

Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs au Sénégal

PAR

CHEIKH MBACKE NDIAYE

Docteur en Droit public

Magistrat

Attachement institutionnel : Substitut du Procureur de la République près le TGI de Kolda

E-mail : cheikhmbackendiaye@yahoo.fr

Introduction

Les juges constitutionnels, dans leur mission de protection de « la légalité constitutionnelle »¹, interviennent dans les rapports entre les pouvoirs publics, mais aussi dans les relations entre les pouvoirs publics et les administrés. L'ordre constitutionnel bien que gardant sa version classique, celle de traiter des institutions, des trois pouvoirs identifiés par la théorie constitutionnelle intègre aujourd'hui les droits et libertés proclamés et adoptés par les Etats². La Constitution devient donc normative et accède au rang du « bloc de la légalité » qui s'impose à l'administration. D'ailleurs la notion de « bloc de constitutionnalité » est inspirée de la notion de « bloc de légalité ». De ce fait, l'ordre constitutionnel met par moment en relation l'administration dans un rapport objectif, avec d'autres sujets de droit.

Les juges ont vocation d'apprécier, et le cas échéant, de sanctionner au détriment de l'administration l'irrégularité de ces rapports³. Si le Sénégal n'échappe pas à ce constat, il n'en demeure pas moins que l'appréciation juridictionnelle des rapports relève de plusieurs juges. En effet, le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs peut être exercé par la chambre administrative de la Cour suprême dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, mais aussi par les Cours et tribunaux⁴. Ces derniers ont compétence, dans certains cas, pour apprécier la légalité et la constitutionnalité des actes administratifs, et même, selon la Cour de cassation française, des actes non réglementaires. Jusqu'ici, le contrôle par le juge ordinaire n'est pas très développé. Cet état de fait de pauvreté de ce contentieux se justifie assez largement sans doute, parce qu'au Sénégal, les praticiens du droit manifestent une certaine répugnance à exploiter les possibilités les voies de recours instituées à cet effet. Sans aller jusqu'à embrasser trop la matière constitutionnelle, la haute juridiction administrative ne se prononce pour l'essentiel que sur des contentieux relatifs aux élections, aux litiges d'ordre professionnel, aux questions foncières et, dans une certaine mesure, à la fonction publique⁵. Cependant, la faiblesse quantitative de ce contentieux ne met pas le voile sur sa richesse qualitative. Le juge de

¹P. PACTET et F.MELIN SOUCRAMANIER, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 29^{ème} édition, *Droit*, 2010, p. 65.

² M. WALINE, « La violation de la déclaration des droits de l'homme, moyen d'excès de pouvoir, note sous le Conseil d'Etat, 7 juin 1957, Condamine », *RDP*, 1958, p. 99.

³ Voir B. D. COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2013, pp. 1-37.

⁴ C. M. NDIAYE, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, Thèse de doctorat, UCAD 2016, pp 185 et suivants.

⁵Cour suprême, *Bulletin des arrêts*, N°1, Année judiciaire 2008-2009, décembre 2011 partie Chambre administrative, pp. 67-151.

l'administration a eu, à se pencher sur des cas de conformité des actes administratifs à l'ordre constitutionnel, cas qui méritent d'être examinés. Dans cette mission de vérification de la constitutionnalité de l'acte administratif, ses pouvoirs s'exercent sur l'étendue de son office (A), qui à d'autres égards, connaît des limites (B).

A- L'office du juge

Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs peut, à l'instar du contrôle de constitutionnalité des lois, porter sur la constitutionnalité externe de l'action administrative. Cette prise en compte de la constitutionnalité externe peut se doubler d'un contrôle interne. Ainsi, saisi d'un recours visant la constitutionnalité d'un acte administratif, le juge apprécie la validité de l'acte par rapport à sa constitutionnalité tant externe (I) qu'interne (II).

I- La constitutionnalité externe

La Constitution contient un certain nombre de règles qui renvoient à la constitutionnalité externe des actes administratifs. Elles sont relatives au respect des compétences, des formes et des procédures qui entourent l'acte. En France, le Conseil d'État a bien fixé le domaine du pouvoir réglementaire du Président de la République en affirmant dans l'arrêt *Sicard* qu'« à l'exception des décrets délibérés en Conseil des ministres, le Président de la République n'exerce pas le pouvoir réglementaire et ne signe donc pas les décrets de nature réglementaire »⁶. Au Sénégal, la Constitution du 22 janvier 2001 a prévu un domaine de compétences propres dévolues au Président de la République. Ainsi, la signature des ordonnances et des décrets est-elle de la compétence du Président de la République⁷. Le Président de la République nomme aux emplois civils et militaires.⁸ Il exerce le droit de grâce⁹. Cette compétence du Président de la République en tant qu'autorité centrale s'étend sur l'ensemble du territoire national¹⁰. De la pratique jurisprudentielle il résulte que, la compétence matérielle du Président de la République étant fixée par les textes, celui-ci ne serait pas fondé à intervenir dans un domaine de compétence dévolu à une autre autorité administrative. Dans l'affaire *Aminata Sall et autres*¹¹ rendue le 05 juillet 1979, l'ancienne Cour suprême a sanctionné l'incompétence du Président de la République à prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des requérants alors que ce pouvoir est dévolu au Conseil provisoire de l'université. D'ailleurs, les règles de compétence

⁶CE, Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, *Rec. CE*, p. 279, concl. Ordonneau ; *AJDA* 1962, p. 295, chron. Galabert et Gentot

⁷Article 43 al. 1 de la Constitution du 22 janvier 2001

⁸Articles 44 et 45 de la Constitution du 22 janvier 2001

⁹Article 47 de la Constitution du 22 janvier 2001.

¹⁰CS 29 janvier 1975 *Séga Seck Fall*, *Penant*, 1976, p. 415, note Lapeyre.

¹¹CS, 5 juillet 1979 *Aminata Sall et autres*, in J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions la jurisprudence administrative sénégalaise*, Tome I, contentieux général de la légalité, Dakar, RIPAS, 1984, pp. 85-94.

ne présument pas. Elles ont un caractère d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles peuvent être soulevées d'office par le juge¹². Le Premier ministre peut exercer le pouvoir réglementaire en vertu d'une délégation de compétence du Président de la République, il en est de même des autres membres du gouvernement¹³. En outre le Premier ministre peut prendre des décisions par décret sur autorisation du Président de la République¹⁴. Les autres membres du gouvernement ne disposent pas du pouvoir réglementaire sous réserve de ce qui concerne l'organisation de leur service¹⁵ et en vertu d'une délégation de compétence du Premier ministre¹⁶.

Le Constituant a aménagé certaines règles de procédure qui s'imposent aux autorités administratives. Ces règles de procédures permettent soit de garantir les droits et libertés constitutionnels des administrés, soit d'éclairer l'autorité administrative lors du processus de prise de sa décision. Le pouvoir de nomination du Président de la République aux emplois de la fonction publique conféré à lui par la Constitution, ne peut être mis en œuvre sans recours préalable à la formalité de consultation du Conseil supérieur de la fonction publique pour avis¹⁷. L'omission de l'avis de cet organe entraîne l'incompétence du Président de la République. Une telle interprétation garantit assurément les droits et libertés des fonctionnaires, qui sont associés au processus de nomination dans la fonction publique par l'intermédiaire du Conseil supérieur de la fonction publique qui est leur organe représentatif. Ce dernier doit être un co-auteur¹⁸ des décrets qui interviennent dans la gestion de la fonction publique¹⁹. Relativement aux règles de

¹² CS, 27 mai 1981 Amadou lamine BA, *RIPAS*, N° 4, p. 402.

¹³ Article 50 al. 1 de la Constitution du 22 janvier 2001.

¹⁴ Article 50 al. 2 de la Constitution du 22 janvier 2001.

¹⁵ CE, 7 février 1936, Jamart, *in* M. LONG et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e édition, Paris, Dalloz, 2011, p. 300

¹⁶ Article 57 de la Constitution du 22 janvier 2001.

¹⁷ Ainsi, la violation de la procédure consultative est sanctionnée par le juge dans l'affaire *Souleymane Sidibé et Amicale des Administrateurs Civils du Sénégal*. Dans cette affaire, les requérants avaient saisi la Cour suprême d'une requête visant à faire annuler les décrets N° 73-354 du 14 avril 1973 abrogeant et remplaçant le 2^e alinéa de l'article 1^{er} du décret N°72-1172 du 29 septembre 1972 portant nomination de Tidiane AW et Adrien SENGHOR dans le corps des administrateurs civils et N°73-1030 du 19 novembre 1973 portant régularisation de la situation de Tidiane AW et Adrien SENGHOR. Les requérants invoquaient la violation de l'article 18 de la loi N° 61-33 du 15 juin 1961 relative au statut général des fonctionnaires qui prévoit que « le Conseil supérieur de la fonction publique donne son avis sur toutes les questions intéressant les fonctionnaires ou la fonction publique sénégalaise. Il est notamment appelé à donner son avis sur les projets de statuts particuliers des divers cadres de fonctionnaires ». Dans sa réponse, la Cour après avoir constaté que les décrets incriminés « n'ont pas été soumis à l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique », en déduit qu'« ayant été adoptés suivant une procédure irrégulière » encourent l'annulation. Dans l'espèce, l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique est une formalité substantielle. Le professeur J. M. NZOUANKEU, soutient que la Cour suprême a interprété l'article 18 de la loi N° 61-33 du 15 juin 1961 comme instituant un régime d'avis obligatoire. J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, précité, p. 104.

¹⁸ P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteur d'un acte unilatéral en droit administratif français », *in Recueil en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 215-220.

¹⁹ Cette jurisprudence de l'ancienne Cour suprême sera appliquée par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Momar Guèye*. Le juge a annulé un arrêté du ministre de l'Environnement et de la Protection de la nature mettant fin aux fonctions d'un agent pour non sollicitation d'avis conformes, une formalité que la procédure de recrutement

forme, il convient de noter que la signature qui atteste l'exercice de la compétence est une formalité obligatoire. Dans l'exercice du pouvoir réglementaire qui résulte du domaine conféré au règlement par la Constitution, les actes édictés par les autorités administratives doivent être signés par leur auteur ou par celui qui a régulièrement reçu une délégation de signature²⁰. Par conséquent, une décision administrative non signée est inexistante et ne peut produire d'effets juridiques, même si elle a été notifiée²¹. Dans *l'affaire ASC Dial Diop Municipalité Club*, le juge sénégalais a conclu à l'inexistence de l'acte administratif, l'objet d'un recours en

impose au ministre. Dans cette affaire, le juge a sanctionné le non-respect du principe de parallélisme des formes. Cependant, dans *l'affaire Mbacké Fall et Cheikh Ndiaye c. /Etat du Sénégal*, le Conseil d'Etat fera montre de flexibilité à propos de consultation obligatoire du Conseil supérieur de la Magistrature pour l'affectation des concernés. L'article 10 de la loi N°92-26 du 30 mai 1992 relative au fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature dispose que « pour les nominations des magistrats, l'avis du Conseil supérieur est donné sur les propositions du Gardé des sceaux, ministre de la Justice après un rapport fait par un membre du Conseil ». En l'espèce, le Conseil se contente d'une déclaration publique faite par un des membres du Conseil pour conclure à l'accomplissement de la formalité, alors que celle-ci est substantielle. Par ailleurs, dans *l'affaire Ndiogou SALL*, l'inobservation de la procédure contradictoire qui aurait permis au concerné faisant l'objet d'une sanction administrative, de présenter sa défense a été sanctionnée par le juge. Auparavant, dans *l'affaire Doudou Kane*, le juge a procédé à la vérification de la formalité relative à la procédure contradictoire. En l'espèce, le requérant soutenait que l'administration a violé les règles de la procédure contradictoire. Pour se défendre l'autorité administrative fait connaître au juge qu'un procès-verbal de la contravention commise par le sieur KANE a été dressé et notifié à lui. Dans sa réponse, le juge précise : « attendu qu'il résulte des pièces du dossier que le sieur KANE Doudou a été entendu suivant procès-verbal du 9 mai 1958 ; qu'il a été mis à même de connaître les griefs articulés contre lui, et de présenter ses moyens de défense ». La contestation du procès-verbal établi par l'administration s'opérant difficilement par la procédure d'inscription en faux, comme le fait remarquer le Professeur J. M. NZOUANKEU, il était donc douteux que la seule notification dudit document établi par l'administration à l'intéressé puisse lui permettre d'assurer convenablement sa défense. La procédure contradictoire est l'une des garanties offertes aux administrés en cas de sanction, ainsi corrélativement, l'acte administratif édicté suivant cette procédure doit être obligatoirement motivé. Certes, la flexibilité à propos du respect de la procédure contradictoire a entraîné comme un effet de contagion, une vérification laconique du respect de l'obligation de motiver. La motivation ne garantit efficacement les droits et libertés du mis en cause que si, la seule lecture de l'*instrumentum* renseigne sur les motifs complets de l'acte. Dans l'espèce, pour répondre à ce grief relative au défaut de motivation, le juge l'écarte en appliquant la technique de la motivation par référence en ces termes : « attendu que si l'arrêt attaqué...n'est assorti d'aucun motif propre, il a été pris conformément à l'avis de la commission prévue à l'arrêté susvisé N° 6138/M du 24 juillet 1956 ; qu'ainsi le moyens sus-analysé manque en fait ». Le juge se fonde sur l'avis de la commission pour conclure à l'accomplissement de la formalité de motivation. En l'espèce, la seule référence à l'avis de la commission suffit pour que la formalité de la motivation soit accomplie par l'autorité administrative. Cette manière de procéder n'épargne pas le requérant de la mystique du secret qui contraste avec l'essor de la démocratie administrative ayant pour trame majeure la communication, c'est-à-dire le droit d'être informé dont le juge est garant comme l'a rappelé la Cour suprême dans *l'affaire Birassy Guissé et autres* en exigeant une motivation « spéciale et précise ». A d'autres égards, une confusion flagrante entre « motifs » et « motivation » est entretenue par le juge. Le requérant, à travers le moyen invoqué ne conteste nullement les motifs de l'acte comme le semble indiqué ce passage l'arrêt. Tout acte administratif a des motifs, ceux peuvent être avoués ou non, exacts ou inexacts. Ces motifs sont de deux sortes : les motifs de fait, c'est-à-dire les faits objectifs antérieurs et extérieurs à l'acte et qui le rendent possible ; et les motifs de droit, qui sont les éléments de droit sur lesquels l'administration s'est fondée pour édicter l'acte. La contestation des motifs relève de la légalité interne de l'acte administratif, alors que celle de la motivation, relève de la légalité externe. La motivation fait partie de la présentation externe de l'acte administratif, et s'analyse en une inscription des motifs de l'acte sur l'*instrumentum*. La formalité de la motivation ne s'impose pas dans tous les cas à l'administration. Cependant, lorsqu'elle est imposée par les textes ou par les principes jurisprudentiels, la motivation devient une formalité substantielle dont l'omission entraîne un vice de forme de l'acte. A travers le passage de l'arrêt précité, le juge semble afficher une maîtrise douteuse de ce que recouvre la notion de « motivation ».

²⁰CE, 30 septembre 1996, Préfet Seine Maritime, *Rec. CE*, p. 354.

²¹CE, 26 janvier 1951 Galy, *S.* 1951, 3, p. 52, concl. Odent.

annulation pour défaut de signature²². Cependant, le lieu de signature de l'acte ne constitue pas une formalité substantielle, et par conséquent, ne peut pas vicier l'acte administratif. Dans *l'affaire Séga Seck Fall*, l'ancienne Cour suprême a précisé qu' « aucune disposition constitutionnelle ou législative n'impose comme condition à l'exercice par le Président de la République du pouvoir de signer des décrets qui lui est conféré par l'article 37 de la Constitution qu'il se trouve au moment de la signature sur le territoire national »²³. Le contreseing est la signature apposée par une autorité sur un acte déjà signé par une autre autorité auteur de l'acte, afin d'authentifier cette signature et de marquer la collaboration des autorités signataires²⁴. La Constitution prévoit le contreseing des actes du Président de la République par le Premier ministre et délimite son champ d'application²⁵. Quant aux actes du Premier ministre, ils sont contresignés par le ministre ou les ministres chargés de leur exécution²⁶.

Les normes de constitutionnalité externe des actes administratifs restent pour l'essentiel dominées par des règles de compétence et plus ou moins des règles de forme. L'ordre constitutionnel sénégalais en ce qui concerne les actes administratifs est pauvre en règles de procédure ces dernières étant souvent déterminées par des normes de rang législatif, complétées au besoin par des règles dégagées par le juge. A cet effet, les principes généraux dégagés par le juge permettent de combler le vide laissé par l'ordonnancement juridique²⁷. Les principes généraux du droit révèlent une part essentielle du juge dans l'élaboration du droit administratif²⁸. Ils sont une catégorie de normes non écrites constituant une source de la légalité administrative²⁹. Leur originalité réside dans ce caractère non écrit, qui les distingue des sources écrites de la légalité. Les principes généraux du droit ne se confondent pas avec les principes fondamentaux auxquels fait référence l'article 67 de la Constitution et qui permettent de délimiter la compétence du législateur³⁰. Ils ne doivent pas non plus être confondus avec les règles de procédure d'élaboration des actes administratifs³¹, qui généralement, sont prévues par

²² CE, 27 avril 1994 ASC Dial Diop Municipalité Club, *Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat*, N°29, p. 62.

²³CS, 29 janvier 1975 Séga Seck Fall, J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, *op.cit.*, p. 114.

²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 783.

²⁵ Article 43 al. 2 de la Constitution du 22 janvier 2001.

²⁶ Article 57 al. 3 de la Constitution du 22 janvier 20021.

²⁷P. DE MONTALIVET, « Les principes généraux du droit », *JurisClasseur administratif*, Fasc. 38, février 2007, pp. 3 et s.

²⁸CE, Ass., 26 octobre 1945, N° 77726, Aramu *Rec. CE*, 1945, p. 213

²⁹CE, Ass., avis, 11 octobre 1990, N° 348653, *EDCE*, 1990, N° 42, p. 226

³⁰Dans ce sens voir J. M. NZOUANKEU, *La Constitution sénégalaise commentée*, *op.cit.*, pp. 99 et s.

³¹C. EUDE-GUIAS « L'édiction des actes administratifs : auteurs, forme, procédure », *op.cit.*, p. 11.

les textes³², ou fixées par la pratique administrative³³, lorsque les textes ne s'y opposent pas³⁴. Les principes généraux du droit qui ont valeur infra législative et supra décrétole³⁵ ne se confondent pas avec les principes de valeur constitutionnelle consacrés par le Conseil constitutionnel, tel le principe de la continuité du service public³⁶ qu'une partie de la doctrine française attribue un fondement constitutionnel dans l'article 5 de la Constitution de 1958³⁷. Au demeurant, la valeur d'un principe général du droit peut varier en fonction du texte duquel il est déduit³⁸. Ce qui justifie l'émergence de nouvelles thèses sur la valeur juridique des principes généraux du droit³⁹.

A côté de ce contrôle de constitutionnalité externe, le juge de l'administration exerce un contrôle de constitutionnalité de fond des actes administratifs.

II- La constitutionnalité interne

L'exercice du pouvoir administratif n'est pas illimité. L'ordre constitutionnel contient un certain nombre de règles et principes de fond opposables aussi bien au législateur qu'au pouvoir exécutif dans l'exercice de leurs prorogatives. En effet, le préambule de la Constitution de même que son *corpus* sont riches en règles de fond protectrices des administrés et opposables à l'administration. Dans la pratique du contentieux administratif sénégalais, des cas de violation de l'ordre constitutionnel par l'administration ont interpellé le juge plus d'une fois. Il n'est pas sans intérêt de les rappeler. Dans *l'affaire Souhel Filfili*, le requérant, expulsé du territoire du Sénégal, invoquait la violation de l'article 3 de la Déclaration universelle des Droits de

³²CE, Sect., 25 janvier 1957, Keinde Seringue, *Rec.p.* 63 : l'omission de la consultation obligatoire du Conseil d'État lors de l'édition d'un décret sanctionnée par l'incompétence

³³TA, Rouen, 10 mars 1992, Union Synd. agr. Seine Maritime, *Gazette du Palais*, 1992, p. 2 : A propos d'une consultation alors même que, celle-ci n'était pas prévue par les textes.

³⁴CE, Sect., 26 janvier 1951, Douin de Rosières, *Rec. CE*, p. 43.

³⁵R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, chron. p. 99 ; R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chron. p. 124.

³⁶Cons. conso. Décision N° 79-105 DC, 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, *Rec. Cons. conso.*, 1979, p. 33.

³⁷G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 667.

³⁸G. BRAIBANT, « L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE*, 1962, p. 68 s ; J. FOURNIER, *Concl. sous CE*, 26 juin 1959, Syndicat général ingénieurs-conseils, *RDP*, 1959, p. 1013-1014. ; M. Fromont, note sous CE, 24 novembre 1961, Fédération nationale Syndicat de police, *D.*, 1962, jurisprudence, p. 429. ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Paris, Litec, coll. "Manuel", 6e éd., 2006, p. 70, § 259 ; B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 5^{ème} édition, 2006, p. 21.

³⁹Pour B. Jeanneau, il existe une hiérarchie ternaire des principes, selon qu'ils ont valeur réglementaire, législative ou constitutionnelle, B. JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, N° 33, pp. 38 s. Selon B. Genevois, les principes déduits des textes ont une valeur législative, conventionnelle ou constitutionnelle. Voir B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Tome III, p. 98, § 1035.

l'Homme selon lequel « tout individu a droit à la vie, à la liberté, et à la sûreté de sa personne ». La Cour suprême avait jugé ce moyen inopportun car l'expulsion n'était pas fondé sur ce moyen, c'est-à-dire la disposition constitutionnelle invoquée par le requérant mais sur « les nécessités d'ordre publiques ».⁴⁰ La technique déployée par le juge de l'administration à cet effet consiste à considérer « le moyen manquant en fait », ce qui entraîna son rejet. Le raisonnement du juge dans cette affaire ne manque pas d'étonner. Le juge n'a pas pris en l'espèce le soin de contrôler la mesure d'expulsion par rapport aux dispositions constitutionnelles mais à chercher à fonder la légalité de la mesure sur d'autres moyens invoqués par l'administration. Pourtant, ce qui était demandé au juge était d'apprécier le bien-fondé de la mesure d'expulsion à l'aune des dispositions constitutionnelles. En l'espèce, le juge semble accorder peu d'importance aux normes constitutionnelles en les préférant à des affirmations vagues et imprécises de l'administration pour ne pas annuler l'acte administratif. C'est peut-être qu'il y avait un défaut d'articulation entre le texte juridique visé par le requérant et la norme juridique émise par l'administration en son encontre, que le juge a procédé de cette manière. Il s'agit là d'une erreur imputable du reste au requérant et à son conseil.

Cependant, dans *l'affaire Ndiogou SALL*⁴¹ le juge a annulé l'arrêté ministériel pour violation de la Constitution. En effet, le requérant avait estimé que la décision administrative portant sanction disciplinaire en son encontre était contraire à la Constitution notamment en son article 6 qui faisait partie du titre II de la Constitution relative « aux libertés publiques et de la personne humaine » qui disposait que « la défense est un droit absolu à tous les états et à tous les degrés de la procédure ». Cette disposition n'est rien d'autre que le siège constitutionnel d'un principe bien connu en matière disciplinaire : le droit à la défense. Le juge, en l'espèce, a estimé qu'en sanctionnant le sieur SALL sans qu'il soit mis à même de présenter sa défense, l'autorité administrative a méconnu ce principe constitutionnel, d'où une annulation de la mesure disciplinaire. Le requérant, dans son mémoire, avait invoqué plusieurs textes faisant référence au droit à la défense. Le juge, dans sa réponse, a pris la peine de répondre à tous les moyens, ce qui a entraîné le caractère surabondant de la motivation de l'arrêt comme, l'a remarqué le Professeur N. M. F. DIAGNE dans sa thèse⁴². Le juge aurait pu éviter cette façon de procéder en adoptant la technique de l'économie des moyens, qui fait partie de « l'art de juger ». Le

⁴⁰Voir N. M. F. DIAGNE, *Méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse de doctorat d'Etat en Droit Public, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Faculté des Sciences juridiques et politiques, 1995, pp. 410-411.

⁴¹CS, 28 janvier 1981Ndiogou Sall, in J.M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, *op.cit.*, p. 526.

⁴² N. M. F. DIAGNE, *Méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse, précité, p. 330.

constat de la violation de l'ordre constitutionnel suffisait pour annuler l'acte administratif. Le juge pouvait-il valider l'acte administratif sur la base d'une disposition législative en constatant en même temps la violation de la Constitution par celui-ci ? Le rapport hiérarchique entre les normes constitutionnelles et les normes législatives n'est pas favorable à la validité d'une telle hypothèse. En de pareilles circonstances, l'adoption de la technique de l'économie des moyens est préférable. La remarque du Professeur DIAGNE semble avoir droit de cité dans l'affaire *Mouhamed Diadie SENE*⁴³. Le sieur SENE avait intenté un recours pour excès de pouvoir contre la mesure de suspension emportant la fin de sa carrière prononcée en son encontre. Entre autres moyens, le sieur SENE avait invoqué la violation de l'article 9 de la Constitution du 22 janvier 2001 qui consacre de droit à la défense. Après avoir constaté qu'il résulte des pièces justificatives que le concerné n'a pas été mis à même de se défendre, le juge de l'excès de pouvoir n'en tire pas les conséquences. Il déclare le recours sans objet car ayant été intenté contre un acte déjà sanctionné par le juge par un arrêt N° 13 du 7 avril 2011⁴⁴. Le juge évite de se livrer à des digressions inutiles et rappelle au requérant que sa cause a été précédemment entendue. Dans l'affaire *Société « Baobabs Vacances »*⁴⁵, parmi les moyens qu'avait invoqués le requérant figurait la violation de l'article 8 de la Constitution par l'arrêté du Sous-Préfet de Sindia portant suspension des activités au niveau de l'hôtel-Bar-Restaurant « Angel Fatou » pour motif de « menaces sérieuses à l'ordre public ». Le juge se contente de rappeler les pouvoirs de l'autorité administrative en matière de police administrative dans un premier temps et dans un second temps de remarquer que l'autorité administrative n'a pas pourvu à aucune mesure tendant à mettre fin au trouble à l'ordre public constaté. De ce fait, estime le juge, qu'en prenant une telle mesure dont la légalité est contestée, l'autorité administrative a violé les dispositions invoquées par le requérant. Il s'ensuit que la décision administrative doit être annulée. Dans cette affaire, le juge ne s'est pas référé aux dispositions dont la violation est alléguée par le requérant. Pourtant, il a bien statué sur le fond de l'affaire. A tout le moins, le souci pédagogique aurait pu commander que le juge dégage le sens des dispositions constitutionnelles, afin de les confronter avec le contenu de l'acte du sous-préfet pour en tirer les conséquences. Dans l'affaire *Adourahmane Cissé* précitée, entre autres moyens, était invoquée la violation de la liberté d'expression. Cependant il faut reconnaître que si la violation de cette liberté a été sanctionnée par le juge, ce n'était que de façon implicite. En effet, l'arrêté

⁴³ CS, 3 juin 2011 Mouhamed Diadie Sène.

⁴⁴ Il s'agit de l'annulation par la chambre administrative de la Cour suprême du procès-verbal N° 001 du 9 avril 2010.

⁴⁵ CE, 23 février 2005 Société « Baobab Vacances ».

du ministre était dépourvu de base légale constate le juge, car ayant été pris sur la base de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et notamment en son article 14, modifiée sur ce point par le décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère et que le journal concerné ne rentrait pas dans le champ d'application de cette loi. Par ailleurs, le juge constate que l'acte administratif ne pouvait non plus se rattacher à la loi N° 69-29 du 29 avril 1969⁴⁶ sur l'état d'urgence et l'état de siège.

En plus de cas de violation de l'ordre constitutionnel qui ont interpellé l'ancienne Cour suprême, le Conseil d'Etat a également été invité à se prononcer sur la violation de l'ordre constitutionnel par des actes administratifs. Ainsi, dans l'affaire opposant l'UCAD à des étudiants étrangers⁴⁷, plus connue sous le nom de l'affaire *Prosper Nguena Nitchen*, le Conseil d'Etat a examiné la légalité d'une décision du recteur de l'université à l'aune de l'ordre constitutionnel. Tout est parti d'une décision administrative augmentant les frais d'inscription des étudiants étrangers⁴⁸. C'est ainsi que ces derniers se sont pourvus contre la mesure incriminée devant le juge de l'excès de pouvoir en invoquant entre autres moyens la violation de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, partie intégrante de la Constitution et notamment en son article 26 qui dispose que « l'accès aux études supérieures est ouvert en pleine égalité à tous en fonction du mérite ». Le juge, après avoir reconnu que cette disposition invoquée par les requérants s'impose à l'administration, précise le sens de la notion de « l'égalité ». En effet, le juge considère que « *l'égalité ne signifie pas uniformisation, l'administration peut sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir et sous réserve des engagements pris réglementer les conditions d'exercice du droit d'accès à l'université et de fixer les frais d'inscription en pratiquant une tarification différenciée fondée sur l'intérêt général et la situation objective des requérants* ». Commentant cet arrêt dans sa thèse, le Professeur N. M. F. DIAGNE écrit à propos du raisonnement du juge : « le juge s'appuie sur un texte qui, certes ne règle pas le problème qui lui est soumis mais lui permet de dégager une règle qu'il va appliquer au litige tout en comblant un vide juridique ».⁴⁹ Cette remarque du Professeur DIAGNE est révélatrice de la subtilité du principe constitutionnel⁵⁰ que le juge avait

⁴⁶JORS du 10 mai 1969.

⁴⁷CE, 31 août 1994, Université cheikh Anta Diop c. /Prosper Nguena Nitchen, *Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat*, N° 38, p. 82.

⁴⁸Les droits d'inscription des étrangers s'élevaient à 50. 000 franc FCA et l'Assemblée de l'université dans une séance du 2 octobre 1998 a multiplié ces droits d'inscription par trois alors que les nationaux continuaient à s'inscrire à 4800 franc FCA.

⁴⁹N. M. F. DIAGNE, *Méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, op.cit., p. 336.

⁵⁰F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica 1997, pp. 153 et s.

à appliquer, le principe d'égalité dans l'une de ses variantes. Son application interpelle de prime abord la fonction prétorienne du juge⁵¹. En l'espèce, le juge donne un sens aux dispositions de valeur constitutionnelle invoquées par les requérants. En réalité, du constat établi par le juge, il se trouve qu'en l'espèce, l'administration, lorsqu'elle applique le principe constitutionnel d'égalité, doit procéder à une différenciation des situations des administrés. D'ailleurs c'est dans cette seule différenciation que ce principe constitutionnel peut recouvrir son sens. C'est ce que la doctrine appelle « l'égalité par la différenciation ».⁵² Appliquant ce principe, la Cour suprême, dans son arrêt N°1 du 9 janvier 2014, *Mame Thierno DIENG c/ Recteur de l'université Cheikh Anta Diop*, a sanctionné la violation de l'article premier de la Constitution. Dans cette affaire, le requérant contestait la constitutionnalité d'une décision du doyen de la faculté de médecine proposant la nomination de certains Professeurs associés aux postes de chef de service et de responsables des enseignements, et le lui refusant en raison de son statut de Professeur associé. Pour invalider la décision du doyen, le juge que considère : « *tous les professeurs associés nommés à ces postes étant dans la même situation que le requérant, la différence de traitement ne peut être justifiée par une différence de statut, les règles édictées offrant aux intéressés une vocation à occuper lesdits postes ; qu'ainsi est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi et les règlements le fait de proposer et de nommer certains professeurs associés aux postes de chefs de service et de responsable d'enseignements et de le refuser au requérant en raison de sa qualité de professeur associé* »⁵³. Le Conseil d'Etat français, dans l'affaire *Ali Saïd Tourqui et autres*, a estimé que le principe d'égalité devant le service public ne s'oppose pas à ce que des dispositions différentes soient appliquées à des personnes se trouvant dans des situations différentes.⁵⁴ Cette position fut également celle de la Cour européenne des droits de l'homme.⁵⁵ La position de Madame Justice DOW de la Haute Cour de Botswana se rapproche foncièrement de ces solutions jurisprudentielles. En effet, dans l'affaire *des San c/ Basarwa (Bushamen) c/ Gouvernement botswanais*, donnant son avis sur la définition du principe d'égalité par le gouvernement, Madame DOW déclare : « je vote l'argument du gouvernement botswanais selon lequel il ne discrimine pas sur la base de l'ethnie, mais un même traitement des personnes inégales peut constituer une forme de

⁵¹G. PELISSIER, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse pour le doctorat, Université Paris I, 1995, p. 101.

⁵²J. RIVERO, « Rapport sur la notion d'égalité et de discrimination en droit public français. Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », *Travaux de l'Association Henry Capitant*, T. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 350.

⁵³CS, Arrêt N° 01 du 9 janvier 2014 *Mame Thierno DIENG c/Recteur de l'université Cheikh Anta Diop*, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême*, Année judiciaire 2013, N° 6-7, pp. 165-167.

⁵⁴CE 27 janvier 1970, *Ali Saïd Tourqui et autres*, *Rec.*, p. 1938.

⁵⁵CEDH 21 février 1986 *James et autres*, Série A, 1998, paragraphe 75.

discrimination »⁵⁶. Le juge de l'administration a également sanctionné la violation du principe d'égal accès aux emplois publics par un jury de concours. En effet, dans l'*affaire Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal* rendue le 29 juillet 2000, le juge a estimé que la mauvaise appréciation effectuée par le jury du concours sur l'infirmité du requérant pour l'écarter de la liste des candidats admis à exercer la fonction d'enseignant, procède d'une rupture de l'égal accès aux emplois publics garanti par l'ordre constitutionnel⁵⁷. L'*affaire La COMICA*⁵⁸ s'inscrit dans la même perspective. Dans cette affaire, La COMICA avait intenté un recours pour excès de pouvoir contre la décision de l'autorité administrative de rejet de sa demande d'ouverture et d'exploitation de la carrière de Diack et l'arrêté interministériel pris par le ministre de l'Economie et des Finances et le ministre de l'Energie et de l'Hydraulique autorisant l'ouverture et l'exploitation de la même carrière de Diack. Entre autres moyens, la société requérante invoquait la violation de l'article 7 de la Constitution du 22 janvier 2001 qui consacre le principe d'égalité entre les citoyens devant la loi. Dans sa réponse à ce moyen, le juge de l'administration sans autre précision, affirme qu'en accordant à la société SOECO l'autorisation d'ouverture et d'exploitation de ladite carrière, les autorités n'ont pas méconnu le principe d'égalité des citoyens devant la loi. La démarche du juge dans cette affaire s'écarte un peu de celle adoptée dans les affaires précédemment citées où le principe constitutionnel d'égalité des citoyens était en cause. En effet, dans cette affaire, le juge ne s'est pas livré à une argumentation exhaustive de la signification du principe en cause. La technique du juge consiste pour les actes administratifs à dégager le sens de la norme constitutionnelle et de le rapprocher de celui qui se déduit de l'acte administratif pour en tirer une conclusion de conformité ou de non-conformité. La Cour suprême s'était sensiblement écartée de cette démarche dans l'*affaire Assane BA et autres c. / Etat du Sénégal*. En effet, les requérants invoquaient deux moyens tirés de la violation de l'article 10 de la Constitution et du défaut de motivation. Pour annuler l'arrêté du Préfet de Dakar portant interdiction du *sit-in* du Parti Démocratique Sénégalais devant les locaux du ministère de l'Intérieur, la Cour avaient utilisé la technique du moyen déterminant en estimant que sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen tiré du défaut de motivation, l'arrêté préfectoral ne remplissait pas les conditions prévues par l'article 14 de la loi 78-02 du 29 janvier 1978 relatives aux réunions pour permettre l'interdiction du *sit-in*. A l'appui de sa motivation,

⁵⁶Cité dans la note-réponse à l'aide-mémoire sur brouillon du groupe africain sur la déclaration des Nations-unies sur le droit des peuples autochtones, Copenhague, Danemark, mars 2007, pp. 10-11.

⁵⁷M. NGAIDE, « Le Conseil d'Etat du Sénégal le principe de l'égal accès à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juillet 2000, *Association nationale des Handicapés Moteurs contre Etat du Sénégal* (arrêt N° 12) », *op.cit.*, p. 199.

⁵⁸CE, 22 avril 2004, La COMICA.

le juge commence par rappeler les dispositions de l'article 10 de la Constitution puis, curieusement, celles de la loi précitée et constate une motivation insuffisante de l'arrêté du Préfet pour l'annuler sans répondre sur le moyen tiré de la violation de la Constitution qu'il entendait examiner⁵⁹.

B- Les limites de l'office du juge

Dans sa mission de contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, l'office du juge peut buter sur deux théories qui paralysent son action. Il faut toutefois préciser que ces limites ne relèvent pas de la même intensité, l'une est absolue (I), l'autre est relative (II).

A- La limite absolue

Il s'agit de l'acte de gouvernement. Acte de l'exécutif soustrait à toute action en justice, l'acte de gouvernement paraît être une singularité juridique, mystérieuse ou obscure. *Prima facie*, l'acte de gouvernement semble relever de « la catégorie de l'inexplicable »⁶⁰ ou être encore Est « le signe [anachronique] dont on marque les domaines enchantés que le juge évite, de peur de se heurter à la raison d'État ».

En réalité, la notion d'acte de gouvernement procède d'un certain paradoxe historique⁶¹. D'une part, cette notion s'inscrit en faux contre les principes fondamentaux hérités du droit administratif français : le principe de légalité, essentiel dans un État de droit, traduit en principe général du droit selon lequel les actes administratifs sont soumis, même sans texte, à un contrôle de légalité⁶², le principe de responsabilité de la puissance publique, en cas de faute ou de rupture d'égalité devant les charges publiques, le droit au recours effectif devant une juridiction, fondé sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, au titre de la garantie des droits, droit auquel il ne peut être porté d'atteintes substantielles⁶³, le droit au procès équitable, associé au droit au recours effectif, fondé sur la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 10 décembre 1966⁶⁴.

Les actes de gouvernement ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, fussent-ils contraires à l'ordre constitutionnel. Il en est ainsi par exemple d'un décret du Président de la

⁵⁹ CS, Arrêt N° 19 du 23 mai 2019, *Assane BA et autres c. / Etat du Sénégal inédit*.

⁶⁰G. VEDEL, note sous CE, ass., 2 nov. 1951, Tixier, JCP 1952. II. 6810.

⁶¹P. BINCZAK *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif français, histoire d'un paradoxe*, thèse, Paris I, 2000.

⁶² CE, ass., 17 févr. 1950, Min. de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, Rec. CE, p. 110, RD publ. 1951. 478, concl. Delvol- vé, note Waline.

⁶³Décis. Cons. const. N° 96-373 du 9 avr. 1996, *Rec. Const. const.*, p. 43 ; Décis. Cons. const. no 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Rec. Const. const.*, p.143, RFDconst. 2000.426, note Ribes, *AJDA* 2000. 48, note Schoettl

⁶⁴P. BINCZAK, « L'acte de gouvernement », *Rép. cont. adm. Dalloz*, avril 2006, p. 3 et suivants.

République convoquant l'Assemblée nationale en vue de la déclaration de la politique générale du Premier ministre. Le critère de l'acte de gouvernement est appliqué par la Cour suprême dans *l'affaire Moudou Diagne c/Etat du Sénégal*. Dans cette affaire, le député Modou DIAGNE avait attaqué en recours pour excès de pouvoir le décret convoquant l'Assemblée nationale en vue de la déclaration de politique générale du Premier ministre Abdoul MBAYE pour la violation des articles 55 de la Constitution et 97 de la loi organique N° 78-21 du 28 avril 1978 modifiée portant Règlement intérieur de l'Assemblée nationale. La Cour suprême dans sa décision considère : « *Le décret par lequel le Président de la République convoque l'Assemblée nationale en vue de la déclaration de politique générale du Premier ministre est un acte de l'exécutif pris dans ses rapports avec le législatif ; qu'il s'agit donc d'un acte gouvernement qui échappe au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* » ; par conséquent, la Cour est « *incompétente pour connaître de la requête en annulation introduite par Modou DIAGNE contre le décret n° 2012-864 du 04 août 2012* »⁶⁵. Dans cette affaire, il faut rappeler que l'application de l'article 97 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale fixe le délai de déclaration de politique générale du Premier ministre. A propos de ce délai, le constituant a observé le mutisme, alors que le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui devait régir uniquement le fonctionnement interne de l'institution dispose en son article précité que « *la déclaration de politique générale doit intervenir au plus tard dans un délai de trois mois* ».

En réalité, malgré la décision de constitutionnalité rendue le Conseil constitutionnel (décision N° 1/C/2002 du 14 mai 2012), ce texte comporte des inconstitutionnalités évidentes. En effet, d'une part le texte est vicié d'une inconstitutionnalité externe parce qu'il intervient dans une matière qui n'est pas dévolue à l'Assemblée nationale dans la mesure où elle concerne les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. D'autre part, du point de vue de la constitutionnalité interne, le texte viole l'article 55 de la Constitution qui ne prévoit aucune obligation en ce qui concerne le délai dans lequel la déclaration de politique générale doit être effectuée et ne renvoie pas à une loi organique pour déterminer ce délai⁶⁶.

De même, la décision du Président de la République de recourir au référendum est considérée par le juge comme étant un acte de gouvernement insusceptible de recours pour excès de pouvoir⁶⁷.

⁶⁵CS, 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.

⁶⁶Voir El Hadj MBODJ, « Débat autour de la déclaration de politique générale du Premier ministre », *Le Populaire*, N° 3816, Lundi 13 août 2012, p. 6 ; I. M. FALL, *L'évolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, op.cit., p. 142.

⁶⁷CE, 04 janvier 2001, Parti Socialiste et URD c. / Etat du Sénégal, inédit.

A l'occasion du référendum de 2016, la Cour suprême, dans l'arrêt Ousmane SONKO a réitéré sa jurisprudence en matière d'actes de gouvernement. En effet, le requérant poursuivait l'annulation, d'une part, du décret portant fixation de la date du référendum et convocation du corps électoral, acte qui entre dans le cadre des pouvoirs constitutionnels du Président de la République, et d'autre part le décret portant organisation dudit référendum, qui est acte préparatoire pris par le gouvernement en vue de la consultation référendaire et en fin du décret portant publication du projet de loi portant révision de la constitution, qui est un acte pris par le pouvoir exécutif dans le cadre de ses relations avec le Parlement. Selon la Cour, tous ces décrets constituent des actes de gouvernement insusceptibles de recours pour excès de pouvoir⁶⁸.

De ces décisions, il résulte que l'acte de gouvernement est une catégorie juridique qui échappe au contrôle du juge de la constitutionnalité. Il s'agit là d'une limite qui paralyse l'action des juges en charge de vérifier la constitutionnalité des actes administratifs.

Dans la pratique juridictionnelle, il existe une autre limite. Cette limite relative s'applique aux actes administratifs couverts par la théorie de la loi-écran.

B- La limite relative

Traditionnellement, en droit français, le juge administratif est incompétent pour connaître de la constitutionnalité d'une loi, comme l'est d'ailleurs le juge judiciaire. Selon une jurisprudence traditionnelle, il écarte tout moyen mettant en cause la validité d'un acte législatif⁶⁹.

Cette jurisprudence a été encore plus justifiée depuis la création du Conseil constitutionnel en 1958 et elle a été implicitement mais clairement validée par la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974⁷⁰ et le projet de réforme constitutionnelle discuté au Parlement en mai-juin 1990. Dans ce dernier cas, en effet, le fait même de donner comme l'un des buts de la réforme la volonté d'associer les juges ordinaires au processus de contrôle de constitutionnalité des actes législatifs établissait bien a contrario que seule une révision constitutionnelle pouvait leur conférer le pouvoir d'apprécier la validité de la loi⁷¹. En réalité, on ne peut tirer de la jurisprudence administrative relative à l'écran législatif une sorte de présomption de non invocabilité des normes constitutionnelles à l'encontre des actes administratifs⁷².

En droit sénégalais, la théorie de l'écran législatif a été posée par le juge dans l'affaire PDS. La Constitution posait le caractère secret du vote, alors que le Code électoral en son article L.

⁶⁸Voir A. NDIAYE, « Panorama de la jurisprudence de la chambre administrative », Cour suprême, *Bulletin d'information*, N° 09-10, février 2017, p. 93. ; C. M. NDIAYE, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, précité, pp. 243-244.

⁶⁹C.E., sect., 6 nov. 1936, Arrighi, Rec., p. 966, D.P. 1938.3.1, concl. Latournerie, note C. Eisenmann.

⁷⁰Loi N° 74-904, D. 1974, p. 344.

⁷¹Louis FAVOREU, « Constitutionnalité des actes administratifs », *Rép. cont. adm. Dalloz*, janvier 1992, p. 4.

⁷²Louis FAVOREU, « Constitutionnalité des actes administratifs », *op. cit.*, p. 8.

50 prévoyait l'usage facultatif de l'isoloir. Une circulaire du ministre de l'Intérieur faisant application de l'article 50 du Code électoral réglait les conditions du vote. C'est ainsi que le PDS intenta un recours pour excès de pouvoir contre la circulaire du ministre de l'Intérieur resté vain. En réalité directement, ce qui était bien en cause c'était la constitutionnalité l'article L. 50 du Code électoral, fondement de la circulaire du ministre de l'Intérieur. Force est cependant de relever que le juge n'a pas pris en compte l'objet de la requête du PDS qui visait à faire contrôler la constitutionnalité indirecte de la circulaire du ministre de l'Intérieur. La compétence d'attribution sert de parade au juge de l'administration pour décliner sa compétence à connaître de la constitutionnalité indirecte du décret incriminé. En effet, le juge avait rejeté la requête en considérant que « *le juge de l'excès de pouvoir ne saurait connaître... de la constitutionnalité des lois dont le contrôle est organisé par les seules dispositions de l'article 63 de la Constitution* »⁷³. D'ailleurs, après les élections du 26 janvier 1978, Maître Abdoulaye WADE devait saisir la Cour suprême pour demander l'annulation de l'article L. 50 du Code électoral pour inconstitutionnalité. Dans son arrêt du 13 mars 1978 *Abdoulaye WADE c/ Etat du Sénégal*, la Cour reconnaît implicitement la contradiction entre l'article L. 50 du Code électoral et l'article 2 de la Constitution, mais rejeta la requête en considérant, qu'en l'état du droit, qu'elle ne pouvait exercer un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées⁷⁴. La portée contentieuse de l'acte administratif fut obérée par la loi-écran. Le juge ordinaire ne peut remonter jusqu'aux sources constitutionnelles qu'en l'absence d'une règle législative s'intercalant entre l'acte administratif contesté et ces dernières. La position du juge administratif français fut clairement fixée par les arrêts *Arrighi et Dame Coudert* de 1936 qui précisait qu'en l'état actuel du droit public français, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux⁷⁵. Cette jurisprudence s'oppose à ce que le juge annule une décision administrative fondée sur une loi elle-même inconstitutionnelle. En annulant l'acte administratif, le juge se livre indirectement à une appréciation de la constitutionnalité de la loi, ce qu'il se refuse de faire pour éviter tout conflit ouvert ou latent avec le législateur.

Cependant, avec le renouveau de la justice constitutionnelle la théorie de l'écran législatif et du traité-écran va s'amonceler davantage sous l'effet de l'exception d'inconstitutionnalité. Avec ce renouveau de la justice constitutionnelle des années 1990, la plupart des constituants

⁷³ J. M. NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise, op.cit.*, p. 166.

⁷⁴ CS, 13 mars 1978, Abdoulaye WADE c. / Etat du Sénégal, *Annales africaines*, 1978, Nouvelles Editions africaines, 1979, pp. 165 et s.

⁷⁵CE, sect., 6 novembre 1936, *Rec.*, 1936, p. 966.

africains vont consacrer le procédé de l'exception d'inconstitutionnalité faisant sauter ainsi, le verrou de l'écran législatif.

Au Sénégal depuis 1992, le justiciable peut contester la constitutionnalité de la loi promulguée⁷⁶. Consacrée par l'article 82 al. 1 de la Constitution de 1963, et repris par l'article 92 de la Constitution de 2001, le procédé est revêtu d'une valeur supra-légale. Par conséquent, toute loi parlementaire qui tenterait de le retirer du système normatif encourt la sanction du juge constitutionnel⁷⁷.

La valeur heuristique de l'exception d'inconstitutionnalité est indéniable⁷⁸. La disparition de l'écran législatif fait sauter le bouclier qui protégeait l'administration contre les annulations pouvant éventuellement frapper ses décisions inconstitutionnelles. En tirant les conséquences d'une déclaration de non-conformité d'une loi à la Constitution, le juge retrouve en effet toutes ses capacités de sanction, notamment le pouvoir de confronter directement l'acte administratif à une norme constitutionnelle⁷⁹.

En France, il faudra attendre la réforme constitutionnelle de 2008 pour que le procédé de la question prioritaire de constitutionnalité soit consacré par le constituant. Introduit dans la Constitution par la loi constitutionnelle N° 2008-724 du 23 juillet 2008, ce procédé ajoute au contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation, un contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives en vigueur. Le constituant a également modifié, à l'occasion de la révision de 2008, l'article 62 de la Constitution, précisant qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Par la loi organique N° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le législateur organique a précisé les modalités d'application de la nouvelle procédure. Dans le

⁷⁶Voir E. H. O. DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, *op.cit.*, pp. 190-191.

⁷⁷E. H. MBODJ, « Les incidences de la réforme du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *op.cit.*, p. 35.

⁷⁸Faut rappeler que l'article 8 de la loi N° 2014-26 du 03 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal régît de l'exception d'inconstitutionnalité des actes administratifs. Ce texte dispose que « les juridictions ont au cours des instances dont elles sont saisies compétence pour apprécier et interpréter la légalité des décisions des diverses autorités administratives ». Seulement, dans l'affaire Iba Der THIAM, le juge a indiqué au requérant que l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée que contre une loi et non contre un acte administratif unilatéral. Cette position est rappelée par le Conseil d'Etat dans *l'affaire Adama THIAM*. Voir C. M. NDIAYE, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, Thèse de doctorat, UCAD, 2016, p. 145.

⁷⁹E. H. MBODJ, « Les incidences de la réforme du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *op.cit.*, pp. 36-37.

système français, la disparition de l'écran législatif est exprimée par le constituant à travers les dispositions de l'article 62 de la Constitution⁸⁰.

Auparavant, le juge pouvait priver à la loi-écran de ses effets par l'application des effets de l'abrogation implicite. Cette position fut celle du Conseil d'Etat français dans l'ordonnance rendu à propos de *l'affaire Jean-Charles B.*, dans laquelle il devait préciser que « *s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découlent de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* »⁸¹. Aussi, l'écran législatif pouvait s'éclipser avec l'application de la théorie de l'écran transparent. La loi est transparente dès lors que, tout en renvoyant à l'autorité réglementaire, elle ne contient en elle-même aucune règle de fond susceptible de faire obstacle à la confrontation directe entre l'acte administratif contesté et les règles constitutionnelles⁸². Le juge ordinaire peut également recourir à la technique de l'effet utile, en interprétant les dispositions de la loi-écran de telle sorte que celles-ci deviennent conformes aux normes constitutionnelle⁸³. Cette technique sera redéployée par le juge constitutionnel par le biais des réserves⁸⁴ d'interprétation ou d'application⁸⁵, offrant ainsi aux juges ordinaires les moyens de dégager un sens des dispositions de la loi-écran conforme aux normes constitutionnelles⁸⁶.

⁸⁰M. QUYOLLET, « La question prioritaire de constitutionnalité », *op.cit.*, pp. 4 et s.

⁸¹CE, Ord., 21 novembre 2005, Jean-Charles B., *Rec. CE*, 2005, p. 517.

⁸²CE, 17 mai 1991, Quintin, *RDP*, 1991, p. 1429, concl. Abraham.

⁸³CE, 28 juin 1918, H., *S.* 1922, p. 49, note Hauriou.

⁸⁴A. D. KEBE, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique francophone », *Mélanges en l'honneur de Babacar KANTE*, Actualité du droit public et de la science politique en Afrique, sous la Direction de Alioune SALL et Ismaïla Madior FALL, Dakar, L'Harmattan pp. 425 et s.

⁸⁵Cons. const., Décision N° 93-326 DC, 11 août 1993, *Rec. Cons. const.*, 1993, p. 217, conseil. 3.

⁸⁶CE, Ass., 11 mars 2004, Sté La Cinq, *Rec. CE*, 2004, p. 118.