la posture des juges nationaux et suscité leur audace. En droit européen, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé en 1991 dans les affaires *Francovich* et *Bonifaci*¹⁵⁶ que les Etats membres devaient réparer les dommages qu'ils causent aux particuliers en violant le droit communautaire et a précisé en 1996 dans les affaires *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*¹⁵⁷ qu'il en allait ainsi même si la violation était imputable au législateur national¹⁵⁸. Dès lors, les juridictions nationales ont fini par s'incliner et toutes admettent l'existence d'une responsabilité du fait des lois contraires au droit de l'Union. Une telle base dans le droit communautaire ouest africain aurait contraint les juges sénégalais et burkinabè à créer un nouveau cas de la responsabilité du fait des lois, comme leur collègue béninois, au lieu de se comporter comme un simple serviteur de la loi tenu de sa juste application¹⁵⁹. La posture du juge est une entrave à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Toutefois, ses limites ne se constatent pas exclusivement à ce niveau, elles se manifestent également au niveau de son application.

B. UNE APPLICATION INCERTAINE

La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait des lois appelle de multiples conditions. L'absence de ces conditions constitue un obstacle au bénéfice du droit à réparation. En outre, la réparation peut connaître des effets limités pour des raisons diverses. L'application de la responsabilité trouve donc des obstacles pratiques dans les modalités de la mise en œuvre qui sont contraignantes (1) et les effets qui sont limités (2).

1. Les conditions de l'application

La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait des lois est subordonnée à un certain nombre de conditions qui émanent de la jurisprudence *La Fleurette*. Celle-ci ouvre droit à l'indemnisation d'un préjudice causé par la loi et les actes administratifs et pose de nombreuses conditions pour que l'indemnisation ait lieu¹⁶⁰. Le cas de responsabilité de la jurisprudence *La Fleurette* a été repris dans bon nombre d'Etats d'Afrique francophone par les juridictions, et

¹⁵⁶ CJCE, 19 nov. 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Mme Bonifaci*, AJDA 1992. 143, note P. Le Mire.

¹⁵⁷ CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-01029, 1150, pts 55 s., AJDA 1996. 489, étude D. Simon.

¹⁵⁸ P. BON, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles. Présentation », *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁹ S. YEDOH LATH, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, n°5/2011, pp. 1255 – 1256, cité par O. FANDJIP, Les mutations récentes de la justice administrative en Afrique francophone..., *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁰ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 364.



dans quelques rares cas par le législateur¹⁶¹. Il obéit ainsi à des conditions tenant à la volonté du législateur et aux caractères du préjudice qui peuvent constituer un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait des lois¹⁶².

Premièrement, le législateur ne doit pas avoir entendu exclure toute indemnisation¹⁶³. En d'autres termes, « il faut que la loi n'ait exclu ni implicitement ni explicitement tout droit à réparation »¹⁶⁴. Cela signifie que ni dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires, on ne doit pouvoir déceler l'intention du législateur d'exclure une réparation des dommages que la loi peut causer¹⁶⁵. Le CE français continue d'exclure la responsabilité quand le législateur a marqué son intention de ne pas indemniser¹⁶⁶. Cependant, il a abandonné sa jurisprudence traditionnelle¹⁶⁷ depuis 2003¹⁶⁸ et 2005¹⁶⁹. De ce fait la victime « n'obtiendra pas réparation seulement si la loi a expressément exclu toute indemnisation »¹⁷⁰. Les droits béninois, burkinabè et sénégalais n'ont pas suivi cette inflexion et maintiennent la condition telle qu'elle avait été posée dans la jurisprudence *La Fleurette*. En droit sénégalais, cette condition est reprise par le législateur à l'article 142 a du code des obligations de l'administration¹⁷¹. En droits béninois et burkinabè, les législateurs sont muets sur la question. On peut alors se référer à une rare jurisprudence en la matière. Le juge béninois, quand bien même il est favorable à la réparation des préjudices nés de l'application de la loi ou de l'acte administratif, est muet sur la question des conditions. On peut le constater dans quelques-unes de ses décisions qui ont gardé les mêmes contenus approximatifs. Outre les affaires NOUBADAN et INDICO SA, la chambre administrative de la Cour suprême béninoise avait dans un arrêt du 8 juillet 2004 accordé une réparation à un justiciable victime de tortures et de sévices au cours de son arrestation¹⁷². Par contre, le juge burkinabè l'a fait en posant la condition sus-évoquée mais sans effort d'émancipation vis-à-vis de la jurisprudence *La Fleurette*¹⁷³.

Deuxièmement, le bénéfice de la réparation sur le fondement d'une rupture d'égalité devant la loi exige que le dommage ait un caractère anormal et spécial¹⁷⁴. Le caractère anormal du

¹⁶¹ D. SY, *Droit administratif, op. cit.*, p. 332.

¹⁶² K. DOUMBIA, *Le contentieux administratif malien, op. cit.*, p. 600.

¹⁶³ I. D. SALAMI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 364.

¹⁶⁴ D. SY, *Droit administratif, op. cit.*, p. 332.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ M. DEGOTTE, *Droit administratif*, 4e éd., Coll. Cours magistral, Paris, Ellipses, 2020, p. 406.

¹⁶⁷ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 606.

¹⁶⁸ CE 30 juillet 2003 Association pour le développement de l'aquaculture en région centre et autres, *RFDA* 2004, p. 14, concl. Fr. Lamy, P. Bon, *RFDA* 2004, p. 156, note Pouyaud, *AJDA* 2003, p. 1815, chr. Donnat et Casas.

¹⁶⁹ CE 2 nov. 2005, *Sté coopérative agricole Ax'ion*, *AJDA* 2006. 142, chron. Landais et Lenica.

¹⁷⁰ Michel DEGOTTE, *op. cit.*, p. 406.

¹⁷¹ Cet article dispose que : « Les tiers peuvent également obtenir la réparation d'une partie du dommage anormal et spécial qui leur est causé : a) Par l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier lorsque le législateur n'a pas exclu explicitement toute réparation, et que la mesure, bien que prise dans l'intérêt général, a pour effet d'avantager anormalement un groupe de particuliers et de désavantager gravement les demandeurs ».

¹⁷² Arrêt n°98-31/CA du 8 juillet 2004, C. sup., ch. adm., TOKO Bamenou Michel c/ Etat béninois.

¹⁷³ Dans l'affaire X et quatre autres précitée, le juge burkinabè considère, en reprenant la formule du juge français à travers l'expression, de jurisprudence constante ; que la responsabilité sans faute de l'Etat (fondée sur la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques) est engagée, lorsque qu'il n'apparaît aucunement que le législateur a entendu expressément ou implicitement exclure tout droit à indemnisation.

¹⁷⁴ Cette condition est posée par l'article 142 du code des obligations de l'administration au Sénégal. Au Bénin et au Burkina Faso, c'est le juge qui l'a rappelée à l'occasion de rares affaires.



dommage signifie qu'il doit excéder les inconvénients inhérents au fonctionnement d'un service, les servitudes qu'impose toute vie collective¹⁷⁵. Le caractère spécial implique que le dommage soit « particulier à la ou les victimes, et non commun à l'ensemble des membres d'une collectivité »¹⁷⁶. Puisqu'il n'y aurait « aucune rupture de l'égalité devant les charges publiques si chacun subit ce préjudice »¹⁷⁷. Cela s'entend du fait que le dommage doit frapper une catégorie réduite de personnes, et particulièrement grave¹⁷⁸. Cette exigence est aussi reprise en droits béninois, burkinabè et sénégalais. Selon Ibrahim David SALAMI, il arrive que le juge privilégie une conception abstraite du préjudice dont l'existence s'interfère de la seule anormalité du dommage ; mais cela se passe de manière ponctuelle¹⁷⁹. Ce qui laisse subsister les incertitudes tenant à l'exigence d'un caractère spécial et anormal pour sa réparation. Les conditions telles que définies peuvent constituer un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité. Parce que « chaque fois que le législateur vote une loi dans un but d'intérêt général, il est présumé exclure toute indemnisation ». De même la condition de spécialité s'y trouvera rarement remplie parce qu'il est rare qu'une loi frappe une catégorie réduite de personnes¹⁸⁰. Le propre de la loi est de « disposer de la manière la plus générale qui soit »¹⁸¹. Etablir son caractère spécial ne sera pas toujours aisé. De même son caractère anormal exige une faute lourde, à l'exclusion d'une faute de moindre ampleur¹⁸². L'exigence d'un préjudice spécial et anormal « limite la responsabilité de l'administration et maintient une irresponsabilité en deçà du seuil de l'anormalité »¹⁸³ dont les précisions nécessaires à sa compréhension ne sont pas encore clairement établies¹⁸⁴. Cela concourt, avec d'autres facteurs, à l'amenuisement des effets de la responsabilité du fait des lois.

2. Les effets de l'application

D'un point de vue matérielle, la responsabilité de l'Etat du fait des lois a un effet limité. Parce qu'elle ne concerne pas toutes les lois. Si théoriquement, elle peut concerner toutes les lois, il en va différemment de la pratique. En effet, la satisfaction de la condition de spécialité s'avère improbable pour certaines lois, notamment les lois constitutionnelles. La profusion des lois constitutionnelles procédant à la révision des constitutions constitue également un obstacle à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Si le juge peut paraître plus audacieux vis-à-vis de la loi ordinaire il peut en être différemment de la loi constitutionnelle qui a une valeur supérieure. Du fait de la multiplication des lois constitutionnelles ayant procédé à la révision des constitutions dans certains pays d'Afrique francophone, la question s'est posée de savoir si les principes définis concernant les lois ordinaires pouvaient être étendus à l'intervention d'une loi constitutionnelle. Face à la même question soulevée par la doctrine¹⁸⁵,

¹⁷⁵ J. WALINE, *op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁶ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 551. .

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ I. D. SALAMI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 364.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 365.

¹⁸⁰ J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif, op. cit.*, p.789.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² H. BELRHALI, *Responsabilité administrative, op. cit.*, p. 52.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON et F. POULET, *op. cit.*, p.789.

¹⁸⁵ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT et autres, *op. cit.*, p. 298.



deux réponses avaient été apportées. Au plan théorique, rien n'exclut la possibilité de réparation d'une rupture d'égalité causée par une loi constitutionnelle. Toutefois, il est peu probable qu'une disposition constitutionnelle dont la portée est en principe générale, puisse causer un préjudice anormal et spécial. Cela conforterait le juge dans sa réserve à engager la responsabilité de l'Etat. Toutefois, la limite des effets de la responsabilité va au-delà des actes qui ne se prêtent pas au respect des modalités de mise en œuvre de la responsabilité du fait des lois.

La responsabilité de l'Etat du fait des lois peut être écartée. En effet, plusieurs faits ou événements peuvent exonérer ou atténuer la responsabilité de la personne publique, notamment la force majeure, le fait de la victime, le fait d'un tiers¹⁸⁶. Selon Charles DEBBASCH, il y a force majeure lorsqu'on est en présence d'un événement à la fois imprévisible, irrésistible et extérieur à la volonté des parties en présence¹⁸⁷. Le fait extérieur à l'auteur du dommage est imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses effets¹⁸⁸. Elle fait l'objet d'une interprétation rigoureuse par la jurisprudence qui ne l'admet que très rarement¹⁸⁹. La force majeure, lorsqu'elle est admise, exonère de leur responsabilité les personnes publiques, que cette responsabilité soit fondée sur la faute, le risque ou la rupture de l'égalité devant les charges publiques, sauf si et dans la mesure où les conséquences dommageables de la force majeure ont été aggravées par le fait de la personne publique, notamment par les défauts ou les insuffisances des travaux exécutés par l'administration¹⁹⁰. Ainsi, la force majeure lorsqu'elle est établie exclut l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait des lois, bien qu'il s'agisse d'une responsabilité sans faute. Ce qui pourrait constituer un obstacle à l'application de cette responsabilité. Tout de même, l'incidence serait gardée dans des proportions réduites parce que la jurisprudence est restrictive¹⁹¹. Il en va différemment du fait de la victime.

Le fait de la victime est également une cause exonératoire de la responsabilité qui opère même quand elle concerne celle du fait des lois. D'ailleurs, le fait de la victime est toujours une cause d'exonération de la responsabilité publique fondée sur la rupture de l'égalité des charges publiques ou le risque¹⁹². Par fait de la victime, la jurisprudence entend non seulement celui direct et personnel du demandeur en réparation, mais également celui des personnes qui engagent ce demandeur, à l'exemple du préposé. Ce peut tout d'abord et bien évidemment être une faute commise par la victime, une imprudence ou une négligence de la victime. Ainsi, n'est pas fondée à obtenir réparation, une personne qui se lance dans une entreprise en n'ignorant pas qu'une action administrative déjà décidée comporte pour cette entreprise des risques qui, s'ils se réalisent, lui causeront un dommage. Le fait de la victime doit résulter des pièces du dossier ou de la conviction du juge, sinon il doit être prouvé par l'auteur du dommage. Le fait de la victime peut présenter des degrés différents ; le juge doit en tenir compte en s'inspirant du vieil adage " *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*". D'ailleurs, si le fait de la victime est la

¹⁸⁶ D. SY, *Droit administratif*, op. cit., p. 480.

¹⁸⁷ C. DEBBASCH, *Institutions et droits administratifs*, tome 2, 4^e éd., PUF, Coll. Thémis, 1998, p. 407.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », op. cit., p. 15.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ M. ROUSSET, A. BELHAJ, D. BASRI et J. GARAGNON, *Droit administratif marocain*, op. cit., p. 660.

¹⁹² D. SY, op. cit.



cause unique du dommage, la responsabilité de la puissance publique est entièrement dérogée¹⁹³.

Une autre difficulté se pose au sujet de l'exécution de la réparation de la rupture d'égalité eu égard au fait qu'elle incombe à l'Etat condamné, le cas échéant. En fait, elle repose sur une équation que Ibrahim David SALAMI pose en ces termes : « l'administration défenderesse dans un procès peut-elle s'empresse d'exécuter une décision de justice qui l'a vue capituler ? »¹⁹⁴. Le droit de la responsabilité administrative ne comporte pas de techniques pour régler les difficultés d'exécution des décisions de justice ; laissant peu de chance à une indemnisation des préjudices subis du fait des activités législatives des Etats¹⁹⁵. En droit privé, le juge dispose de moyens de contrainte contre les justiciables pour garantir l'exécution des décisions qu'il prend, notamment les injonctions, les saisies et les astreintes.

Le juge sénégalais ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration. Il en va de même du juge burkinabè. Dans un arrêt de 2007¹⁹⁶, la Cour suprême du Sénégal rappelle, dans les termes de l'article 74 du code des obligations¹⁹⁷. La règle énoncée reçoit de part et d'autre des aménagements. Le juge sénégalais postule que « lorsque les agissements de l'administration s'accomplissent en dehors du champ du droit et constituent une voie de fait, l'administration perd toutes ses prérogatives de puissance publique et devient susceptible d'être condamnée à une obligation de faire... ». Au Bénin, la possibilité de telles mesures est maintenue devant la Cour suprême¹⁹⁸. Mais ces aménagements ne garantissent pas le cas échéant une exécution effective des décisions de la juridiction administrative. Parce que l'exécution des mesures d'astreinte là où elles existent, dépend encore de l'administration qui n'a souvent pas la volonté de les exécuter¹⁹⁹. L'astreinte est versée au trésor public, en d'autres termes entre les mains de l'Etat « rebelle »²⁰⁰. De plus, c'est l'Agent judiciaire du trésor qui engage les procédures de liquidation des astreintes. Ce qui pourrait conduire à un blocage de l'exécution des mesures²⁰¹.

Conclusion

La responsabilité de l'Etat du fait des lois est une des catégories de la responsabilité administrative sur lesquelles les juridictions administratives demeurent « peu visibles, voire inexistantes », en Afrique francophone²⁰². Le mécanisme fait l'objet d'une faible reconnaissance et d'une rare application, mais l'idée que l'Etat peut « faire mal » à travers ses

¹⁹³ A. ANABO MBO, « La responsabilité sans faute de la puissance publique », *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁴ I. D. SALAMI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 481.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Cour suprême du Sénégal, ISRA c/ Assane DIAGNE, Arrêt n° 38 du 18 avril 2007.

¹⁹⁷ Cet article dispose que : « Le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration. Il ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire ».

¹⁹⁸ I. D. SALAMI, *op. cit.*, p. 483.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 485.

²⁰¹ Cf. C. sup., ch. Adm., Nikiéma Casimir : 10 janvier 1969 et 13 février 1970. In S. YONABA, *op. cit.*, p. 33.

²⁰² T. HOLO, « Requiem pour la Chambre administrative », *RBSJA* n° 10, juillet 1988, p. 10.



activités normatives est clairement établie²⁰³. Toutefois, l'idée n'est pas encore élargie à toutes les hypothèses possibles²⁰⁴ parce que certaines ont été développées récemment²⁰⁵. L'examen de la question nous a conduit à questionner successivement le processus de consécration de cette catégorie de la responsabilité administrative ainsi que son application au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal. Elle bénéficie d'une faible reconnaissance et doit faire face à de multiples obstacles tenant aussi bien à l'office du juge qu'aux justiciables. Cela se matérialise par une quasi absence des saisines du juge censées lui permettre d'affirmer son autorité, de manifester ses réelles capacités²⁰⁶.

Le contexte dans lequel le juge exerce son office à évoluer et les exigences des administrés encore plus grande²⁰⁷. Lorsque les juges béninois, burkinabè et sénégalais ont été saisis, ceux-ci ont manifesté une volonté d'assurer la protection des administrés face aux préjudices que l'activité normative de l'Etat peut entraîner²⁰⁸. Cette attitude constitue une perspective positive pour le chantier de l'Etat de droit²⁰⁹. Outre la rareté de l'application de la responsabilité de l'Etat du fait des lois, il se pose le problème de la motivation des décisions des juridictions administratives²¹⁰. Elles se bornent dans leur quasi-totalité à accorder la réparation ou la refuser, sans se livrer à un exercice d'explication. Or une motivation adéquate des décisions contribuerait à leur lisibilité, à l'éducation des justiciables et à la restauration de la confiance envers la justice²¹¹. Aux moyens de cet exercice pédagogique, il est donc attendu du juge qu'il éclaire suffisamment les justiciables sur les contours du mécanisme. Toute chose indispensable au développement du contentieux y relatif et à l'encrage de l'Etat de droit²¹².

²⁰³ B. DELAUNEY, « Droit de la responsabilité administrative et droit comparé », in *La responsabilité administrative*, Travaux de l'AFDA, tome 6, Paris, Lexis Nexis, p.45-64.

²⁰⁴ H. BELRHALI-BERNARD, « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *op. cit.*, p. 562.

²⁰⁵ T. DUCHARME, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées contraires à la constitution*, *op. cit.*, *passim*.

²⁰⁶ B. DELAUNEY, *op. cit.*, *passim*.

²⁰⁷ P. SOGLOHOUN, « L'office du juge dans le contentieux de la responsabilité administrative au Bénin, au Burkina Faso, Niger », *op. cit.*, p. 35.

²⁰⁸ D. SY, « Ecrire, dire et comprendre le droit administratif en Afrique. Une approche juridique et sociologique », *Droit sénégalais*, n° 11 « Dire le droit en Afrique francophone », 2013, p. 296.

²⁰⁹ J.-M. BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration », *op. cit.*, p. 70.

²¹⁰ M. DIAKHATE, « La motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone », *Revue électronique Afrilex*, avril 2019, pp. 18-31.

²¹¹ En fait, le droit d'être entendu par le juge oblige ce dernier à prouver, par une motivation adéquate du jugement, qu'il a bien entendu et examiné les différents arguments et prétentions des parties. Voir D. SY, « Droit administratif et communicabilité en Afrique », *Revue électronique Afrilex*, décembre 2013, pp. 13-14.

²¹² A.B. RHOUMA, *La motivation des décisions administratives en Tunisie*, L'Harmattan, 2016, p. 18.