

L'EXCES DE POUVOIR ET LE JUGE **AU SENEGAL ET EN FRANCE**

In Revue africaine de Science politique et sociale n°40 JANVIER 2023

PP 370 - 396

Par Abdoulaye DIEYE

Enseignant-chercheur au département de droit
public.

Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

SOMMAIRE

I- L'excès de pouvoir du juge, une éventualité reconnue en France et au Sénégal

A : Une convergence dans l'acceptation d'un possible excès de pouvoir

B : Une différence dans les conditions de réalisation

II- La sanction de l'excès de pouvoir par le juge en France et au Sénégal

A. Une convergence presque parfaite au niveau des conditions de recevabilité

B. Un juge mieux armé en France dans le traitement des cas d'ouverture et le suivi des décisions d'annulation.

RESUME

A travers l'invocation d'un excès de pouvoir, on conteste un comportement intolérable juridiquement parlant dans un Etat de droit. Cela est généralement le cas de l'administration qui, à travers une décision administrative, viole la légalité. Aussi bien au Sénégal qu'en France, l'examen du recours d'un justiciable quant au fond, suppose que le juge ait déclaré le recours recevable. On note, à quelques nuances près, une ressemblance au niveau des conditions de recevabilité du recours dans ces deux pays.

Si, aussi bien en France qu'au Sénégal, l'irrégularité d'une décision administrative peut, de façon générale, se rapporter aux mêmes éléments (irrégularité quant à l'auteur, irrégularité quant à la forme, irrégularité quant aux motifs, irrégularité quant à l'objet et irrégularité quant au but) et aboutir à l'annulation de l'acte par le juge de l'excès de pouvoir, au Sénégal, le problème du suivi lié à cette annulation demeure. En France, la loi du 8 février 1995 en consacrant le pouvoir de prononcer des injonctions en exécution de la chose jugée, semble avoir trouvé, au moins, un début de solution. Le juge sénégalais retrouve sur son chemin, parfois, des obstacles l'empêchant d'explorer davantage les suites qu'impliquent ses décisions d'annulation. En outre, pour éviter les difficultés pouvant survenir dans l'exécution de certaines décisions d'annulation, le juge français a développé un certain nombre de techniques visant, parfois, à moduler dans le temps les effets de l'annulation, parfois même à éviter l'annulation de la décision administrative. Ces techniques sont très partiellement utilisées par le juge sénégalais.

L'excès de pouvoir, c'est aussi, parfois, le fait du juge, celui dont la haute mission consiste, pourtant, à trancher les litiges et protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés. L'excès de pouvoir du juge tel que mis en lumière par la jurisprudence française, renvoie à une double méconnaissance par le juge judiciaire soit d'une loi qui définit ses attributions, soit de certains principes fondamentaux de procédure. Ses contours sont variables et variés. Le législateur sénégalais semble avoir une compréhension différente de cette notion.

Introduction

Il existe un dénominateur commun à toutes les acceptions du concept d'Etat de droit qui veut que dans un Etat de droit, les citoyens ne doivent pas être soumis à la contrainte arbitraire des autorités étatiques¹ ; c'est un Etat fonctionnant par le biais de règles consacrant le principe de la hiérarchie des normes².

Dans ce cadre, les compétences des différents organes de l'Etat sont précisément définies et les normes qu'ils édictent ne sont valables qu'à condition de respecter l'ensemble des normes de droit supérieures³.

Cet ordonnancement juridique s'impose à l'ensemble des personnes juridiques⁴. L'Etat, pas plus qu'un particulier, ne peut ainsi méconnaître le principe de légalité : toute décision qui ne respecterait pas un principe supérieur serait en effet susceptible d'encourir une sanction juridique.

Un tel système qui suppose l'égalité des sujets de droit quant au respect dû aux normes juridiques ne peut pas s'accommoder d'un excès de pouvoir.

L'égalité est un principe à valeur constitutionnelle. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que *la loi doit être la même pour tous*. Les personnes dans la même situation doivent être traitées de manière identique. Cette égalité consacrée par la déclaration de 1789 est une égalité de droit qui, comme le rappelle le président Odent⁵, *exige*

¹ La notion d'Etat de droit est d'origine allemande (*Rechtsstaat*). Elle a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans KELSEN, comme un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes.

² Selon ce principe, les normes se présentent dans un Etat de droit sous forme pyramidale. Au sommet, figure la Constitution suivie des engagements internationaux, de la loi, puis des règlements. A la base de la pyramide figurent les décisions administratives ou les conventions entre personnes de droit privé.

³ Le contrôle de la constitutionnalité des lois et le contrôle de légalité des règlements ont pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes. Le premier, qui est la conséquence logique de la suprématie attachée aux Constitutions, veut que les lois adoptées par le législateur, respectent la Constitution. Pour assurer cette prééminence, divers moyens peuvent être employés. Ils se ramènent tous à un contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire, à la mise en place d'un système efficace de contrôle de la conformité des règles subordonnées à la norme suprême. S'agissant du contrôle de légalité, il peut d'abord être opéré dans le cadre de l'examen d'une exception d'illégalité, dans celui – rarissime – d'un recours en déclaration d'inexistence- ou dans le contentieux objectif de pleine juridiction. Toutefois, c'est le recours pour excès de pouvoir, qui a été principalement créé à cette fin, qui demeure le principal moyen de contestation de la légalité des actes administratifs unilatéraux.

⁴ La personnalité juridique est, d'un point de vue positiviste, une fiction juridique attribuée aux personnes physiques (êtres humains) et aux personnes morales (groupements : associations, entreprises, Etat et collectivités territoriales...). Qu'elles soient physiques ou morales, les personnes juridiques ont des caractéristiques communes : des droits et des obligations...

⁵ Raymond ODENT fut Président de la section du contentieux au Conseil d'Etat français. Il eut une influence importante sur la jurisprudence. Celle-ci s'orienta, pendant sa présidence, vers un renforcement du contrôle du juge sur les décisions administratives - avec l'élaboration de la théorie du bilan et le contrôle de l'erreur manifeste

que toutes les personnes placées dans des situations identiques soient soumises au même régime juridique, soient traitées de la même façon, sans privilège et sans discrimination⁶. Le Conseil d'État, qui fit, le premier, référence au principe d'égalité dans l'un de ses avis, rendu après l'entrée en vigueur de la Constitution du 22 frimaire an VIII, puis, par la suite dans le cadre de ses attributions contentieuses, l'a consacré sous forme de principe général du droit régissant à la fois l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'accès à la fonction publique ou le statut des fonctionnaires. Il en a fait le sous-bassement théorique permettant d'engager la responsabilité sans faute de l'administration⁷.

Les peuples démocratiques – souligne Tocqueville - ont un goût naturel pour la liberté. (...) Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible... Le principe d'égalité a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux. Il ne fonde pas seulement un « droit à l'égalité⁸ ».

Pour Jean Rivero, le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte⁹.

Il est vrai que le principe d'égalité ne s'applique pas de façon stricte dans tous les domaines. Des différences de traitements sont admises pour rétablir une égalité insuffisante. C'est ce qu'exprime Cécile B. de SARIGNY quand elle mentionne qu'après l'âge d'or du principe d'égalité, sont venues les interrogations sur l'effectivité du principe et ses implications, avec des revendications d'équité, d'égalité réelle ou de droit à la différence...¹⁰.

Dans ce même ordre d'idées, Béla VITANYI, mentionne que l'affirmation du principe d'égalité à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, illustre et résume, de la manière la plus exemplaire qui soit, à la fois la richesse et la complexité des liens existant entre égalité, différenciation et discrimination. Dans le même temps où ils posent le principe de l'égalité en droits, les révolutionnaires en arrivent en effet, explicitement ou tacitement, d'une part à suggérer que ce principe peut s'accommoder de distinctions¹¹.

En tout état de cause c'est au nom du principe d'égalité que sont sanctionnées les distinctions et autres discriminations fondées sur l'origine, le sexe, la situation de famille, l'apparence physique...

La Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 dispose en son article premier que la République du Sénégal ... assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Dans son préambule, le rejet de toute forme de

d'appréciation - et d'une adaptation des principes à la réalité économique et sociale.

⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, T II, Dalloz, Paris, 2007, p 353.

⁷ Voir Olivier JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », revue *Titre VII*, N° 4 - avril 2020, Page 2

⁸ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, éd. GF-Flammarion, 1981, Paris, p. 122.

⁹ Jean Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées de Luxembourg des 31 mai – 4 juin 1961, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Dalloz, 1965, p. 349

¹⁰ Cécile BARROIS de SARIGNY, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Revue Titre VII*, N° 4 - avril 2020, p 8. Voir aussi Jean-Marc SAUVE pour qui l'égalité, longtemps cherchée dans la seule généralité de la loi, se développe désormais aussi par différenciation, s'intéressant non plus seulement à l'homme abstrait et universel, mais aussi à l'homme incarné et situé, pris dans ses déterminations physiques, sociales et économiques. Si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général. In « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits de la Cour de cassation, lundi 5 octobre 2015

¹¹ Béla VITANYI, « la signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536 et s.

discrimination est proclamé et l'adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est affirmée. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui dispose que *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a point de constitution*, a été invoqué pour justifier le fait qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours devant une juridiction mais aussi que l'accès au juge comporte aussi *le droit à un procès équitable*¹². C'est au nom de ces principes que, d'une part, le droit d'accès au juge est proclamé. Accès au juge pour introduire des recours de nature diverse, notamment le recours pour excès de pouvoir, recours contentieux par lequel tout intéressé peut demander au juge compétent d'annuler un acte administratif pour violation de la légalité¹³ ; d'autre part, qu'une fois devant le juge, ce dernier ne commette aucun excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir au sens du droit administratif ne doit pas être confondu avec l'excès de pouvoir que commet un juge judiciaire quand il méconnaît ses devoirs ou ses compétences en matière juridictionnelle¹⁴. Dans les deux cas, on conteste un comportement intolérable dans un Etat de droit. Cela est généralement le cas de l'administration mais c'est aussi, parfois, le fait du juge. L'administration est, en effet, soumise au droit comme tout citoyen, en vertu du principe de la prééminence du droit. L'administration est surveillée à la fois par des autorités politiques ou administratives¹⁵, de plus en plus, par des autorités administratives indépendantes mais aussi et surtout par des juridictions.

C'est dans le cadre de ce contrôle juridictionnel, que le juge compétent peut parfois déceler un excès de pouvoir de la part de l'administration qu'il va sanctionner (Notre 2^{ème} partie). L'excès de pouvoir peut aussi être le fait du juge, de celui dont la haute mission consiste, pourtant, à protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés et contre tout arbitraire de la part des pouvoirs publics. Cette éventualité est prévue aussi bien en France qu'au Sénégal (Notre 1^{ère} partie).

Première partie - L'excès de pouvoir du juge : une éventualité prévue en France et au Sénégal

Si aussi bien en France qu'au Sénégal, on cherche à faire prévaloir le droit et rien que le droit en sanctionnant l'excès de pouvoir du juge, l'on définit différemment ce qui peut constituer un excès de pouvoir du juge.

¹² L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 nov. 1950, consacre le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal comme un droit de l'homme ou une liberté fondamentale, qui s'impose aux États de droit (on parle de droit à un « procès équitable »)

¹³ C'est à travers son arrêt en date du 17 février 1950, « Dame Lamotte », que le Conseil d'État a eu l'occasion de consacrer un nouveau principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir mais il faut noter que le recours pour excès de pouvoir a connu, avant 1950, une progression qui n'a pas été linéaire. Landon distingue trois grandes périodes dans son évolution historique. *La première, celle des années 1852 à 1872 fut celle pendant lesquelles, les traits caractéristiques essentiels en tant que moyen de procédure juridictionnelle ont été consacrés. La seconde, celle des années 1872 à 1900, plus conservatrice puisqu'elle en a réduit l'exercice dans les limites strictes de la « violation de la loi », violation entendue dans le sens de l'atteinte portée à un droit subjectif. C'est la troisième période de 1901 à 1920 qui a conféré au recours pour excès de pouvoir la plupart de ses caractères actuels, les années 1921 à 1954 n'ayant en fait apporté que la mise en œuvre des principes fixés antérieurement.* (P. Landon, « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954 », Revue internationale de droit comparé, 1963, pp. 615-616). Au Sénégal, le recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui consacré par la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême.

¹⁴ Voir A. Cartier-Bresson, *Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation*, LGDJ, Éd. Panthéon-Assas, 1998.

¹⁵ Commissions parlementaires, inspections générales de l'administration...

A- L'excès de pouvoir du juge en France, des traits caractéristiques variables

Pour définir l'excès de pouvoir du juge nous nous référons à la doctrine mais aussi à la jurisprudence. Pour M. Waline, il y a excès de pouvoir *lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en législateur ou pour commettre un abus de force et lorsqu'il méconnaît les principes sur lesquels repose l'organisation de l'ordre judiciaire*¹⁶. Autrement dit, il y a excès de pouvoir lorsque le juge passe les limites qui bornent son champ d'action en empiétant sur le pouvoir législatif ou viole, par exemple, le principe sacro-saint de l'autorité de la chose jugée ou déclare une action en justice à la fois *irrecevable et mal fondée*¹⁷.

Pour Natalie Fricéro, l'excès de pouvoir est constitué lorsque le juge *outrepasse les pouvoirs que lui donne la loi ou refuse de les exercer*¹⁸. Cet auteur précise *qu'il est ici question de la notion judiciaire de l'excès de pouvoir dont on trouve déjà des références législatives dans l'article 27 de la Constitution des 3 et 14 septembre 1791*.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation permet d'intégrer dans l'excès de pouvoir du juge, en plus de l'empiètement sur le pouvoir législatif, la transgression d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité. Pour la Cour de cassation, cette méconnaissance *peut revêtir deux formes : le juge peut refuser d'exercer ses pouvoirs (c'est un « excès de pouvoir négatif ») ou encore dépasser les limites qui lui sont fixées en s'arrogeant par exemple une prérogative que la loi ne lui attribue pas, en ordonnant une mesure que les textes ne l'autorisent pas à prendre, en imposant aux plaideurs des obligations procédurales non prévues par la loi (c'est un « excès de pouvoir positif »)*. Cette facette de l'excès de pouvoir le rapproche de l'abus de pouvoir qui correspond au dépassement des limites légales d'une fonction. Il s'agit de l'exercice excessif d'un pouvoir conféré par un statut¹⁹. Il s'agit de l'utilisation de ses pouvoirs en dehors du champ d'action donné, d'outrepasser ses droits. En droit public un abus de pouvoir signifie que l'autorité publique commet une illégalité que le juge administratif a sanctionnée. L'autorité publique, c'est l'administration, que ce soit l'Etat et ses représentants, les collectivités territoriales, les établissements publics ... dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

Cette autorité peut être amenée dans le cadre des pouvoirs qui lui sont confiés à dépasser ce cadre.

En droit canadien (voir les articles 432-4 à 432- 6 du code pénal) pour que l'abus d'autorité soit constitué, il faut que le procédé incriminé ait été commis par des agents publics, c'est-à-dire des dépositaires de l'autorité publique ou des personnes chargées d'une mission de service public. Peuvent constituer des abus d'autorité *un acte, un ordre d'arrestation ou une détention illégale, une rétention sans titre c'est à dire le fait pour un agent pénitentiaire de retenir une personne sans mandat, jugement ou ordre*²⁰, *le refus de concourir à la découverte ou à la cessation d'une détention arbitraire*²¹.

¹⁶ La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs. I. *L'excès de pouvoir* du juge, thèse de doctorat, Droit, Paris, Dalloz, 1926, 278 p.

¹⁷ A. Perdriau, Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? ; JCP éd. G, 1998, I, 162.

¹⁸ N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », Rev. Générale des procédures, Dalloz, 1998, p. 17 s

¹⁹ Littéralement le mot "abus" se réfère à l'usage excessif d'un droit ayant eu pour conséquence l'atteinte aux droits d'autrui. Dans les textes juridiques relatifs aux relations du droit privé et du droit public, on trouve cette acception dans des expressions telles que "abus de droit", "abus de pouvoirs", "abus de position dominante", "abus de biens sociaux".

²⁰ L'alinéa 1er de l'article 450 du *Code criminel* énumère les trois cas où un agent de la paix peut arrêter quelqu'un sans mandat. Les trois cas sont *ceux, tout d'abord, du flagrant délit d'infraction, qu'il s'agisse d'acte*

L'excès de pouvoir du juge qu'il soit négatif ou positif est générateur d'insécurité juridique. En vérité, les relations entre excès de pouvoir du juge et insécurité juridique sont plus ambiguës que cela. En effet, autant l'excès de pouvoir du juge est générateur d'insécurité juridique, autant, l'insécurité juridique peut, à l'image d'autres facteurs, être source d'excès de pouvoir du juge. Les facteurs de risque susceptibles de générer de l'insécurité juridique sont la prolifération de normes législatives, la complexité excessive ou le caractère illisible des dispositions normatives, la prolifération des abrogations implicites²² et des lois rétroactives et celles portant une atteinte excessive aux situations contractuelles déjà établies.

En ce qui concerne la problématique des abrogations implicites, elles peuvent être sources d'insécurité juridique dans la mesure où il peut s'avérer difficile de connaître avec certitude les cas d'abrogation implicite simplement, parce qu'*ils ne sont répertoriés par aucune base de données*²³. Le risque éventuel, c'est que deux normes n'ayant pas le même objet, se mettent à régir une même situation juridique.

Si l'on admet avec Piazzon que le principe de sécurité juridique *trouve de multiples expressions dans des principes plus spécifiques tels que l'obligation pour le juge de statuer en fonction du droit applicable au jour de la demande, la non-rétroactivité des normes juridiques*²⁴, insécurité juridique ne peut être plus grande que la prolifération de cas d'abrogation implicites et on comprend pourquoi l'insécurité juridique peut être source d'excès de pouvoir du juge. Il est admis que le juge excède ses pouvoirs, entre autres manifestations, *lorsqu'il refuse d'exercer les compétences et les prérogatives que la loi lui attribue*. Il en est notamment ainsi, du fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, *de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé* (Chambre commerciale 8 janvier 2013, pourvoi n°11-26059).

Cela ne peut-il pas être dû à une connaissance imparfaite de la Loi ? Il est bien précisé que pour que l'excès de pouvoir soit caractérisé, la contestation dont est saisi le juge doit être étrangère au pouvoir juridictionnel qu'il tient de la Loi. La violation d'un principe essentiel de

*criminel ou d'infraction proprement dite. Un second cas, plus délicat, est celui où l'agent de la paix estime qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il existe un mandat exécutoire contre la personne que l'on arrête. Le troisième cas est plus délicat encore et c'est ce troisième cas qui a alimenté un contentieux considérable, c'est celui où l'agent de la paix croit pour des motifs raisonnables et probables qu'une personne a commis un acte criminel ou est sur le point de le commettre. Voir André Jodouin, « Les abus de pouvoir et de fonction en droit pénal canadien » in *Les Cahiers de droit*, volume 19, numéro 1, 1978, p. 42.*

²¹ Voir André Jodouin, *ibid.*, pp. 21–54.

²² Voir Sébastien Ferrari, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n° 83, p. 498 ; Voir aussi G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à M. Waline*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777 ; F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 634 ; G. Liet-Veaux, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943 ; E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, t. 126, p. 2 ; P. Ardant, « Le temps dans les constitutions écrites », in *La République, Mélanges en l'honneur de P. Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 503

En règle générale, les lois et règlements obsolètes sont abrogés de manière expresse. Ce n'est pas toujours le cas.

²³ Si, même en France, il est dit que *Légifrance ne précise ni les motifs ni la date des abrogations implicites. Aussi, la connaissance des abrogations implicites est-elle souvent réservée* « aux initiés, lecteurs assidus et réguliers de la jurisprudence », a fortiori dans nos pays qui souffrent du grand mal de la non publication systématiques des décisions et normes de toute nature.

²⁴ Sur les composantes de la sécurité juridique v. T. Piazzon, *La sécurité juridique*, éd. Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2009, p. 6.

procédure ne constitue pas toujours un excès de pouvoir justifiant un recours en annulation d'une décision de justice. C'est ainsi que le 26 janvier 2010, la chambre commerciale a jugé que "... les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions ne sont susceptibles d'aucune voie de recours, et [qu'] il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir". A titre d'exemple, précise la Cour de cassation, *le grief tiré de la violation de l'obligation de motivation ne constitue pas un cas d'excès de pouvoir*²⁵. L'intérêt de la motivation dans une société démocratique est pourtant évident, Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées des motifs des actes administratifs ou décisions juridictionnelles qui les concernent surtout s'ils sont défavorables. La finalité de l'information est, au moins à titre immédiat, la mise à disposition d'éléments devant déterminer le comportement des personnes concernées²⁶. Envisagée comme une garantie fondamentale des droits du justiciable, la motivation des décisions de justice permet aussi à celui-ci de mieux *comprendre les raisons qui ont guidé le juge dans le choix de la solution*²⁷. Elle peut ainsi contribuer à décourager l'exercice de voies de recours qu'une partie mal ou insuffisamment éclairée, pourrait être tentée de mettre en œuvre. En fait, la motivation pose d'autres problématiques au-delà de son existence ou non dans une décision judiciaire. Lorsque la motivation existe, il convient après, d'apprécier son étendue (est-elle suffisante ?), son utilité (est-elle surabondante ?), sa pertinence (est-elle adéquate aux données du litige ?) et de mesurer la profondeur du contrôle exercé par les juridictions supérieures. Cela est aussi valable en droit administratif. En droit sénégalais, on a pu noter l'évolution de la position du juge qui s'est progressivement détaché du principe "pas de motivation sans texte"²⁸ pour, aujourd'hui, réduire la marge de manœuvre de l'administration allant même jusqu'à indiquer une forme de motivation²⁹. Natalie Fricéro semble penser autrement puisqu'elle affirme que, *la Cour de cassation se sert de la « soupape » de l'excès de pouvoir pour garantir aux justiciables une protection contre des violations graves de principes directeurs du procès civil, dont les conséquences sur l'image de la justice et la situation des plaideurs seraient redoutables si elles n'étaient pas sanctionnées*. Un juge qui méconnaît le principe d'immutabilité du litige, ou qui viole une règle d'ordre public de procédure commet donc un excès de pouvoir³⁰. Il en est de même d'un juge qui viole un principe fondamental comme celui de la séparation des Pouvoirs. Cela a été la position de la Chambre civile de la Cour de cassation se prononçant sur le pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de Versailles, du 03 décembre 2009. Pour le juge, dans l'hypothèse où un établissement public a seulement une mission relevant d'un service public industriel et commercial, la compétence administrative suppose que, dans le champ de cette mission de service public à caractère industriel et commercial, il y ait mise en œuvre de

²⁵ Voir à ce propos R. Perrot : « l'absence de motivation ne caractérise pas, à elle seule, un excès de pouvoir », obs sous Cass. soc, 21 nov. 1990, Bull. Civ., n° 579 ; RTD civ. 1991, p. 403

²⁶ Il peut s'agir d'un recours à envisager. En effet, toute personne, peut, si les textes le permettent, demander le réexamen de l'affaire en exerçant la voie de recours afférente.

²⁷ Voir Ch. Perelman et P. Foiriers (sous la dir. de) *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 pages.

²⁸ Cela a toujours été la position constante plusieurs fois affirmée par le juge aussi bien sénégalais que français. Voir à ce propos, au Sénégal : C.S, 5 Juillet 1961, Doudou KANE c/ Ministre des travaux public, GDJA, P. 239 ; CS, 6 février 1985, Charles Maurice Gueye, inédit ; CS, 2 décembre 1987, El Hadj Diagne inédit ; CS, 6 juillet 1988, Manutention Africaine, inédit. En France ; CE, 7 juillet 1916, Lévi, Rec. 279 ; CE, 11 août 1916, Leguay, Rec. 370 ; CE, 5 juillet, 1919, Figuera, Rec. 605 ; CE, 10 février 1950, Muller, Rec. 90 ; CE, 16 décembre 1955, dame Bourokba, D. 1956, 392....

²⁹ Voir A. DIEYE, *Le régime juridique de la motivation des actes administratifs au Sénégal*, EDJA, n° 81, Avril-Mai-Juin 2009, pp.23 et suiv.

³⁰ N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *Rev. Générale des procédures*, Dalloz, 1998, p. 19.

prérogatives de puissance publique ; qu'à l'inverse, dans l'hypothèse où un établissement public à caractère industriel et commercial a deux missions, l'une relevant d'un service public à caractère industriel et commercial, l'autre relevant d'un service public à caractère administratif, la compétence administrative s'impose dès lors que le contentieux se rapporte à l'activité ressortissant au service public à caractère administratif ; qu'en décidant le contraire, quand ils étaient en présence d'un établissement public ayant une double mission, l'une ressortissant à un service public administratif, les juges du fond ont violé le principe de la séparation des pouvoirs (consacré) par la loi des 16-24 août 1790 et ont commis un excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir du juge en France renvoie donc à une double méconnaissance par le juge soit d'une loi qui définit ses attributions, soit de certains principes fondamentaux de procédure. Le législateur sénégalais semble avoir une compréhension différente de cette notion.

B- L'excès de pouvoir du juge au Sénégal, une définition discutable

Aux termes de l'article 58 al. 2 de la loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi n° 2008-35 du 08 août 2008³¹ sur la Cour suprême, le procureur général peut, en toutes matières, *saisir le premier président de la Cour suprême aux fins de déférer à la chambre compétente de la Cour, les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs, notamment par erreur de droit, fausse application de la loi ou erreur manifeste dans la qualification juridique des faits*. Puisqu'aucune définition n'a été donnée par le législateur de 2017 de ces éléments, nous sommes fondés à penser qu'il s'agit des mêmes vices pouvant affecter l'acte administratif, des mêmes travers pouvant être reprochés à l'administration.

L'erreur de droit est un vice qui affecte les motifs de droit d'un acte administratif. On estime qu'il y a irrégularité des motifs de droit, lorsque l'autorité a fondé son acte sur une règle juridique inapplicable. Une règle juridique peut être inapplicable pour certaines raisons : par exemple, parce qu'elle n'est pas encore en vigueur ou parce qu'elle n'est plus en vigueur. On perçoit toute la différence avec l'erreur de droit constitutive d'excès de pouvoir chez le juge judiciaire en France³².

³¹ Art. 58. - En toutes matières, le procureur général près la Cour suprême pourra, soit d'office, soit à la demande du ministre de la justice, sans avoir à observer de délai, se pourvoir en cassation dans l'intérêt de la loi contre un arrêt ou un jugement contre lequel, cependant, aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé ou qui a été exécuté. Dans ce cas, la Cour suprême statue sans renvoi et sa décision n'a aucun effet entre les parties.

En toutes matières, le procureur général peut, sans avoir à observer de délai, saisir le premier président de la Cour suprême aux fins de déférer à la chambre compétente de la Cour, les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs, notamment par erreur de droit, fausse application de la loi ou erreur manifeste dans la qualification juridique des faits.

La chambre saisie annule ces actes, s'il y a lieu. L'annulation vaut à l'égard de tous. Les parties sont renvoyées devant la juridiction saisie en l'état de la procédure antérieure à l'acte annulé.

³² Si l'erreur de droit intervient dans un arrêt de Cour d'appel, le justiciable devra alors saisir la Cour de cassation.

En effet, la « violation manifeste de la règle de droit » constitue un cas d'ouverture à pourvoi (nom du recours formé devant la Cour de cassation).

Il y a alors deux solutions. Soit la Cour de cassation considère :

- Qu'il n'y a pas d'erreur de droit : en ce cas, elle rejette le pourvoi. Les voies de recours sont épuisées.
- Que l'erreur est constituée : elle casse partiellement ou totalement la décision et renvoie l'affaire à une autre cour d'appel (ou une autre composition de la même cour) afin qu'un autre arrêt conforme au droit soit rendu.

Si l'acte administratif existe dès sa signature, il n'est opposable aux administrés qu'à partir de l'accomplissement des formalités de la publicité. En effet, une décision individuelle est créatrice de droits dès sa signature : CE, 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi*³³. Un recours pour excès de pouvoir est recevable contre elle-même sans mesure de publicité. Il y a deux modalités de publicité : la notification (utilisée pour les actes administratifs individuels : voir art 12 de la loi n°2021-21³⁴) et la publication au journal officiel ou sur support électronique (utilisée pour les actes réglementaires : voir articles 3 et suiv de la loi précitée).

Il y a des actes administratifs qui doivent faire l'objet à la fois d'une notification aux intéressés mais aussi d'une publication pour les tiers. Il en est ainsi de l'affectation ou la désaffectation d'une terre du domaine national qui doit faire l'objet de publicité par notification aux intéressés et publication par tout moyen approprié (Cf al 2 de l'article 12 précité et l'article 18 du décret n°72-1288 du 27 octobre 1972).

C'est donc la mesure de publicité qui marque l'entrée en application de l'acte.

Une règle juridique peut aussi être inapplicable parce qu'elle repose sur un texte qui n'existe pas. C'est la position du juge sénégalais dans l'affaire Séga Seck Fall ³⁵ ;

Il y a enfin erreur de droit lorsque l'autorité a fondé son acte sur une règle juridique applicable mais elle s'est trompée sur ce que celle-ci permettait ou imposait de faire. Il y a eu mauvaise interprétation.

Le législateur évoque aussi à l'article 58 l'erreur manifeste dans la qualification juridique des faits qui constitue une irrégularité touchant les motifs de fait³⁶ dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

On peut ainsi aisément noter que le législateur sénégalais ne définit pas la notion d'excès de pouvoir du juge mais n'en donne que les éléments constitutifs. Ceux-ci ressemblent aux vices susceptibles d'entacher un acte administratif que le juge doit, lui-même sanctionner.

M. Souleymane KANE, Conseiller à la Cour suprême, dans une contribution intitulée « Quelques idées pour améliorer la procédure devant les formations de la Cour suprême »³⁷ a une lecture très critique de cette posture du législateur sénégalais. Pour lui, *l'excès de pouvoir ainsi défini n'est pas celui du juge mais de l'administration ; c'est à elle qu'on défend de commettre une erreur dans la qualification des faits sous peine de se rendre coupable d'excès de pouvoir*. Pour le conseiller Kane, *le juge qui commet une erreur dans la qualification des faits a simplement mal jugé ; il n'a pas commis un excès de pouvoir*.

Nous partageons cette position du juge Kane dans la mesure où *mal juger* ne constitue pas forcément un excès de pouvoir. Ce n'est pas pour rien qu'en dépit des dispositions de l'article 51 de la loi n° 2017 – 09 précitée aux termes desquelles, les décisions de la Cour suprême ne

³³ CE, 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi*, Sirey 1953 III p. 38. A la différence des actes réglementaires ou de portée collective qui ne nécessitent pas de notification, les actes individuels doivent être notifiés à la personne concernée, l'acte ayant force exécutoire à la date de réception de la lettre de notification. Parallèlement, la procédure supplémentaire pour les autorités locales est la nécessité de transmettre ces actes individuels au préfet. La seule exception à la notification réside dans le fait qu'un acte individuel favorable au destinataire peut entrer en vigueur dès la signature de cet acte.

³⁴ Fixant les règles d'applicabilité des lois, des AA à caractère réglementaire et des AA à caractère individuel.

³⁵ La décision en cause doit reposer sur une base juridique correcte CS 28 avril 1971 Issaga Keïta, *Annales africaines* 1973-294. (En l'absence de texte exprès, le ministre ne dispose pas du pouvoir de modifier la répartition des postes entre le concours professionnel et le concours direct

³⁶ Il y a irrégularité soit lorsque les faits qui ont justifié la prise de la décision n'existent pas : on parle d'inexactitude matérielle des faits (voir infra).

³⁷ Contribution lors du « Mardi de la Cour » du 28 juillet 2015 dont le thème portait sur « *La réforme de la procédure devant les formations de la Cour suprême* ».

sont susceptibles d'aucun recours, une exception a été prévue s'agissant d'une requête en rectification matérielle³⁸ ou en rabat d'arrêt. L'on est fondé à analyser la requête en rabat d'arrêt comme un dispositif de rattrapage d'une erreur du juge d'autant plus que l'alinéa 3 de l'article 51 précité mentionne bien que la requête en rabat d'arrêt n'est accueillie que lorsque l'arrêt attaqué est entaché d'une erreur de procédure. « Mal juger »³⁹ n'est pas assimilable aux comportements du juge que l'analyse de la jurisprudence française permet de qualifier d'excès de pouvoir par exemple quand le juge s'attribue des pouvoirs qu'il n'est pas habilité à exercer ou qu'il agit dans un cas prévu par la loi mais sans respecter les limites que cette loi lui impose. Ce n'est non plus assimilable à ce que le droit canadien qualifie d'excès de pouvoir des agents publics qui sont considérés comme des *actes abusifs* qui *s'étagèrent à partir de l'illégalité la plus flagrante jusqu'au simple manque de loyauté*⁴⁰.

Pour Marie-Anne Frison-Roche, ce serait une erreur que de s'en limiter au principe *que le juge ne commet pas d'erreur, ou plutôt qu'on ne peut, en droit, se prévaloir des erreurs commises par les magistrats, hors voies de recours légalement organisés*. Pour cet auteur, *cela préserve à la fois la paix sociale et l'indépendance de la magistrature. Mais ces raisons ne sont pas de marbre car les erreurs judiciaires peuvent ébranler les sociétés, il suffit d'évoquer l'affaire Dreyfus ... Il faut donc pouvoir rouvrir pour mieux refermer la blessure, admettre le désordre pour garantir la sécurité juridique et la confiance dans le système juridictionnel*⁴¹. Oui, on peut rouvrir pour mieux refermer la blessure mais en définissant très clairement ce qui constitue l'acte ou le comportement du juge susceptible d'être considéré comme une erreur ou un excès de pouvoir.

Comment le juge peut-il commettre un excès de pouvoir par *erreur manifeste dans la qualification juridique des faits* ? Qu'entend le législateur par cette formule ? En tout cas, il est difficile de trouver la réponse à cette question si l'on raisonne à partir de l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. En France, le juge a toujours rejeté l'idée d'un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration car, disait-on, soumettre le pouvoir discrétionnaire au contrôle juridictionnel, c'est permettre au juge *de s'immiscer dans le domaine de l'administrateur*⁴². L'idée n'a été acceptée que tardivement à travers l'arrêt Lagrange (voir infra). Dans cet arrêt, le juge estime que l'appréciation qui lui est déférée n'est *pas susceptible d'être discutée*⁴³ devant lui mais *qu'il lui appartient néanmoins d'examiner si cette appréciation ne serait pas manifestement erronée*. Au Sénégal, le Conseil d'Etat a consacré la technique de l'erreur manifeste d'appréciation –EMA– dans son arrêt du 27 octobre 1993, CICR⁴⁴ se démarquant ainsi de la position de l'ancienne Cour suprême qui a toujours rejeté la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation (voir infra).

³⁸ Pour Chouaibou Njoya, le recours en rectification d'erreur matérielle constitue *une voie de recours exceptionnelle qui sert en principe à rectifier des erreurs matérielles de plume... (Il) sert aussi, depuis l'arrêt Dame veuve Benoit du 21 novembre 1930, à corriger certaines erreurs juridiques* (Voir Le recours en rectification d'erreur matérielle en contentieux administratif, Thèse de doctorat en Droit du contentieux administratif, droit administratif, droit public soutenue en 2004, Sous la direction de Patrick Benoit. Disponible au format microfiche, 910 p.

³⁹ Louis LeBel, *L'art de juger*, Presses de l'Université Laval, 2019, Coll Dikè, 380 p ; Renaud Colson. *La fonction de juger : Etude historique et positive*. Fondation Varenne. LGDJ, pp.348 et suiv ; Philippe Coppens, *Normes et fonction de juger*, Coll La pensée juridique, LGDJ, 1998, 304 p.

⁴⁰ Voir Jodouin, « Les abus de pouvoir et de fonction en droit pénal canadien », *Les Cahiers de droit*, 1978, précité

⁴¹ Frison-Roche, M.-A., « L'erreur du juge », *RTD civ.*, 2001, pp.819-832.

⁴² Formule du Commissaire du gouvernement Letourneur

⁴³ CE, 15 février 1961, Lagrange

⁴⁴ Dans cette affaire, l'inspecteur du travail de Dakar avait autorisé le licenciement d'un groupe de travailleurs. La dame Yéya Kane qui faisait partie de ce groupe fut la seule à saisir le ministre de l'Emploi d'un recours dirigé contre la décision de l'inspecteur du travail. Le ministre de l'Emploi, infirma la décision en ce qui concerne la dame Kane. Le CICR déféra alors la décision du ministre devant le CE en soulevant deux moyens : la violation

En tout état de cause, le principe qu'un juge puisse commettre un excès de pouvoir est admis aussi bien en France qu'au Sénégal et une voie de recours est tout aussi ouverte. Toujours dans ces deux pays, le juge (un autre juge, certes) a pour mission de sanctionner l'excès de pouvoir, un autre excès de pouvoir, celui de l'administration.

Deuxième partie : La sanction de l'excès de pouvoir par le juge

Au Sénégal comme en France, l'intervention du juge de l'excès de pouvoir fait suite à un recours contentieux par lequel un administré lui a demandé de prononcer l'annulation d'un acte administratif édicté par une personne morale de droit public (ou une personne morale de droit privé utilisant des prérogatives de puissance publique) pour violation de la légalité⁴⁵.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif qui tend à annuler une décision administrative⁴⁶.

Aussi bien au Sénégal qu'en France, l'examen du recours quant au fond suppose que le juge ait déclaré le recours recevable. On note, à quelques nuances près, une ressemblance au niveau des conditions de recevabilité du recours.

A- Une convergence presque parfaite au niveau des conditions de recevabilité

La recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir s'apprécie par rapport à trois éléments : la personne du requérant, la nature de l'acte attaqué et la requête elle-même. On retrouve ces trois éléments en France et au Sénégal.

S'agissant des conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant, il faut que le requérant ait la capacité d'agir et un intérêt à agir. La capacité d'agir est appréciée dans les termes du droit commun. La condition relative à l'intérêt à agir soulève plus de difficultés. La jurisprudence distingue aussi bien en France qu'au Sénégal l'intérêt à agir des personnes physiques et l'intérêt à agir des groupements⁴⁷. En ce qui concerne les personnes physiques, le juge considère, aussi bien au Sénégal qu'en France, que l'acte doit avoir lésé moralement ou matériellement les intérêts du requérant. Entre le requérant et l'acte doit exister un lien évident⁴⁸. Dans l'affaire *Ahmet Khalifa Niasse C/ Etat du Sénégal*, le juge, après avoir rappelé que le recours en excès de pouvoir n'est recevable que si son auteur justifie d'un intérêt et d'une qualité à agir, déclare irrecevable le recours du sieur Niasse en se fondant sur le fait que ce dernier *n'établit, ni es nom ni es qualité de dirigeant d'un parti politique,*

du principe d'égalité des citoyens devant le service public et l'EMA. Même si le Conseil d'Etat a rejeté les deux moyens, il a quand même consacré, pour la première fois, la technique.

⁴⁵ Le recours pour excès de pouvoir proprement dit tend à l'annulation d'une décision administrative mais il peut s'agir d'un recours en appréciation de la légalité ou d'un recours en inexistence. Le recours en appréciation de la légalité ne peut être introduit qu'à la suite d'une décision d'une autre juridiction renvoyant à la juridiction administrative l'examen de la question préjudicielle de légalité d'une décision administrative à laquelle est subordonnée la solution d'un litige pendant devant cette juridiction. Le recours en inexistence d'une décision consiste à faire déclarer par le juge administratif le caractère nul et non avenue de la décision.

⁴⁶ L'histoire du recours pour excès de pouvoir est liée, en France, à la longue gestation du Conseil d'Etat créé par la loi du 21 mai 1872. Encore que ce n'est qu'en 1892 que le Conseil d'Etat a acquis son indépendance totale par l'arrêt *Cadot*, qui a vu le commissaire du gouvernement Jagerschmidt dégager les contours du recours pour excès de pouvoir en ces termes : « *partout où il existe une autorité administrative ayant un pouvoir de décision propre, pouvant prendre des décisions administratives exécutoires... le Conseil d'Etat peut être directement saisi* ». Au Sénégal, le recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui consacré par la loi organique n°2008-35 portant création de la Cour Suprême (CS).

⁴⁷ CS, 13 décembre 2012, *Ahmet Khalifa Niasse C/ Etat du Sénégal*,

⁴⁸ CE, 11 décembre 1903, *Lot*, R. 780, S. 1904, 3. 113

l'existence d'un intérêt direct, suffisant et certain au maintien de la taxation des communications téléphoniques internationales entrant en République du Sénégal ⁴⁹.

S'agissant de l'intérêt à agir des personnes morales, le principe c'est qu'elles ne doivent normalement agir que pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres. La décision de principe a été rendue en France en 1906⁵⁰ Au regard de cette jurisprudence, les personnes morales ne peuvent attaquer les actes individuels concernant un de leurs membres sauf si elles ont reçu un mandat spécial. Dans l'affaire, ANHMS c Etat du Sénégal⁵¹, mandat a été donné par le sieur Fadiya à l'Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal –ANHMS- qui a introduit un recours en annulation de la décision d'un jury ayant écarté la candidature du sieur Fadiya à l'épreuve d'admission au motif que l'infirmité dont il est atteint est incompatible avec la fonction de volontaire de l'enseignement. Ce dernier, handicapé physique avait été classé second sur une soixantaine d'admissibles. Le juge a déclaré la requête recevable et a annulé la décision du jury.

En France, on note qu'une association non déclarée peut se pourvoir devant le juge administratif au contraire d'un groupement interdit par la loi tout comme des incapables du droit civil contre des décisions portant atteinte à la liberté individuelle⁵².

S'agissant de la nature de l'acte attaqué, le recours pour excès de pouvoir n'est en principe recevable que si l'acte contre lequel il est dirigé est un acte administratif, sauf exception, unilatéral. En plus, il faut qu'il s'agisse d'une décision faisant grief, c'est-à-dire un acte susceptible de modifier l'ordonnement juridique⁵³. En France, l'on semble avoir dépassé cette distinction « actes décisifs » et « actes non décisifs », la jurisprudence les qualifiant désormais tous de « documents de portée générale ». Depuis l'arrêt GISTI de 2020, de tels documents peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'ils *sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* ⁵⁴. C'est dire, qu'en France, le champ du recours pour excès de pouvoir se trouve considérablement élargi en vertu de la jurisprudence GISTI et ses prolongements⁵⁵. Pour le juge, il y a lieu de se prémunir contre le fait que l'administration peut utiliser des instruments de communication pour influencer ou dissuader les acteurs, et peut émettre des prises de position ou des recommandations qui n'ont pas de valeur obligatoire mais qui vont, dans les faits, être écoutées et être suivies d'effet⁵⁶.

⁴⁹ En France, la jurisprudence n'a admis l'intérêt à agir ni d'un contribuable de l'Etat, ni du citoyen en général encore moins d'un parlementaire. Dans tous ces cas, le juge a considéré que *le justiciable doit établir que l'acte attaqué « l'affecte dans des conditions suffisamment spéciales, certaines et directes (voir CE, 13 décembre 2006, Commune d'Issy-les-Moulineaux, AJDA 2007.369.*

⁵⁰ CE 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, R. 977, S. 1907

⁵¹ CE 29 juin 2000, ANHMS c Etat du Sénégal

⁵² CE 10 janvier 1959, Dame Poujol, R. 355.

⁵³ En 2016, le Conseil d'État a admis la recevabilité des recours pour excès de pouvoir contre des actes qui n'étaient jusqu'alors pas susceptibles de recours juridictionnels. Il s'agit d'actes dit de « droit souple » : actes de communication (*communiqué de presse de l'Autorité des marchés financiers visant à mettre en garde contre certains placements financiers, d'autre part, une prise de position adoptée par l'Autorité de la concurrence déclarant que l'une de ses décisions était devenue sans objet*) : CE Ass., 21 mars 2016, Sociétés Fairvesta international et Société Numericable, n°390023, RFDA 2016. 497 et 506.

⁵⁴ CE, 12 juin 2020, GISTI, n° 418142, RFDA 2020, p.85.

⁵⁵ Voir CE 8 avril 2022, Syndicat national du marketing à la performance à propos d'une question-réponse mise en ligne sur le site internet de la CNIL. Pour le juge, dès lors que l'acte est de nature à modifier les comportements, il est susceptible de recours.

⁵⁶ Voir CE 25 mai 2022, Assoc. Territoire de Musiques et autres, n°45846 qui admet un recours contre un communiqué de presse qui annonçait l'intention du gouvernement d'édicter un acte réglementaire.

Certaines mesures demeurent encore, aussi bien au Sénégal qu'en France, insusceptibles de recours. Il en est ainsi des mesures d'ordre intérieur (*destinées à régir l'organisation et le fonctionnement interne des services*)⁵⁷, des actes préparatoires (*avis, renseignements...*), des actes comminatoires (*injonction d'agir ou de ne pas agir dans un sens : exemple, une mise en demeure*).

Sont exclus, les recours pour excès de pouvoir contre les actes législatifs et les actes juridictionnels⁵⁸.

Certaines décisions, sans être de droit privé, font incontestablement grief mais échappent également au contrôle du juge de l'excès de pouvoir⁵⁹. Cet état de fait est foncièrement combattu par René Chapus pour qui, *lorsque le gouvernement accomplit, en matière intérieure ou internationale, de ces actes en lesquels on reconnaît des actes de gouvernement, on voit mal en quoi il s'acquitte de tâches administratives*.⁶⁰

En ce qui concerne les contrats administratifs, l'on a fini par admettre qu'un recours puisse être dirigé, en dehors des actes détachables⁶¹ contre les *clauses règlementaires* du contrat⁶². Il a aussi été jugé que, *eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires, les contrats par lesquels, il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant*⁶³.

En outre, dans le cadre de la décentralisation, le procédé du déféré permet au représentant de l'Etat de saisir le juge d'un recours dirigé contre un contrat administratif⁶⁴. En France Le Conseil d'Etat après avoir considéré dans sa décision du 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*⁶⁵ que le déféré préfectoral peut être assimilé à un recours pour excès de pouvoir est

⁵⁷ En dépit des jurisprudences *Marie* (recevabilité du recours d'un détenu contre « la sanction de mise en cellule de punition pour une durée de huit jours, avec sursis » (CE, ass., 17 février 1995). Le Conseil d'Etat est d'ailleurs revenu en 2007 pour préciser la portée de la jurisprudence *Marie* (voir CE, ass., 14 décembre 2007, Garde des sceaux, ministre de la Justice c / M Boussouar, RFDA 2008, 87.

⁵⁸ L'irrecevabilité ne s'étend pas aux actes concernant « l'organisation même du service public de la justice (voir TC 12 octobre 2015, *Hoareau*, n°C4019, AJDA 2015. 2370).

⁵⁹ Un acte de gouvernement est un acte pris par les pouvoirs publics et qui est « insusceptible d'être discuté par la voie contentieuse ». Ils bénéficient d'une immunité juridictionnelle absolue. 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. Le juge saisi, se déclare incompétent.

Les actes de gouvernement sont surtout notés dans le domaine des relations de l'Exécutif avec les autres Pouvoirs constitutionnels. Ainsi le juge administratif se déclare incompétent pour connaître la décision de convoquer l'Assemblée nationale en vue de la déclaration de politique générale du Premier Ministre (CS 10 janvier 2013, Modou DIAGNE), la décision de recourir au référendum (CE SN 04 janvier 2001, Parti Socialiste et URD contre Etat du Sénégal), la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel (CE 09 avril 1999, Mme BA, RFDA 1999, p.566), la décision de recourir à l'article 16 de la Constitution de 1958 (CE 02 mars 1962 Rubin De Servens, GAJA n°82). Il en est ainsi des décisions de dissoudre l'assemblée nationale, de saisir le Conseil constitutionnel, de promulguer la loi, de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du PR, de nomination du Premier ministre, de soumettre un projet ou une proposition de loi au référendum... En France, le juge a considéré qu'« est détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution » le décret par lequel le Premier ministre charge un député d'une mission temporaire : CE, 25 septembre 1998, Mégret, RDP 1999. 254. par laquelle le

⁶⁰ R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? » D. 1958, p. 76.

⁶¹ CE, 4 août 1905, Martin, R. 749

⁶² CE, 10 juillet 1996, Cayzele, AJDA 1996. 732

⁶³ CE, 30 octobre 1998, Ville de Lizieux, AJDA 1998.969

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ CE, 26 juillet 1991 Commune de Sainte-Marie, RFDA 1991.966,

revenu sur sa jurisprudence en jugeant, dans ses décisions du 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*⁶⁶ que le déféré préfectoral dirigé contre un contrat est, non plus un recours pour excès de pouvoir mais un recours de plein contentieux. Au Sénégal, tout porte à croire que le déféré demeure assimilable à un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où, c'est à la Cour suprême que le représentant de l'Etat défère, aux termes de l'article 246 du code général des collectivités territoriales, *les conventions relatives aux marchés ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial*⁶⁷.

En ce qui concerne la requête elle-même, les formalités à satisfaire sont pratiquement les mêmes au Sénégal et en France. Elle doit être écrite, signée⁶⁸ et signifiée dans le délai de deux mois à la partie adverse⁶⁹. Dans l'affaire Mamadou Lamine SARR et 133 autres contre Etat du Sénégal, la CS déclare dans son arrêt du 8 mars 2012, l'Etat du Sénégal déchu de son pourvoi faute d'avoir satisfait à cette dernière exigence.

La requête doit également comporter certaines mentions relatives au nom, domicile du requérant et contenir un exposé sommaire des faits et des moyens c'est-à-dire des circonstances qui sont à l'origine du recours et des arguments juridiques qui soutiennent la requête. Le juge déclare irrecevable une requête dans laquelle il n'y a pas un exposé des moyens. CS 27 mai 1981, Aboubacar Sylla. La décision contestée doit être jointe à la requête-- (article 34 LO 2008-35). Elle doit également être accompagnée de la décision querellée. La CS dans son arrêt du 12 avril 2012 a déclaré irrecevable le recours de Babacar GUEYE introduit le 30 juin 2011 au motif que le requérant qui s'est borné à déposer une requête, sans la décision attaquée et sans une pièce justifiant du dépôt de la réclamation, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 35 de la loi organique sur la Cour suprême qui dispose que la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée de la décision administrative attaquée ou d'une pièce justifiant du dépôt de la réclamation susvisée. Il en a été de même dans l'arrêt Maham BA⁷⁰. Dans les deux pays, l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire⁷¹.

⁶⁶ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, RFDA 2012. 683.

⁶⁷ Les autres actes sont constitués des délibérations des conseils ou des décisions prises par délégation des conseils, des actes à caractère réglementaire pris par les collectivités locales dans tous les domaines qui relèvent de leur compétence en application de la loi, des décisions individuelles relatives à la nomination, à l'avancement de grade ou d'échelon d'agents des collectivités locales, des décisions individuelles relatives aux sanctions soumises à l'avis du conseil de discipline et au licenciement d'agents des collectivités locales et des décisions réglementaires et individuelles prises par le président du conseil départemental ou le maire dans l'exercice de leurs pouvoirs de police (Art 243 et 244 de la loi n° 2013- 10 du 28 décembre 2013 portant Code des collectivités territoriales.

⁶⁸ La requête doit être signée par un avocat, par un Ministre ou un fonctionnaire habilité à ester en justice au nom de l'Etat ou encore par un Président de Collectivité locale : Art 34 de la LO n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême : Nb, Il faut noter qu'aux termes de l'article 73 de cette même loi organique, « le demandeur est dispensé du ministère d'un avocat ».

⁶⁹ Art 38 de la LO précitée

⁷⁰ CS, 9 février 2012, Maham BA C/ UCAD. Pour le juge, la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée de la décision administrative attaquée ou d'une pièce justifiant du dépôt de la réclamation ; qu'en se bornant à introduire une requête accompagnée de la lettre de notification du Recteur de l'UCAD, sans la décision attaquée et sans une pièce justifiant du dépôt de la réclamation, le requérant n'a pas satisfait aux exigences de l'article 35.3 de la loi organique sur la Cour suprême.

⁷¹ En France, elle peut l'être en appel. Devant le Conseil d'Etat (comme pour la Cour de cassation et le Tribunal des conflits), il doit s'agir d'un « avocat au Conseil d'Etat ». Voir P. GONOD, *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, coll « Thèmes et commentaires », 2001. Notons qu'en France, la compétence

Le dépôt de la requête peut avoir lieu directement au greffe de la juridiction. En France, elle peut l'être au moyen d'une application informatique accessible en ligne, dénommée *Télérecours*.

La requête doit enfin être introduite dans le délai de deux mois à partir de la notification de l'acte ou de la publication⁷². Aux termes de l'article 73-1 de la loi organique 2017-09 sur la Cour suprême, le délai du recours pour excès de pouvoir, court de la date de publication de la décision attaquée, à moins qu'elle ne doive être notifiée ou signifiée, auquel cas le délai court de la date de la notification ou de la signification⁷³. Dans son arrêt du 8 mars 2012 (Birame Ndeck MANE), la CS, a déclaré recevable un recours en date du 19 août 2011 sollicitant l'annulation d'un arrêté du 20 avril 2004 du Ministre de l'Intérieur portant radiation des cadres des Forces de Police avec suspension des droits à pension au motif que le délai n'a pu courir étant donné que la décision attaquée est une décision individuelle qui n'a pas été notifiée au requérant.

En ce qui concerne les actes individuels intéressant les tiers, le point de départ du délai est la publication pour les tiers intéressés et la notification pour les destinataires⁷⁴. Le juge peut appliquer la théorie de la connaissance acquise. Au regard de cette théorie, le point de départ du délai est déterminé à partir de la date à laquelle le requérant, en posant certains actes, révèle qu'il a eu connaissance de la décision⁷⁵. C'est ce que le juge a réaffirmé dans son arrêt du 8 mars 2012 dans l'affaire Bineta SARR C/ Etat du Sénégal. Il estime que *la requérante qui avait connaissance de l'existence de l'arrêté au moins à la date du 11 mars 2010 et qui ne l'a attaqué en annulation que le 17 décembre 2010, soit largement au-delà du délai de deux mois, est forclose*⁷⁶. En France, le Conseil d'Etat considère depuis 2016 que s'il est établi que

pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir, appartient normalement en premier ressort aux tribunaux administratifs, et, en appel, aux Cours administratives d'appel. Juge de cassation, le Conseil d'Etat est aussi dans certains cas, compétent en premier et dernier ressort.

⁷² Dans son arrêt en date du 12 avril 2012, la CS a déclaré irrecevable le recours formé par Pape Birame Touré et autres contre le décret n°2011-426 du 29 mars 2011 portant création de la commune de Diakhao et de la Communauté rurale de Thiaré Ndiargui dans le département de Fatick au motif que les requérants ont introduit leur recours en annulation le 25 juillet 2011 soit plus de deux mois après la publication du décret attaqué qui a été faite dans le journal officiel du 28 avril 2011

⁷³ Le calcul du délai communément appelé computation du délai est dit « franc » car ne sont comptés dans le délai ni le « dies aquo » (jour de la notification, de la publication, ni le « dies ad quem » (jour du terme du délai). Les jours fériés et non ouvrables ne sont pas pris en compte dans la computation du délai.

Généralement, le délai du recours peut être prorogé pour plusieurs raisons :

- Une décision explicite intervient au-delà de la période des 04 mois. Dans ce cas, aux termes des dispositions de l'article 73 alinéa 1 de la loi organique n°2008-35 portant création de la Cour Suprême, « la décision explicite intervenue postérieurement à l'expiration de la période de 04 mois prévus aux 3° et 4° alinéas fait courir un nouveau délai de 02 mois ».
- La saisine d'une juridiction incompétente proroge le délai du recours pour excès de pouvoir qui commence à courir à partir de la notification de la déclaration d'incompétence de la juridiction saisie à tort CS 09 février 1966, Dame Fatou Diop (Annales Africaines 1973, p.268).

L'introduction d'un recours gracieux ou hiérarchique dans le délai du recours contentieux. La CS a considéré dans son arrêt du 23 février 2012 Serigne Babacar SECK Contre Conseil régional de Kaolack qu'« *il est de principe que, sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut être l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai* ».

⁷⁴ Il en est ainsi des permis de construire, notifiés aux intéressés et aussi affichés en mairie et sur les terrains visés

⁷⁵ A propos des décisions prises par un organe collégial, le délai peut commencer à courir à l'égard des membres de cet organisme qui ont participé à la séance (sans qu'il y ait lieu, en principe, d'édicter des mesures de notification : voir G. Pellissier, Concl sur CE, 11 décembre 2013 ? AJDA 2014.358

⁷⁶ Le juge considère « qu'il ressort des pièces du dossier que l'ordonnance de référé du 24 août 2009 rendue dans l'affaire opposant Bineta SARR et Bator GUEYE, après avoir énoncé que chacune des deux parties s'est

le destinataire d'une décision individuelle a eu connaissance de cette dernière, *il ne peut désormais exercer le recours au-delà d'un délai raisonnable qui, sauf circonstances particulières, est en principe d'un an*⁷⁷. Cette règle est également applicable lorsqu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la contestation d'une décision implicite de rejet née du silence gardé par l'administration⁷⁸ ainsi qu'à celle d'une décision dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception⁷⁹

Lorsque l'administration ne répond pas à un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique, le silence vaut au bout d'un certain temps décision implicite de rejet du recours. Le délai du recours pour excès de pouvoir commence alors à courir à partir de l'expiration de ce délai (quatre mois en droit sénégalais)⁸⁰. Dans son arrêt du 22 mars 2012 (Mame Thierno DIENG), la Cour Suprême a déclaré le recours de Mame Thierno DIENG recevable. Pour le juge, le délai du recours contentieux ne doit commencer à courir qu'à compter de la réponse de l'autorité administrative. Le Recteur ayant gardé le silence sur un recours hiérarchique daté du 9 février 2011, la décision implicite de rejet était acquise au bout de quatre mois et, dès lors, le recours en annulation introduit le 11 août 2011 est recevable, pour avoir été fait dans le délai légal⁸¹.

B- Un juge mieux armé en France dans le traitement des cas d'ouverture et le suivi des décisions d'annulation

Aussi bien en France qu'au Sénégal, l'irrégularité d'une décision administrative peut, de façon générale, se rapporter aux mêmes éléments (irrégularité quant à l'auteur, irrégularité quant à la forme, irrégularité quant aux motifs, irrégularité quant à l'objet et irrégularité quant au but). Ces irrégularités sont classées dans deux catégories d'illégalités⁸²: les illégalités externes et les illégalités internes (1). Cette irrégularité peut entraîner l'annulation de l'acte. Restera (surtout au Sénégal) le problème du suivi lié à celle-ci. En France, la loi du 8 février 1995 a consacré le pouvoir de prononcer des injonctions en exécution de la chose jugée. Le juge sénégalais retrouve sur son chemin, parfois, des obstacles l'empêchant d'explorer davantage les suites qu'impliquent ses décisions d'annulation (2).

prévalue d'un titre sur le même terrain, a fait état de la décision attaquée ; que l'assignation en expulsion, servie le 11 mars 2010 à Bineta SARR en personne, fait référence au même arrêté sur lequel, d'ailleurs, le jugement du 27 avril 2010 s'est fondé pour ordonner son expulsion ».

⁷⁷ CE ass, 13 juillet 2016, Czabaj, RFDA 2016. 927

⁷⁸ CE, 18 mars 2019, AJDA n°417270

⁷⁹ CE, 27 février 2019, AJDA, n°418950

⁸⁰ Il est de deux mois, en principe, en droit français aux termes de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000

⁸¹ Voir aussi CS 05 janvier 1978, Cheikh Anta Diop, GDJAS tome I n°10.

⁸² Il existe plusieurs classifications doctrinales. Edouard Laferrière a distingué quatre moyens d'annulation susceptibles d'être invoqués devant le juge administratif : l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et droits acquis, le détournement de pouvoir (E Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1896, t. 2, p. 496 (réédité à la LGDJ en 1989. François Gazier Conseiller d'Etat a estimé en 1951 utile de faire le point devant l'évolution de la jurisprudence. Il oppose légalité externe et légalité interne en distinguant dans la première, le contrôle de l'incompétence, du vice de forme et de l'irrégularité de procédure et, dans la seconde, le défaut de base légale, la violation d'une disposition légale, le détournement de pouvoir ou de procédure (F. Gazier, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », EDCE 1951. 77. George Vedel et Pierre Delvolvé distinguent le contrôle formel de l'acte attaqué (incompétence, vice de forme) et le contrôle matériel de l'acte de l'acte (point de vue objectif : violation de la loi, et point de vue subjectif : détournement de pouvoir).

1- Les illégalités externes et internes d'un acte administratif

Les moyens invocables concernant la légalité externe se ramènent aux vices d'incompétence, de forme et de procédure.

On dit qu'il y a vice d'incompétence lorsque l'auteur de l'acte administratif n'avait pas pouvoir légal de le prendre. La terminologie juridique habituelle distingue l'incompétence *rationae materiae*, l'incompétence *rationae temporis* et l'incompétence *rationae loci*.

Il y a incompétence *rationae materiae* lorsque l'auteur de l'acte n'était pas compétent quant à la matière traitée qui relevait du législateur, de l'autorité judiciaire ou d'une autre autorité administrative. Dans son arrêt du 23 septembre 2014 (Affaire communément appelée des élèves-maitres), la Cour Suprême considère « *que le jury, étant seul habilité à tirer les conséquences de l'erreur ou de la fraude commise...le ministre de l'Education nationale ne peut, sans excéder ses pouvoirs, annuler l'admission de 690 élèves-maitres sur les 2545 initialement déclarés admis* »⁸³.

Il y a incompétence *rationae temporis* lorsque l'auteur de l'acte a agi en dehors de la durée de son investiture (avant son entrée en fonction ou après sa sortie de fonction). Autrement dit, il n'était pas encore compétent, ou au contraire il ne l'était plus⁸⁴.

Il y a enfin incompétence *rationae loci* lorsque l'auteur de l'acte a méconnu les limites territoriales de sa compétence⁸⁵.

L'incompétence peut aussi consister en une usurpation de fonctions. Celle-ci donne lieu à application de la théorie de l'inexistence : l'acte accompli par l'usurpateur n'est pas seulement illégal, il est inexistant⁸⁶. Le cas le plus fréquent est celui d'un acte pris par une personne n'ayant pas la qualité d'autorité administrative. Le juge peut déclarer l'acte légal en application de la théorie du fonctionnaire de fait.

Il y a enfin les cas particuliers concernant les irrégularités en rapport avec les avis conformes (que le Conseil d'Etat qualifie d'incompétence)⁸⁷ et concernant l'hypothèse d'une autorité qui

⁸³ Voir aussi CS 05 juillet 1979, Aminata Sall GDJAS (exclusion d'étudiants de l'université par décision du Président de la République, autorité incompétente en la matière) ; CS 10 janvier 2013, Zahira Saleh (le Préfet est intervenu dans une matière réservée au Maire).

⁸⁴ CE ass, 27 avril 1973, Delle Serre, Rec. 302, AJDA 1973.487

⁸⁵ CS, 2 janvier 1970, Longin Coly. Le Préfet de Bignona n'a de compétence qu'à l'intérieur du Département du même nom.

⁸⁶ L'inexistence peut être juridique ou matérielle (l'acte en cause n'a jamais existé : exemple la délibération du conseil municipal n'a jamais existé (CE 28 février 1986, préfet des landes). La constatation de l'inexistence pourra être faite aussi bien par le juge judiciaire que par le juge administratif, même si les délais sont écoulés. Le Conseil d'Etat a admis la théorie de l'inexistence à propos d'une usurpation de fonction dans l'arrêt *Rosan Girard*, CE, 31 mai 1957 (*Un préfet avait empiété sur les pouvoirs du juge*).

⁸⁷ Les avis conformes sont, selon les mots de Laferrière « *quelque chose de plus que des avis, ils constituent une collaboration effective à la décision ; celle-ci ne peut pas être prise sans le concours de deux autorités, celle qui fait l'acte et celle qui lui donne son assentiment sous forme d'avis* » ; il en résulte que « *si (...) l'auteur de la décision n'a pas pris ou n'a pas suivi l'avis, le vice de forme qui entache son acte participe de l'incompétence, car il a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en s'associant une autre autorité* » (Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 1, p. 505. Cité par M. Guillaume Odinet, rapporteur public dans ses conclusions - 2 e et 7 e chambres réunies, Séance du 28 septembre 2020 (Document inédit).

refuse de prendre un acte en se déclarant incompétente alors qu'elle peut ou doit agir. C'est ce que la doctrine qualifie « d'incompétence négative »⁸⁸.

Une autorité administrative ne saurait disposer de sa compétence, et elle doit être sanctionnée aussi bien lorsqu'elle excède que lorsqu'elle méconnaît celle-ci. Dans les deux cas, il y a bien illégalité quant à la compétence, si bien que, comme l'exprimera Alibert, *l'incompétence négative est absolument semblable à l'incompétence positive, et se trouve réglée, mutatis mutandis, par les mêmes principes et les mêmes règles*⁸⁹. Pour Arnaud Le Pillouer *si l'on dit d'une autorité qu'elle s'est rendue coupable d'une incompétence négative, on entend signifier au contraire qu'elle est restée*, pour reprendre l'expression de R Chapus « *en deçà des limites* » de sa compétence en prenant la décision en cause⁹⁰.

Le vice d'incompétence est d'ordre public parce qu'il peut être relevé spontanément par le juge. Dans sa décision du 23 février 2012, Amadou Lamine BA, deux moyens tirés de la violation de la loi avaient été soulevés, précisément, le manque de base légale et l'erreur manifeste d'appréciation. Le juge s'est fondé sur le moyen tiré de l'incompétence, relevé d'office, pour annuler la décision au motif que l'Inspecteur général des bâtiments a outrepassé sa compétence en ordonnant l'évacuation des occupants de l'immeuble⁹¹.

Il concerne la présentation formelle de l'acte administratif. Les règles de forme concernant les actes administratifs sont assez peu nombreuses. On peut citer la signature de l'acte par son auteur, la motivation de l'acte, et les contreseings...

Toute violation d'une règle de forme par un acte n'entraîne pas son annulation. C'est parce que le juge administratif est assez peu formaliste. La jurisprudence distingue les formalités substantielles dont la violation entraîne l'annulation de l'acte et les formalités non substantielles dont la violation peut être sans effet sur la légalité de l'acte. Il en est ainsi de l'omission de la date d'une décision administrative (CE, 1952, *Société Balenciaga*).

Il y a vice de procédure quand l'irrégularité concerne les règles qui jalonnent le processus d'élaboration. Elles sont de différents types. Certaines visent à garantir les libertés fondamentales des administrés comme par exemple le respect des droits de la défense. Dans son arrêt du 23 février 2012, Serigne Babacar Seck c/ Conseil régional de Kaolack, la CS dit clairement qu'une décision *procédant au retrait d'un avantage acquis sans que le bénéficiaire n'ait été mis à même de présenter ses moyens de défense, méconnaît le principe du contradictoire et, par conséquent, celui du respect des droits de la défense*.

D'autres prévoient la consultation obligatoire d'organes devant donner un avis avant la prise de la décision. Ainsi, il y'aura vice de procédure soit en cas d'omission d'une consultation obligatoire (CS 23 mars 1975, Souleymane Sidibé : non consultation du conseil supérieur de la fonction publique pour modifier le statut particulier des administrateurs civils) ; soit lorsqu'il y a une irrégularité dans la consultation (CS, 22 mars 2012, Mame Thierno Dieng : irrégularité dans la composition de l'organe devant donner l'avis)⁹². Pour Nicolas Chiffot et

⁸⁸ LE PILLOUER A. « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », RFDA 2010, 1203 ; Aurélie Bretonneau, « L'incompétence négative, « faux ami » du juge administratif »? in Nouveau Cahier du Conseil constitutionnel (L'incompétence en droit constitutionnel), Janvier 2015, pp. 21-28.

⁸⁹ . Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, Payot, 1926, p. 217. Cité par Arnaud Le Pillouer précité. Voir Louis Favoreu et alii, Droit constitutionnel, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 6 e éd., 2003, p. 701.

⁹⁰R. Chapus, Droit administratif général, t. I, Paris, Montchrestien, "Domat - Droit public", 15e éd., 2001, p. 1029.

⁹¹ Le juge a considéré que l'article L.143 du Code de la Construction qui fonde la décision attaquée, dispose, en son alinéa 2, que si l'Inspection des bâtiments constate, au cours de son contrôle, une menace sur la sécurité publique, elle doit transmettre son rapport au représentant de l'Etat qui est tenu, dans ce cas, de faire prendre par la Collectivité locale concernée, les dispositions qui s'imposent conformément à l'article L.139 du même code, c'est-à-dire la prise d'un arrêté de péril.

⁹² La CS a annulé les décisions du 21 décembre 2010 du Doyen de la Faculté de Médecine de l'Université

Maxime Tourbe, l'irrégularité de procédure consiste soit en *l'omission d'une procédure obligatoire, soit en la dénaturation d'une procédure effectivement accomplie par une irrégularité substantielle (un avis, par exemple, a été pris et éventuellement suivi mais la consultation a été donnée par un organisme dont la composition est irrégulière*⁹³.

C'est pour éviter des *annulations considérées comme inutiles* parce que *prononcées pour de simples* considérations de légalité *externe* que le Conseil d'Etat a reformulé sa jurisprudence en 2011 dans l'arrêt Danthony, le Conseil d'Etat a considéré que le non-respect de l'obligation de consultation ne doit être sanctionné que *si l'irrégularité a eu une influence sur le sens de la décision prise ou a eu pour effet de priver l'intéressé d'une garantie* (CE ass, 23 décembre 2011)⁹⁴. Le Conseil d'Etat a également jugé qu'un vice de procédure entachant un acte réglementaire ne peut plus être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir formé contre le refus d'abroger cet acte, ni à l'occasion de sa contestation par voie d'exception (CE ass., 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT)⁹⁵. A côté des illégalités externes, il y a les cas des illégalités internes susceptibles de vicier un acte administratif.

Aussi bien au Sénégal qu'en France, vérifier la légalité interne d'un acte administratif, c'est assurer trois contrôles : le contrôle du contenu de l'acte pour s'assurer de la conformité du contenu de l'acte dont il est demandé l'annulation avec les règles juridiques supérieures à cet acte ; le contrôle des motifs pour rechercher la raison pour laquelle il a été pris au regard de éléments qu'il contient ; le contrôle des mobiles de l'auteur de l'acte.

La légalité interne est donc relative à l'objet, aux motifs et au but de l'acte. Ces éléments peuvent être entachés des vices suivants : violation de la loi, erreurs de droit ou de fait et détournement de pouvoir.

Peut constituer une violation de la loi, la méconnaissance du principe de légalité. La légalité, c'est la qualité de ce qui est conforme à la loi. Mais dans cette définition, le terme « loi » doit être entendu au sens général de « droit ». La légalité exprime donc la conformité au droit. Le principe de légalité formelle implique le respect de la hiérarchie des normes juridiques.

Les règles de droit encadrant l'activité de l'administration - que l'on qualifie souvent de sources de la légalité administrative - sont nombreuses et ont des origines variées. L'illégalité relative à l'objet de l'acte correspond à la violation directe des règles de droit. Elle se rencontre lorsque le dispositif de l'acte attaqué porte atteinte à la hiérarchie des normes. Tout acte administratif dont le contenu est incompatible avec une norme qui lui est supérieure en donne une illustration. Ainsi, constituent des exemples de violation directe des règles de droit les violations d'une disposition à valeur constitutionnelle (sauf écran législatif)⁹⁶, d'un traité,

Cheikh Anta Diop de Dakar au motif qu'elles sont affectées d'un vice de procédure constitutif d'illégalité étant donné que *l'Assemblée restreinte de faculté, organe habilité par le règlement pour donner l'avis avant la prise des décisions, était irrégulièrement composée.*

⁹³ Chifflet N-Tourbe M, *Doit administratif*, 18^e éd., Sirey, 2023, p. 862.

⁹⁴ CE ass, 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, AJDA 2012. 195.

⁹⁵ CE ass, 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, RFDA 2018.649.

⁹⁶ Selon cette théorie, le juge ordinaire refuse de censurer un acte administratif inconstitutionnel pris sur le fondement d'une loi au motif qu'un tel contrôle reviendrait à reconnaître l'inconstitutionnalité de la loi. Cette théorie est d'origine prétorienne. Elle tire sa naissance de la jurisprudence et plus précisément d'un célèbre arrêt du Conseil d'Etat rendu le 6 novembre 1936, l'arrêt Arrighi. La théorie française de la loi-écran est *une conséquence combinée de la théorie de la séparation des pouvoirs, de la théorie de la hiérarchie des normes juridiques et d'un légicentrisme qui remonte à la Révolution française (laquelle a érigé la loi en expression de la volonté générale, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).*

d'une loi, d'un principe général du droit, d'une décision juridictionnelle, d'une règle jurisprudentielle ...

Tout acte administratif unilatéral ou tout contrat administratif violant l'une de ces sources est donc illégal, et est susceptible d'être annulé par le juge de l'excès de pouvoir⁹⁷. Un décret ne peut modifier une loi dit clairement le juge dans l'affaire Ibrahim Seydou Ndaw⁹⁸ ; un arrêté ministériel ne peut violer les dispositions d'une loi affirme le juge dans l'affaire Saudi Binladen Group⁹⁹.

Il y a détournement de pouvoir lorsque l'autorité administrative a utilisé ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lesquels ils lui sont conférés. Deux cas peuvent se présenter :

- il y a utilisation des pouvoirs à des fins autres que l'intérêt public, un intérêt privé notamment. Il en est ainsi quand un Maire révoque un agent qui avait dressé procès-verbal contre une parente de sa domestique¹⁰⁰ ou quand un maire a utilisé ses pouvoirs de police pour prescrire la fermeture, sauf en fin de semaine, d'un établissement de danse qui concurrençait fâcheusement son propre débit de boisson¹⁰¹. Il en est de même quand un autre Maire a fixé les horaires d'ouverture de la mairie de sorte que le secrétaire de la commune ne puisse pas être présent, en raison de ses fonctions d'instituteur¹⁰².

- il y a utilisation des pouvoirs à des fins d'intérêt public mais qui ne sont pas celles de la législation à mettre en œuvre. Ainsi, il y a détournement de pouvoir si des mesures de police ont pour objet principal de servir les financiers d'une collectivité publique¹⁰³ ou s'il y a eu utilisation d'un pouvoir de police spéciale pour exercer un pouvoir de police générale¹⁰⁴. Il en est ainsi également quand un Ministre cherche, sous l'apparence d'une décision de mutation, à sanctionner le proviseur d'un lycée parce qu'il aurait refusé de l'accueillir au lycée et qu'il entretiendrait de mauvais rapports avec un partenaire de l'Etablissement¹⁰⁵

Dans son arrêt du 22 mars 2012 Rizare NATRANG, la Cour Suprême a estimé que le terme « *relevé de ses fonctions* » utilisé dans la décision attaquée et *les allégations du requérant non contredites par l'autorité administrative, établissent que la mesure est manifestement une sanction prise à l'encontre d'un fonctionnaire et ce, sans le respect de la procédure disciplinaire appropriée.*

⁹⁷ L'illégalité relative à l'objet de l'acte correspond à la violation directe des règles de droit. Elle se rencontre lorsque le dispositif de l'acte attaqué porte atteinte à la hiérarchie des normes. Tout acte administratif dont le contenu est incompatible avec une norme qui lui est supérieure en donne une illustration. Ainsi, constituent des exemples de violation directe des règles de droit les violations d'une disposition à valeur constitutionnelle (sauf écran législatif), d'un traité, d'une loi, d'un principe général du droit, d'une décision juridictionnelle, d'une règle jurisprudentielle ...

⁹⁸ CS 26 mai 1965 annales africaines 1973

⁹⁹ CS 29 août 2019, Société Saudi Benladen Group: Le juge considère que, selon les dispositions de l'article 39 de la loi n° 76-66 du 2 juillet 1976 portant code du domaine de l'État, l'administration ne peut résilier un bail emphytéotique sans indemnité que pour inexécution par le preneur de ses obligations et trois mois après mise en demeure par lettre recommandée, restée sans effet ; ...Qu'il n'est pas établi que l'État du Sénégal a procédé à la mise en demeure par lettre recommandée restée sans effet ;

Le juge annula la décision n° 4190/MEF/DGID/DD du 23 février 2018 du ministre de l'Économie et des Finances portant résiliation du bail consenti à la Société Saudi Binladen Group, approuvé le 18 mai 2010.

¹⁰⁰ CE 16 novembre 1900, Maugras, S ; 1901.3.57

¹⁰¹ CE, 14 mars 1934, Dlle Rault, R. 337

¹⁰² CE, 20 avril 1971, Zimmermann, R. 269

¹⁰³ CE 26 novembre 1875 Pariset (pouvoir de police utilisé dans l'intérêt financier de la Commune : préfet-fabrique d'allumettes- nationalisation-indemnisations)

¹⁰⁴ CS 05 février 1986. Mously Wagne

¹⁰⁵ CS, 22 mars 2012, Rizare Natrang

En dehors des deux cas sus cités, le détournement de pouvoir permet aussi d'assurer le respect de la chose jugée ; si l'Administration agit pour éviter de tirer les conséquences d'un jugement ou d'un arrêt, elle commet un détournement de pouvoir¹⁰⁶.

Le vice de détournement de procédure se rapproche du détournement de pouvoir. Il y a détournement de procédure lorsque l'autorité administrative, au lieu d'utiliser la procédure prévue pour l'élaboration d'un acte, utilise une procédure réservée par une loi à un but autre que celui qu'elle poursuit¹⁰⁷. L'utilisation de la voie aménagée pour un autre acte vise à atteindre un résultat qui serait impossible ou plus difficile à atteindre avec l'utilisation de la procédure normale. Il en est ainsi quand l'administration effectue une saisie judiciaire de journaux au lieu d'agir par une mesure de police administrative¹⁰⁸.

En ce qui concerne l'irrégularité des motifs, il faut noter que les motifs sont les raisons de fait et de droit qui ont justifié la décision. Dans la mesure où ils n'apparaissent pas toujours clairement, il appartient au juge de les rechercher avant d'examiner leur légalité. Plusieurs illégalités peuvent être détectées. L'une d'elles est l'erreur de droit.

L'erreur de droit peut prendre la forme d'un défaut de base légale. Il en est ainsi lorsque l'autorité a fondé son acte sur une règle juridique inapplicable. Une règle juridique peut être inapplicable pour quatre raisons : parce qu'elle n'est pas encore en vigueur. Il s'agit par exemple d'une loi dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la publication de décrets d'application qui n'ont pas été pris¹⁰⁹ ; parce qu'elle n'appartient plus à l'ordre juridique pour avoir été abrogée ; parce qu'elle n'existe pas¹¹⁰ ; parce que le fondement juridique est lui-même irrégulier à la suite par exemple d'un constat par voie d'une exception d'illégalité, elle est illégale (non-respect d'une norme supérieure).

L'erreur de droit peut aussi tenir d'une erreur d'interprétation d'un texte. Il en est ainsi lorsque l'autorité a fondé son acte sur une règle juridique applicable mais elle s'est trompée sur ce que celle-ci permettait ou imposait de faire (CE ass, 28 mai 1954, Barel)¹¹¹.

Concernant l'erreur de fait, elle peut consister d'abord en une inexactitude matérielle des faits. Le juge a constaté que les faits qui ont justifié la prise de la décision, n'existent pas. Il en a été ainsi dans les affaires Camino¹¹²; Trépont¹¹³ Amadou Alpha Kane¹¹⁴...

¹⁰⁶ CE ass, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, R. 110. RDP 1951, p. 479

¹⁰⁷ Voir R. Goy, « La notion de détournement de procédure », in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, 1975, p. 321.

¹⁰⁸ CE 24 juin 1960, société Frampar, RDP 1960. 815.

¹⁰⁹ CE ass 2 février 1987 Soc TV6, RFDA 1987, p. 29.

¹¹⁰ La décision en cause doit reposer sur une base juridique correcte CS 28 avril 1971 Issaga Keïta, annales africaines 1973-294. (En l'absence de texte exprès, le ministre ne dispose pas du pouvoir de modifier la répartition des postes entre le concours professionnel et le concours direct

¹¹¹ Le Conseil d'État a jugé que l'administration ne pouvait, sans méconnaître le principe de l'égalité d'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, écarter quelqu'un de la liste des candidats au concours de l'École Nationale d'Administration en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques.

¹¹² CE 14 janvier 1916, Camino, nos 59619 et 59679, Lebon p. 15 (Un Maire avait été révoqué par décret pour n'avoir pas veillé à la décence d'un convoi funèbre).

¹¹³ CE, 20 janvier 1922, Trépont n° 74010, Lebon p. 65. (Un Préfet avait été mis en congé « sur sa demande » alors qu'il n'a jamais formulé une telle demande)

¹¹⁴ CS 20 mars 1963 Amadou Alpha Kane, Annales africaines 1973, p.277 (Accusation de menées subversives pour sanctionner un fonctionnaire, motif non établi).

L'erreur de fait peut également consister en une mauvaise ou une erreur dans la qualification juridique des faits. Cela se produit lorsque les faits invoqués par l'administration ne correspondent pas à ceux pour lesquels l'autorité administrative a reçu compétence. Exemple : L'administration qualifie une situation pas grave de menace de trouble à l'ordre public pour justifier sa décision. Qualifier juridiquement un fait revient à le loger dans des catégories juridiques pré existantes : CE 04 avril 1914 Gomel (Le Préfet dit d'une place qu'elle constitue une « perspective monumentale » pour refuser au sieur Gomel un permis de construire.

L'importance de la jurisprudence Gomel tient au fait que l'Administration dispose assez souvent d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des faits. Elle dispose d'une certaine liberté d'action (agir ou ne pas agir) et de décision (choix entre plusieurs solutions légales). L'administration agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit.

Il faut noter cependant que le pouvoir discrétionnaire ne se confond pas avec un pouvoir arbitraire. La marge de liberté accordée à l'administration ne lui ouvre le choix qu'entre des mesures et des comportements légaux. Exemple : sanctions disciplinaires (l'autorité administrative dispose d'un pouvoir d'appréciation par rapport à la gravité des fautes commises par un agent et la liberté de choix de la sanction).

Même si le juge contrôle la légalité des actes de l'Administration, la nature de la compétence va cependant influencer sur l'étendue de ce contrôle. C'est ainsi que le contrôle peut être normal, minimum. Il est même dit parfois maximum. En cas de compétence liée, le juge administratif contrôle l'intégralité des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, à savoir les éléments de légalité externe et de légalité interne (voir infra). Dans l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire, l'examen du juge est nécessairement plus limité. Le juge se contente de vérifier, outre la légalité externe une partie de la légalité interne¹¹⁵.

Il n'exerce aucun contrôle sur la qualification juridique des faits. C'est en cela que le contrôle est dit restreint. Cette lacune va motiver l'introduction de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation que le Conseil d'Etat a, pendant longtemps, rejeté au motif suivant : *soumettre le pouvoir discrétionnaire au contrôle juridictionnel, c'est permettre au juge de « s'immiscer dans le domaine de l'administrateur »*¹¹⁶.

L'idée s'est ensuite imposée que si l'administration « a le droit » de commettre une erreur, celle-ci ne peut pas dépasser un certain seuil de gravité. Il appartient au juge de vérifier, en ce qui concerne les motifs de fait, que l'administration n'a pas commis d'erreur manifeste. Il y a un seuil à ne pas franchir : la décision ne doit pas défier le bon sens et la logique. L'erreur grave, grossière et si évidente qu'elle pourrait être décelée par n'importe quel profane doit être sanctionnée. Dans l'arrêt Lagrange¹¹⁷, comme déjà rappelé, le Conseil d'Etat estime que *l'appréciation qui lui est déferée n'est pas susceptible d'être discutée devant lui mais qu'il lui appartient néanmoins d'examiner si cette appréciation ne serait pas manifestement erronée* ». Au Sénégal, le Conseil d'Etat a consacré la technique de l'erreur manifeste d'appréciation dans son arrêt du 27 octobre 1993, CICR¹¹⁸ se démarquant ainsi de la position de l'ancienne

¹¹⁵ Il peut vérifier : le but de l'acte (pour s'assurer qu'il n'y a pas détournement de pouvoir ou de procédure), le contenu de l'acte (pour s'assurer qu'il n'y a pas violation de la loi), les motifs de droit (pour s'assurer qu'il n'y a pas d'erreur de droit) et les motifs de fait (pour s'assurer qu'il n'y a pas inexactitude matérielle des faits).

¹¹⁶ Formule du Président Letourneur

¹¹⁷ CE, 15 février 1961, Lagrange, Rec, p.121.

¹¹⁸ Dans cette affaire, l'inspecteur du travail de Dakar avait autorisé le licenciement d'un groupe de travailleurs. La dame Yéya Kane qui faisait partie de ce groupe fut la seule à saisir le ministre de l'Emploi d'un recours dirigé contre la décision de l'inspecteur du travail. Le ministre de l'Emploi, infirma la décision en ce qui concerne la dame Kane. Le CICR déféra alors la décision du ministre devant le CE en soulevant deux moyens : la violation du principe d'égalité des citoyens devant le service public et l'EMA. Même si le CE a rejeté les deux moyens, il a quand même consacré, pour la première fois, la technique de l'erreur manifeste d'appréciation.

Cour suprême qui a toujours rejeté la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans sa décision, le Conseil d'Etat définit l'erreur manifeste d'appréciation comme une *erreur à la fois apparente et grave, rendant la décision inadaptée aux motifs qui l'ont provoqué*.

2- Le suivi des décisions d'annulation en France et au Sénégal

Une fois le recours pour excès de pouvoir exercé, le juge, en règle générale, conclut soit à la légalité de l'acte et déboute le requérant de sa demande, soit à l'illégalité de l'acte, qui emporte annulation rétroactive de ce dernier. Les actes annulés pour excès de pouvoir sont *réputés n'être jamais intervenus* (CE 26 décembre 1925, *Rodière*). L'annulation a un effet erga omnes. Elle peut avoir des conséquences de plusieurs ordres.

Il arrive que l'administration n'exécute pas les décisions juridictionnelles. Cela peut résulter de l'existence de véritables difficultés d'exécution. Par exemple, il n'est pas facile de reconstituer « fictivement » la carrière d'un fonctionnaire qui a été illégalement révoqué depuis plusieurs années. En outre, quand une juridiction administrative rend une décision, il se peut que celle-ci implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution.

La non-exécution peut aussi résulter d'une mauvaise volonté de la part de l'administration. Le cas échéant, le juge, au Sénégal, est désarmé. Aux termes de l'article 74 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifiée portant Code des Obligations de l'Administration, *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*. En France, par contre, le juge administratif français s'est vu reconnaître *la possibilité de prescrire à l'administration, les mesures qu'elle doit prendre pour se conformer à la chose jugée*¹¹⁹. En effet, la loi du 8 février 1995 a introduit dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel un chapitre nouveau, consacré à l'exécution du jugement, inséré dans le livre relatif aux attributions juridictionnelles des tribunaux et des cours. L'article L. 8-2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel donne à ces juridictions les moyens juridiques d'enjoindre à l'administration d'appliquer les décisions de justice. Deux cas sont distingués, selon l'étendue du pouvoir de l'administration. L'article L. 8-3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel permet au juge, saisi de conclusions en ce sens, d'assortir l'injonction prescrite en application de l'article L. 8-2 d'une astreinte, dans la même décision.

L'article L. 8-4 envisage le cas de l'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt définitif, la partie intéressée pouvant demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision de justice d'en assurer l'exécution. La juridiction saisie peut définir les mesures d'exécution, fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. La possibilité demeure de renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat.

Ce nouveau pouvoir permet au juge administratif de préciser les modalités d'exécution qui s'attachent à l'annulation d'une décision. Pour Camille Broyelle, avant la loi de 1995, *la légalité objective, théorique et désincarnée constitue le modèle de référence au regard duquel le juge statue. À partir de 1995, l'après-jugement forme l'horizon du juge, qu'il ait été saisi ou non d'une demande d'injonction. La conception que le juge retient de son office et l'ensemble du contentieux s'en sont trouvés bouleversés*¹²⁰.

¹¹⁹ Friboulet A, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif, Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 29 juin 2001, Vassilikiotis, Revue générale du droit *on line*, 2008, p.1924.

¹²⁰ C. BROUELLE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 2015, p. 442. Voir aussi F. MODERNE, « Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, p. 798

En outre, pour éviter les difficultés pouvant survenir dans l'exécution de certaines décisions d'annulation, le juge français a développé un certain nombre de techniques visant, parfois, à moduler dans le temps les effets de l'annulation, parfois même à éviter l'annulation de la décision administrative.

Pour éviter les conséquences de certaines décisions d'annulation, le juge administratif, en France, met en œuvre des techniques visant soit à moduler dans le temps les effets de l'annulation, soit à éviter l'annulation elle-même de l'acte. En effet, le Conseil d'Etat considère aujourd'hui que lorsque *les conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, le juge de l'excès de pouvoir doit disposer de la prérogative de moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce* (CE ass, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*)¹²¹.

Afin de moduler sa décision, le juge dresse un bilan avec d'un côté, l'illégalité et la situation qu'elle engendre, de l'autre, l'annulation et les conséquences qu'elle engendrerait. Suivant le résultat révélé par l'analyse du bilan, *le juge décide s'il vaut mieux annuler et complètement purger l'ordre juridique, ou laisser subsister des situations qui ont pu être illégales*¹²².

Le juge a également mis en place la technique de l'annulation différée, illustrée notamment par l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 2001, « Titran ». Par cette solution, le juge accorde un délai à l'administration afin qu'elle ait la possibilité de régulariser la situation.

Dans son arrêt en date du 26 septembre 2013, Cheikh Tidiane SY contre Etat du Sénégal, la Cour suprême a fait usage de ces techniques. Elle a prononcé l'annulation du décret n°2012-679 du 6 juillet 2012 portant nomination de Antoine Félix Abdoulaye Diome, Substitut du Procureur spécial près la Cour de répression de l'enrichissement illicite mais a précisé *que l'annulation prend effet à compter de l'expiration d'un délai d'un (1) mois, à compter de la date de la présente décision*¹²³.

S'agissant des Techniques visant à éviter l'annulation de l'acte, le juge français a eu recours à la technique de substitution de base légale. Celle-ci consiste pour le juge de l'excès de pouvoir à substituer une base *légale correcte à celle que l'autorité a cru, à tort, pouvoir retenir*¹²⁴. Il n'y est toutefois pas tenu. La substitution reste une faculté laissée à son appréciation.

¹²¹ L'affaire concernait deux conventions d'assurance chômage. Alors que l'une est déjà rentrée en vigueur, l'autre reste à adopter et n'entrera en vigueur que quelques mois après l'intervention du juge. Les arrêtés qui permettent leur effectivité se révèlent tous deux illégaux. Théoriquement, le juge est censé les annuler rétroactivement mais une telle annulation aurait des conséquences désastreuses (des milliers de personnes étant concernées), notamment car elle serait susceptible de créer un vide juridique le temps que la convention chômage future vienne relayer l'ancienne convention annulée. Le Conseil décide donc d'annuler seulement pour l'avenir l'arrêté de la première convention (ce qui revient à l'abroger), d'annuler l'arrêté concernant la seconde, et de laisser deux mois à l'administration avant que l'annulation prenne effet afin qu'elle puisse régulariser la situation.

¹²² Le juge peut moduler de deux manières l'annulation : Soit l'annulation est rétroactive, mais n'intervient qu'à compter d'un certain délai, soit l'annulation vaut seulement pour l'avenir. Le juge peut aussi associer les deux modalités, ce qu'il a fait en 2004 avec l'arrêt « AC ! ».

¹²³ Le juge explique sa décision en considérant que *s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que l'acte a produits que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au Juge administratif de prendre en considération les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence.*

¹²⁴ C'est en procédant à une telle substitution que, par la décision Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi lue le 3 décembre 2003, la Section du contentieux, constatant que l'arrêté attaqué, fondé à tort sur le 1° du I de l'article 22, aurait pu être valablement pris en application du 2° du I du même article, a rejeté les conclusions de l'intéressé tendant à son annulation. Voir auparavant, CE Sect. 8 mars 1957, Rozé, AJDA 1957, 2, p. 181.

La substitution de base légale n'est pas à confondre avec la substitution de motifs, autre technique à laquelle a eu recours le juge français. Si à travers la première, le juge se borne à donner à la décision un fondement juridique correct, pour la substitution de motifs, le juge invoque lui-même un motif de fait ou de droit qui justifierait la décision, mais que l'administration n'a pas retenu. Ainsi, la substitution de motifs va ainsi nettement plus loin que celle de base légale. Dans son arrêt du 6 février 2004, Hallal, le Conseil *d'Etat* admet que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une décision fondée sur un motif illégal, a la possibilité de procéder, à la demande de l'administration, à la substitution de ce motif par un motif différent que celui sur lequel l'administration s'était initialement fondée.

Au Sénégal, il est prévu à l'article 56-1 de la loi 2017- 09 la possibilité pour la Cour suprême de rejeter un pourvoi en cassation *en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ou en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant.*

Le juge de l'excès de pouvoir a également eu, en France, à faire usage de la neutralisation des motifs illégaux. En effet, le Conseil d'Etat admet que le juge de l'excès de pouvoir, *confronté à une décision fondée sur plusieurs motifs dont certains sont erronés, a la possibilité d'apprécier, au vu des motifs non erronés qui subsistent, si la sanction prise par l'autorité administrative est ou non justifiée* (CE 12 janvier 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ Perrot). Lorsque les juges font jouer ce mécanisme, les moyens tirés des erreurs entachant le ou les autres motifs fondant la décision sont regardés comme inopérants (CE 19 juin 1992, SARL Le Bistrot aixois)¹²⁵. En revanche, si le motif que les juges considèrent déterminant ne permet pas de justifier légalement la décision prise, celle-ci sera annulée (CE 25 novembre 1998, Onteniente)¹²⁶.

¹²⁵ CE 19 juin 1992, SARL Le Bistrot aixois, req. n° 126413, Rec., p. 239.

¹²⁶ CE 25 novembre 1998, Onteniente, req. n° 185442, Rec. p. 446