



Contribution à une réflexion sur les fonctions du juge en Afrique francophone, à partir du contentieux des litiges individuels du travail

Aubin Mabanza N'semy

► To cite this version:

Aubin Mabanza N'semy. Contribution à une réflexion sur les fonctions du juge en Afrique francophone, à partir du contentieux des litiges individuels du travail. Sciences de l'Homme et Société. Université de Bordeaux, 2020. Français. ⟨NNT : 2020BORD0329⟩. ⟨tel-04093361⟩

HAL Id: tel-04093361

<https://hal.science/tel-04093361v1>

Submitted on 10 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Copyright - All rights reserved

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Aubin MABANZA N'SEMY**

**CONTRIBUTION À UNE RÉFLEXION SUR LES FONCTIONS DU
JUGE EN AFRIQUE FRANCOPHONE, À PARTIR DU CONTENTIEUX
DES LITIGES INDIVIDUELS DU TRAVAIL**

Approche comparée Cameroun, Guinée, Mali, R.D. Congo, Sénégal

Sous la direction de Monsieur **Philippe AUVERGNON**

Soutenue le 21 décembre 2020

Membres du jury :

M. Philippe AUVERGNON, Directeur de recherche au CNRS, *Directeur de thèse*.

Mme. Maryse BADEL, Professeure à l'Université de Bordeaux, *présidente du jury*.

M. Lucas BENTO de CARVALHO, Professeur à l'Université de Montpellier, *Membre du jury*.

M. Augustin EMANE, Maître de conférence HDR à l'Université de Nantes, *rapporteur*.

Mme. Valérie LACOSTE-MARY, Maître de conférence HDR à l'Université de Bordeaux, Directrice de l'Institut du Travail, *Membre du jury*.

M. Paulin MUNENE YAMBA, Professeur à l'Université de Kinshasa, Avocat général près la Cour d'appel de Kinshasa-Matete, *rapporteur*.

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Que soit particulièrement remercié d'abord, Monsieur Philippe AUVERGNON Directeur de recherche au CNRS, Université de Bordeaux, pour m'avoir accordé sa confiance et témoigné une intégrité bienveillante en acceptant de diriger ma thèse. Je le remercie également pour son soutien et ses précieux conseils sans quoi je n'aurais pu rêver meilleures conditions pour effectuer ce travail. En lui, j'ai gardé l'exemple d'un directeur de thèse intellectuellement très rigoureux et disponible.

Ensuite, je tiens à remercier les membres du jury, Mesdames et Messieurs les Professeurs Maryse BADEL, Valérie LACOSTE-MARY, Augustin EMANE, Lucas BENTO de CARVALHO et Paulin MUNENE qui, malgré un calendrier universitaire très chargé ont accepté de juger de mon travail ; vous compterez parmi les très rares lecteurs de l'intégralité de cette recherche. Par ailleurs, le thème développé par cette thèse m'a permis d'effectuer de séjours de recherche dans les pays concernés. À l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar: Messieurs les Professeurs Mohamed BACHIR NIANG et Yaya BODIAN directeur du CREDILA m'ont fait bénéficier de leurs soutien et encouragement; à l'Université de Bamako, Dr Abdoulaye OUANE, *PhD* avocat et chargé d'enseignement pour ses échanges et précieux conseils ; à l'Université de Yaoundé II, Monsieur le Professeur Pierre-Étienne KENFACK à travers nos échanges courriels riches en enseignement a fait preuve d'une disponibilité remarquable; à l'Université de Kinshasa, Monsieur le Professeur Paulin MUNENE pour ses conseils et encouragements. Je ne peux oublier de penser aux juges avec lesquels j'ai eus des échanges constructifs lors des différents entretiens dans les cinq pays étudiés.

Je souhaite remercier Élisabeth TOURNAN, gestionnaire de l'École doctorale pour sa disponibilité et tous les membres du COMPTRASEC, spécialement Charline ROBINAUD pour avoir accepté de revoir en dernière minute la conformité de ce manuscrit, pour m'avoir accueilli si chaleureusement au sein du laboratoire du COMPTRASEC au sein duquel j'ai réalisé ma thèse.

Enfin, tout au long de mon parcours, les soutien et encouragement inconditionnels de mes amis Abdoulaye OUANE, Bouna SYLLA et Jacques NSENDA m'ont été précieux. L'appui de mes frères GODEN et GUY-Batross MABANZA a été utile, sans oublier les encouragements de Monsieur Robert SAMI, mon beau-père et des proches de mon église: Esther et Joseph KUAMBA, Geneviève et Florent BAYA, Germe MBIKANU. À CUJAS j'ai eu la chance de rencontrer Grâce E. MAN et Mohamed NAJIB. Je dédie cette thèse à Patricia, mon épouse et conseiller « spécial », son amour est perpétuel.

À mes enfants, spécialement à Jacob Congo MABANZA

À la mémoire de mes parents Daniel et Melhy, et de mon frère aîné Jean-Ludovic morts jeunes.

À la mémoire de mon ami Me Boubacar A. SOW « Boutchou », de tantine Chantal BUNZI et de ya Edouard NDUAKULU partis trop tôt.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LES PRÉVISIONS ET PRESCRIPTIONS GÉNÉRALES.....	29
TITRE 1 : LES VOIES D'ÉVITEMENT ET DE RECOURS AU JUGE.....	31
CHAPITRE 1 : LES ALTERNATIVES AUX RECOURS AU JUGE.....	37
CHAPITRE 2 : LE CHOIX DU RECOURS AU JUGE.....	97
TITRE 2 : LE TRAITEMENT JURIDICTIONNEL DU LITIGE.....	155
CHAPITRE 1 : LE JUGE ET LES GARANTIES PROCÉDURALES.....	157
CHAPITRE 2 : LE JUGE ET LA SOLUTION DU LITIGE.....	219
 PARTIE 2 : DIFFICULTÉS ET QUESTIONS RECURRENTES.....	 279
TITRE 1 : LES VOIES D'AMÉLIORATION DE L'INTERVENTION DU JUGE.....	281
CHAPITRE 1 : LES ENJEUX DU RECRUTEMENT ET LA FORMATION.....	283
CHAPITRE 2 : LE RESPECT DES GARANTIES ET OBLIGATIONS DU JUGE.....	333
TITRE 2 : L'INTERVENTION DU JUGE, ENTRE INCERTITUDE ET ESPOIR...399	
CHAPITRE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE EN DISCUSSION.....	401
CHAPITRE 2 : LA REVALORISATION DE L'INTERVENTION DU JUGE	469
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	517
BIBLIOGRAPHIE.....	521
INDEX DES DÉCISIONS.....	583
INDEX THÉMATIQUE DES NOTIONS.....	593
TABLE DES MATIÈRES.....	597

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité
Adde	Ajouter
ADR	Alternative Dispute Resolution
AOF.	Afrique Occidentale Française
Aff.	Affaire
Aj.	Actualité Juridique
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
AHJUCAF	Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays Ayant en partage l'usage du français
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
B.I.T.	Bureau International du Travail
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile
Bull. Civ.V.	Bulletin des arrêts de la chambre sociale
Bull. A.C.S.	Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de justice (RDC)
C. Cass.	Cour de cassation
CCJA.	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)
Ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1e	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code commercial
CE	Conseil d'État
Cah.Prud'h.	Cahiers Prud'homaux
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Cocj.	Code d'organisation et de compétence judiciaires
CJC	Code Judiciaire Congolais (RDC)
COCC	Code des Obligations Civiles et Commerciales (Sénégal)
CPCEA	Code de Procédure Civile, Économique et Administrative
CPCCS	Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
COMPTRASEC	Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale de l'université de Bordeaux
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Décision du Conseil Constitutionnel

CPC	Code de procédure civile
CSM	Conseil Supérieur de la Magistrature
CTOM	Code du Travail des territoires d'outre-mer
CREDILA	Centre de Recherches sur le Développement des Institutions Législatives Africaines UCAD, (Sénégal)
D.	Dalloz actualités
Dir.	Sous la direction de
DP	Dalloz périodique
D.O.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit Social
Dr. Trav.	Droit du Travail
EDJA	Édition Juridique Africaine, Revue Sénégalaise
Éd.	Édition
FSJP	Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de L'université de Dakar
Gaz.Pal.	Gazette du Palais, Palais
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem, au même endroit</i>
JCP, E.	Semaine Juridique, édition Entreprise
JCP, G.	Semaine Juridique, édition Générale
JCP, S.	Semaine Juridique, édition social
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
JO	Journal Officiel
LGDJ.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA.	Les Petites Affiches
MARC	Mode Alternatif de Règlement des Conflits
MARD	Mode Alternatif de Règlement des Différends
MARL	Mode Alternatif de Règlement des Litiges
PUA	Presses Universitaires d'Afrique
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF.	Presses Universitaires de France
Rec.	Recueil Lebon
RADDH	Recueil Africain des Décisions des Droits de L'Homme (Pretoria University Law Press)
RODM	Recueil des Obligations Déontologiques des Magistrats
RDT	Revue de Droit du Travail
Req.	Requête
RIDC.	Revue Internationale de Droit Comparé
RIT.	Revue Internationale du Travail
RJS.	Revue trimestrielle de Droit Comparé
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Suiv.	Suivants
S.	Recueil Sirey
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation

Spéc.	Spécialement
Somm.	Sommaire
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
TPS.	Travail et Protection Sociale
UCAD	Université Cheikh Anta Diop, Dakar
UNIKIN	Université de Kinshasa
UY II	Université de Yaoundé II, Soa
UB	Université de Bamako
UGAN	Université Gamal Abdel Nasser (Guinée)
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Le professionnalisme du juge, c'est la garantie de son aptitude à l'exercice de sa mission et la pierre d'angle de la confiance de l'utilisateur du service public judiciaire »¹.

1. Pour s'interroger sur les fonctions du juge en Afrique francophone, via le traitement des litiges individuels du travail, nous avons fait le choix de cinq pays, deux d'Afrique centrale et trois d'Afrique de l'ouest dont les systèmes juridiques sont majoritairement inspirés du modèle germano romain. L'objet de cette recherche est de traiter essentiellement des fonctions du juge, un professionnel du droit, qui non seulement est soumis à diverses obligations déontologiques mais qui doit aussi répondre à la satisfaction des justiciables. Pour autant, il va de soi que la recherche ne peut prospérer sans qu'il ait été préalablement établi ce que nous voulons, dans le cadre de la présente étude : il s'agira d'aborder le problème sous un angle de la pratique juridictionnelle dans les cinq pays retenus. Il résulte en outre de ce choix que l'approche retenue dans cette recherche sera multidisciplinaire, car elle devra s'appuyer non seulement sur les aspects sociologiques, anthropologiques mais également philosophiques pour analyser l'intervention du juge dans le règlement des litiges individuels du travail au Cameroun, en Guinée, au Mali, au Congo (RDC) et au Sénégal. Préalablement, il apparaît incontournable tout d'abord de définir les termes du sujet retenu (I), puis d'examiner l'évolution des fonctions du juge dans le temps dans les cinq pays retenus (II), enfin de préciser notre problématique (III).

I. DÉFINITION DES TERMES

2. **Le terme de juge** vient du latin *judicem*, il désigne celui qui dit le droit, c'est-à-dire celui qui est investi de la fonction de trancher, de rendre les jugements. En France, au Moyen-Âge, le pouvoir de juger était rattaché au souverain. Ce dernier est source de toute justice ; il peut rendre lui-même la justice en conseil des parties. La compétence judiciaire s'identifie à la souveraineté. Renaud COLSON dans sa thèse note que l'adage selon lequel « *Toute justice émane du roi* » s'impose comme élément clef des discours établissant les fondements du

¹ Madame Dominique COMMARET, Avocat général à la Cour de cassation, in : « *Rendre compte de la qualité de la justice, le contrôle interne* », colloque à la Cour de cassation, 2003, (www.courdecassation.fr, consulté le 09 octobre 2019).

pouvoir royal². Il y a enracinement d'une règle intangible : *rex Franciae retinet sibi et bene jurisdictionem et punishmentem in toto regno suo* qui dispose que sur l'ensemble du Royaume, c'est au roi seul qu'est dévolu le pouvoir de juger en dernier ressort³. À la fin du Moyen-Âge, le monarque délègue une partie de ses attributions judiciaires à des juges professionnels. Certains ont fait des études de droit, d'autres non. Ils ont acheté leur charge, laquelle devient héréditaire. Ces juges tiennent leur autorité du roi, lequel prétend l'avoir reçu de Dieu seul et ceux à qui il l'a communiqué ne font que le représenter dans l'exercice de la justice. Ainsi, pour les grands juges, c'est « *parce qu'en tant qu'élu de Dieu, il doit exercer, à l'égard de ses sujets, ce qui est la principale prérogative de Dieu à l'égard des hommes, que le Roi est investi d'une mission spirituelle* »⁴.

3. On constate que, « *La relation privilégiée unissant la justice royale à la figure divine permet au monarque de soustraire l'exercice de sa prérogative judiciaire à toute forme d'examen* »⁵. On tient pour acquis que, « *la justice est établie sur la religion* »⁶. À la fin de l'Ancien Régime, bien que l'organisation de la Justice soit complexe, les choses commencent à changer contre l'absolutisme, notamment lorsque ces juges revendiquent une légitimité égale à celle du souverain. Ceci pousse Louis XV à s'indigner : « *comme s'il était permis d'oublier (...) que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi* »⁷. Le XVIII^{ème} siècle est marqué par la montée des exigences soutenues par les « *Lumières* » qui mettent ainsi la foi inébranlable dans le pouvoir de la raison humaine, à l'instar de Jean-Jacques ROUSSEAU. Les écrits de Jean-Jacques ROUSSEAU témoignent de l'intérêt qu'il avait pour la question de la justice, quelle que soit la manière avec laquelle elle était incarnée⁸. En ce qui concerne la façon de juger, ROUSSEAU approfondit les idées de ses prédécesseurs mais va plus loin, notamment lorsqu'il parle des principes de justice et d'utilité. Développant l'idée de l'égalité de tous devant la loi, le philosophe considère qu'il

² COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Nantes, 2003, p.12.

³ JACOBI (P.), *État, pouvoir et administration dans la Practica aurea libellorum*, (vers 1311), cité par COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse, op. cit., p. 14.

⁴ RENOUX-ZAGAMÉ (M.-F.), *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française*, Paris, PUF, 1997, cité par COLSON (R.), thèse, op. cit., p. 18.

⁵ COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse, op.cit., p.20.

⁶ BOSSUET (J.-B.), *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Paris, 1709, Liv. 8, art. 1, I, p.389, cité par COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse, op.cit., p.19

⁷ Louis XV lors la séance de la flagellation le 3 mars 1766, cité par COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse, op. cit., p.23.

⁸ ROUSSEAU (J.-J.), *Les confessions. Livres I à VI*, Les classiques de Poche, 2012.

appartient aux magistrats élus, de représenter le Peuple. Par ailleurs, il dénonce la corruption de ces derniers qui ont transformé leur pouvoir légitime en pouvoir arbitraire, se sont proclamés héréditaires et ont établi le despotisme⁹.

4. Bien que restés fidèles au pouvoir d'édiction de la loi par le monarque qu'ils ne contestent pas par ailleurs, les magistrats affichent une attitude de rebelles¹⁰, notamment lorsqu'ils déclarent que c'est à eux que revient la vérification, l'autorisation voire l'homologation des ordonnances royales afin qu'elles aient le statut de « *vraie loi* ». C'est cette attitude qui donne aux parlementaires l'occasion de s'interposer entre le souverain et les hauts magistrats et provoque ainsi la rupture : les magistrats entendent non plus seulement représenter le roi, mais la nation française. Le rôle des magistrats se précise jusqu'à dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

5. **La notion de juge** connaît une variété d'interprétations qui peut se résumer en un organe et/ou en une personne physique dont la fonction est de « trancher ». Ainsi d'une part, comme l'enseigne le Doyen Gérard CORNU, au sens générique, il s'agit de « *toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie, son pouvoir, l'origine de son investiture, sa composition ou même l'ordre auquel elle appartient (...) tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel (...)* »¹¹. D'autre part, au sens spécifique, lequel intéresse notre étude, il s'agit d'un magistrat, membre d'une juridiction établie (Cour suprême/de cassation, Cour d'appel et tribunal).

6. On enseigne par ailleurs que, les juges doivent avoir des qualités qui les distinguent des autres fonctionnaires¹², notamment : « (...) *s'efforcer de demeurer parfaitement intègres tant dans leurs vies personnelles que dans leurs vies professionnelles. Ils devraient avoir une très bonne connaissance du droit, être disposés à faire des recherches juridiques approfondies et être en mesure de rédiger des décisions claires et convaincantes. Ils devraient faire preuve de logique et être en mesure de rendre des décisions éclairées qui résisteront à un examen minutieux. Les juges devraient être équitables et paraître l'être. De plus, ils devraient être*

⁹ *Idem*.

¹⁰ KRYNEN (J.), *L'État de justice, France (XIIIe-XXe siècle), t.1 : L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, NRF, Paris, 2009, p. 336.

¹¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^e édition mise à jour, PUF, 2017, p. 582.

¹² Contrairement à la France par exemple, où les magistrats ne sont pas des fonctionnaires, on peut constater que, dans la plupart des cinq pays retenus, en plus de leur appartenance à un régime « spécial » qui est le '*Statut des magistrats*', les magistrats sont également régis par le Statut général des agents de la Fonction publique étatique.

capables non seulement d'écouter, mais aussi de poser au besoin des questions qui concernent l'essence même de l'affaire dont ils sont saisis. Ils devraient se montrer courtois dans la salle d'audience, mais fermes lorsqu'il est nécessaire de mettre au pas un avocat qui tient des propos incohérents, une partie qui manque de respect ou un spectateur turbulent »¹³.

7. L'abondance de la doctrine ainsi que les publications en droit positif dans les pays d'Afrique francophone étudiés témoignent de la volonté de proposer l'existence d'une catégorie juridique des litiges individuels du travail dont la résolution, en cas d'échec de tentative de conciliation est portée devant le juge qui joue un rôle d'importance notable. Dans le but de cerner la matière de cette étude, il est important de définir un à un les termes de cette proposition. Il ne s'agit pas de reprendre les études liées à l'évolution historique de la signification du terme « litige ».

8. La notion de litige. C'est une contestation, un différend entre deux ou plusieurs personnes, les unes contestant aux autres d'être titulaires d'un quelconque droit à l'exercice duquel elles prétendent. Il s'agit d'un désaccord qui peut naître d'un contrat tout comme d'une situation de fait et qui est susceptible de conduire à une action en justice. Le litige suppose l'échec d'une résolution à l'amiable, il ouvre ainsi la voie à la saisine du juge à travers une action en justice. Par définition, il s'agit de la possibilité conférée à une personne de s'adresser à un juge afin de se voir reconnaître ses droits en invoquant des prétentions.

9. En matière civile, il peut y avoir litige entre des personnes physiques (particuliers) d'une part, entre personnes physiques et une personne morale (entreprise), d'autre part. Il n'en demeure pas moins qu'un litige est constitué de deux éléments : à savoir, l'objet du litige qui est la reconnaissance d'un droit précis sur une chose ou sur une personne déterminée et la cause du litige. L'objet du litige a toujours occupé une place importante dans toute procédure. De manière précise les éléments du litige afin d'ouvrir l'action, et le classement de ces actions se faisait en fonction de leur *intentio*, c'est-à-dire, l'exposé de la prétention du demandeur.

10. S'agissant d'un procès, l'objet du litige n'est ni plus ni moins que « *l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie demande et à quoi s'oppose son adversaire ; la chose demandée et contestée, donc litigieuses (res contestata, res litigiosa)*

¹³ Cour suprême du Canada « *les qualités exigées du juge* », in Association Canadienne des juges des Cours Québécoises, www.cscja-acjca.ca/role_of_judges.fr, (consultation en ligne le 12 février 2018).

»¹⁴. Par ailleurs, la cause serait uniquement l'acte ou le fait invoqué dans la citation, abstraction faite de toute coloration juridique donnée par les plaideurs : le juge est saisi *in rem* et doit, dans la seule limite des faits qui lui sont soumis, donner à ceux-ci la qualification qui leur revient ou substituer à la qualification erronée celle qui lui paraît correcte.¹⁵ S'agissant du fond du droit, la cause peut signifier l'intention.

11. Les litiges individuels du travail portent entre un employeur et un salarié liés par un contrat de travail. Traditionnellement, ces litiges opposent un employeur et son salarié à l'occasion des relations de travail ou d'apprentissage y compris, entre les salariés ou apprentis et leurs employeurs ou maîtres. De manière générale, ces litiges portent sur les obligations inhérentes au contrat de travail, telles que l'exécution ou la rupture de celui-ci.

12. Par ailleurs, dans les cinq pays étudiés, si certains litiges individuels tels que ceux portant sur une action en annulation en requalification d'un contrat à durée déterminée (CDD) en contrat à durée indéterminée (CDI), à une action en résiliation judiciaire ou en prise d'acte de la rupture du contrat de travail sont qualifiés des « litiges individuels du travail », il n'en demeure pas moins que d'autres litiges individuels, tels que ceux relatifs à l'annulation des élections professionnelles, à l'infraction pénale (délit d'entrave, de blessure), à l'accident du travail ne relèvent pas de la qualification « litiges individuels du travail », ils échappent donc en principe¹⁶, à la compétence du juge du travail. En pratique, les Conventions Collectives prévoient la résolution dans le cadre de procédures internes, au sein de chaque entreprise. À défaut, le salarié concerné est tenu dans un premier temps de saisir sa hiérarchie dans les délais prévus. Ce n'est qu'en cas d'échec de la démarche à l'interne qu'intervient une seconde étape, à l'externe, qui consiste à saisir l'inspecteur du travail¹⁷.

13. De manière générale, c'est le sens du caractère préliminaire et obligatoire de la tentative de conciliation dans les législations en vigueur dans les cinq pays étudiés. D'abord,

¹⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, op. cit., p. 701.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 31.

¹⁶ C'est le cas, dans des contrées en Guinée, au Mali, en RDC, où il n'y a pas de tribunal du travail, la juridiction du droit commun reste compétente pour tout type de litiges individuels du travail.

¹⁷ En application des mesures énoncées dans la *Convention n° 81* de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) du 11 juillet 1947, chaque État membre accepte d'avoir un système d'inspection du travail. Une Convention internationale est un instrument juridique international élaboré par les mandants tripartites de l'OIT (États-Employeurs-Travailleurs) qui, une fois ratifié par un État membre, crée des obligations à sa charge. Il convient de noter que chacun des pays sur lesquels porte notre étude a ratifié ladite convention : le Cameroun (en 1962), le Congo (RDC) (en 1968), la Guinée (en 1959), le Mali (en 1964) et le Sénégal (en 1962).

l'inspecteur du travail reçoit le salarié, dresse un procès-verbal de la déclaration de celui-ci. Ensuite, il convoque le demandeur et le défendeur à la séance de conciliation. L'inspecteur du travail est un fonctionnaire du ministère du travail dont le rôle essentiel est d'assurer la mission de conciliation pour le règlement des litiges individuels du travail. Par ailleurs, dans les cinq pays retenus, la saisine de l'inspecteur du travail est gratuite de même, sa compétence territoriale doit être respectée¹⁸.

14. En réalité, l'inspecteur du travail est censé avoir de l'expérience vécue et être formé aux techniques de conciliation, il a vocation à régler à l'amiable les litiges liés aux relations de travail¹⁹. Il va sans dire que tout accord amiable obtenu à l'issue d'une conciliation est réputé définitif et non susceptible de recours devant les tribunaux. Cet accord a l'avantage de faire épargner aux parties concernées les frais et les charges d'un procès parfois long et coûteux. Il s'avère que dans nombre des cas, la tentative de conciliation échoue²⁰, l'inspecteur du travail qui constate l'échec, dresse alors un Procès-verbal de non conciliation ; l'hypothèse de conciliation partielle, bien qu'étant rare, existe tout de même. Ceci laisse à la partie qui a intérêt, l'option de porter l'affaire devant le tribunal compétent²¹. Cette étape est d'une importance non négligeable en ce sens que tout jugement rendu en méconnaissance de cette formalité serait entaché d'une nullité d'ordre public.²²

¹⁸ En effet les juges du fond doivent s'assurer que la conciliation préalable a été conduite par un inspecteur territorialement compétent. La Cour de cassation opère un contrôle strict. C'est le sens de l'arrêt (*R.C. 2528*) rendu par la Cour suprême de justice du Congo (RDC), section judiciaire, à l'audience publique du 27 mars 2009, dans *l'affaire Djongaonya Dikoko c. La Sarl Cotonnière du Kassaï et du Maniema*. En l'espèce, la Cour suprême a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa/Gombe qui a déclaré fondé l'appel de la défenderesse et infirmé le jugement *a quo* dans toutes les dispositions et par lequel statuant à nouveau, elle a dit fondée « l'exception d'irrecevabilité » pour incompétence *ratione loci* de l'inspecteur du travail. En effet, le Code du travail, dans ses articles 200 et 2001 relatifs à la conciliation préalable donne compétence à l'inspecteur du travail du ressort du lieu de l'exécution du travail non pas à celui du ressort du lieu de conclusion du contrat du travail. *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice, tome II, années 2007-2009*, pages 147 à 149.

¹⁹ Il est important de souligner une différence notable entre les pays qui disposent d'École de formation du personnel judiciaire (Cameroun, Mali et Sénégal) et ceux qui n'en ont pas (Guinée et RDC). Dans ces derniers, les inspecteurs du travail apprennent leur métier sur le tas avec toutes les conséquences que l'on peut imaginer, notamment lorsqu'ils sont saisis de conciliation préalable.

²⁰ En RDC par exemple, on a pu constater que, très peu des litiges individuels du travail se terminent devant l'inspecteur du travail. L'une des raisons est que, le plus souvent, la partie défenderesse considère la saisine du tribunal comme un moyen de « gagner » du temps, en raison de la longueur de procédure, laquelle peut s'étendre sur plusieurs années avant le prononcé du jugement.

²¹ Selon les pays, le salarié devra saisir une juridiction du droit commun s'il s'agit du Cameroun où il n'y a pas de tribunal du travail et devra saisir le tribunal du travail s'il est au Mali, au Sénégal et dans certains coins du Congo (RDC) car, à ce jour toutes les provinces de ce pays ne disposent pas encore desdits tribunaux.

²² *C. Cass. Sénégal, Ch. Soc., audience publique du 8 décembre 1992, affaire SOECO c. SERTHELON*. En l'espèce, la Cour de cassation sénégalaise a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas pris en compte le motif soulevé en 1^{ère} instance à savoir, la violation des dispositions du Code du travail sur l'absence de tentative préliminaire obligatoire de conciliation prévue à l'article 211 alinéa 1, ni de la seconde tentative de conciliation prévue à l'article 219 du Code du travail, *bulletin des arrêts*, www.courdecassation.sn, (consulté le 10 mai 2017).

15. De manière générale, le juge peut subir des pressions contre lesquelles, il est tenu de résister. Le juge a un rôle social à jouer dans une procédure, tel est le sens de l'équité. Il ne doit pas juger au-delà de ce que les parties lui demandent, toute carence ou tout excès constatés doivent faire l'objet d'un recours. Les voies de recours voire les actions en responsabilité sont là pour corriger les carences et excès. En effet, le caractère « embryonnaire » du système juridique applicable dans chacun des pays africains étudiés nécessite que le juge soit indépendant pour bien exercer sa mission de garant de la création et de la consolidation d'un État de droit. Pour cela, le juge doit par ailleurs, avoir la capacité de jouer un rôle normatif grâce à la vertu de son pouvoir d'interprétation. Pour mieux comprendre les fonctions du juge dans les cinq pays retenus, à partir d'une réflexion sur les contentieux des litiges individuels du travail, il nous a paru nécessaire au préalable, de définir un cadre à notre étude.

II. ÉVOLUTION DES FONCTIONS DU JUGE DANS LES CINQ PAYS RETENUS

16. Les systèmes juridiques de cinq pays qui font l'objet de la présente étude ont été conçus assez différemment. D'un côté, il y a la particularité du Cameroun où la *Common Law* anglaise est appliquée de manière circonscrite, dans les deux régions du nord-ouest et du sud-ouest et le modèle du droit français est largement répandu dans les huit autres régions d'Adamaoua, le Centre, l'Est, l'extrême nord, le littoral nord, le nord, l'ouest et le sud. De l'autre côté, on peut compter trois pays, à savoir, la Guinée, le Mali et le Sénégal qui ont retenus le modèle du droit français, alors que, le modèle du droit belge s'est imposé en République Démocratique du Congo. Par ailleurs, on peut relever que, ces deux derniers modèles sont assez proches.

17. Il est clairement démontré que l'étude des fonctions du juge en Afrique est liée à celle de la colonisation qui, selon Madame le Professeur Emmanuelle SAADA a été « *un phénomène traversé de part en part par le droit, à la fois comme mode de connaissance et comme système normatif* ». ²³ Pendant la période coloniale, l'institution du juge a connu une évolution similaire en droit français comme en droit belge. Ainsi, le juge était au centre de la stratégie de conquête et du maintien de la colonisation en Afrique dans la mesure où le droit et la

²³ SAADA (E.), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », Genèse 2003/4 (n°53), pp. 4-24.

justice étaient nécessaires pour faire appliquer les normes édictées par la métropole. Comme le démontre les propos d'Albert SARRAUT, ministre français des colonies « *La grande pensée de justice qui imprègne la tradition du pays de la Déclaration des Droits de l'Homme a repoussé le dogme cruel qui décrétait l'infériorité éternelle de certaines races. Elle constate le retard de leur évolution, mais s'employant à en corriger les effets, elle s'efforce d'en accélérer les étapes : et dans l'argile informe des multitudes primitives, elle modèle patiemment le visage d'une nouvelle humanité* »²⁴.

18. Dans les deux métropoles (belge et française), on observe les mêmes méthodes : le juge était formé dans les écoles d'administrateurs d'outre-mer avant toute affectation dans la colonie.²⁵ Le recrutement était différent de celui du juge de la métropole, de plus, il ne bénéficiait pas d'inamovibilité²⁶. L'âge et surtout l'état de santé étaient parmi les critères requis, à l'instar du service militaire obligatoire. Les fonctions de juge de paix à compétence étendue paraît la plus préférée comme le témoigne un ancien juge « *j'ai toujours eu plus de travail et de responsabilités importantes alors que nous étions de magistrats débutants, dans des postes de brousse, isolés, sans collègues ou hiérarchie que nous puissions consulter. À l'instruction nous avions 300 affaires en moyenne par an dont beaucoup de crimes et l'obligation d'employer un interprète la plupart du temps. En France, on considère que 120 dossiers c'est un maximum* ».²⁷

19. On enseigne qu'à la fin de sa mission en colonie, le juge était plus instruit voire plus expérimenté. Les juristes ont été majoritaires au sein de la haute administration coloniale ce, jusqu' à la fin de la colonisation, car le diplôme de licence en droit figurait au nombre d'exigences pour être admis dans ces écoles. De plus, ils devaient être suffisamment bien rodé comme l'affirmait Georges HARDY, responsable de cette école « *la vie coloniale augmente*

²⁴ Discours d'Albert SARRAUT aux élèves de l'École coloniale le 5 novembre 1923, cité par Martine FABRE, in : *Le juge et l'Outre-Mer : les roches bleues de l'Empire*, éd. Centre d'histoire judiciaire, 2004, p.71.

²⁵ Pour la France, L'École Nationale de la France d'Outre-Mer (ENFORM-IHEOM) fondée en 1889 avait une section destinée à la formation des administrateurs, magistrats et inspecteurs. Recrutés sur concours pluridisciplinaire de haut niveau, Jean PERIE, dans son ouvrage *Administrateur des Colonies non repent*, Paris, 1994, Pensée universelle, observe « il fallait beaucoup travailler pour réussir le concours d'entrée à l'École », cité dans « Les administrations coloniales. XIXe XXe siècle. Esquisse d'une histoire comparée », Samia EL MECHAT (dir.), P.U. Rennes, 2009, p. 59.

²⁶ En effet, pendant longtemps, l'affectation et la notation du juge étaient confiées au seul procureur général, après avis du gouverneur général de la colonie. Le décret du 19 décembre 1957 qui consacre la nomination du juge par le président de la république et il a fallu attendre la création du Conseil supérieur de la magistrature en 1958 pour avoir le mode actuellement en vigueur.

²⁷ Témoignage recueilli lors de l'enquête réalisée en France auprès d'anciens magistrats coloniaux. Martine FABRE, in : *Le juge et l'Outre-Mer : les roches bleues de l'Empire*, éd. Centre d'histoire judiciaire, 2004, p.81.

la responsabilité morale. Plus encore que ses actes personnels, le colonial est responsable de ses actes en tant qu'exemples, il est responsable de son rayonnement. Il est donc essentiel de le préparer très méthodiquement à son rôle social et de tout mettre en œuvre pour que son action individuelle n'ait que de bons effets »²⁸.

20. En France comme en Belgique par exemple, cette évolution s'est portée sur le mode du recrutement du juge, de sa formation tant initiale que continue, de ses conditions d'exercice que de son statut social, sources de gain de confiance à l'égard des justiciables²⁹. Alors que cette évolution paraît lente dans les cinq pays étudiés, du fait des tentatives d'adaptations manquées aux réalités locales.

21. On admet que, si la question du rôle du juge en droit du travail est ancienne, elle reste cependant d'actualité³⁰. Ce qui, d'une certaine manière explique l'importance de la question du pouvoir du juge dans l'évolution du contenu positif des textes³¹, lesquels sont en vigueur dans les pays d'Afrique francophone étudiés. D'ailleurs, c'est précisément sur cette ultime étape que porte notre étude. On sait qu'« *une norme juridique, tout en constituant une réalité autonome, est également le produit d'une histoire, d'un contexte socio-économique et culturel, singulièrement en matière de travail* »³². L'étude consacrée aux fonctions du juge dont il est question dans la présente étude a connu une histoire et une évolution considérable,

²⁸ Georges HARDY, directeur de l'école coloniale de 1926 à 1933, « La préparation sociale des jeunes gens qui se destinent à la colonisation : fonctionnaires et colons », Semaines sociales de France. Le problème social aux colonies. Compte rendu in extenso des cours et conférences, Lyon, Chronique sociale de France, 1931, p.470, cité par Emmanuelle SAADA in : « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », Genèse 2003/4 (n°53), p.4-24

²⁹ En France, c'est depuis 1958 que la formation des juges est assurée par une École spécialisée : l'École Nationale de la Magistrature (ENM). Sa modernité au fil des ans est le fruit de résultats d'enquêtes d'opinion organisées par la Chancellerie, lesquels considéraient que « la magistrature souffre d'une mauvaise image véhiculant la représentation d'un métier guindé, poussiéreux, archaïque, coupé du monde et de la société, à l'heure où la soif de modernité est omniprésente dans la société française », <http://www.enm.justice.fr/Histoire-ENM>, (consultation en ligne, le 18/02/2018). À la différence de la « jeune » IFJ belge, l'ENM grâce à son ouverture à l'international accueille également les magistrats étrangers.

En Belgique, c'est sous la pression de la rue baptisée « Marche blanche » en octobre 1996, suscitée après les révélations de l'affaire « DUTROUX » et d'autres sur les enfants mineurs que l'institution du juge a été remise en cause. Cette situation pour le moins embarrassante pour les pouvoirs politique et judiciaire a conduit à une batterie des réformes dont les plus marquantes sont : la Constitution de 2000 dont l'article 151 consacre la création d'un organe fédéral le « Conseil Supérieur de la Justice » où siègent également les membres de la société civile. Et la loi du 31 janvier 2007 portant création de l'Institut de Formation Judiciaire (IFJ), un organe fédéral indépendant qui a pour mission d'assurer une formation initiale ainsi que des formations sur la pratique professionnelle aux magistrats et au personnel de l'ordre judiciaire (www.igo-ifj.be/fr/content/histoire_consultation en ligne le 18/02/2018).

³⁰ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux 1, 1979, p. 3.

³¹ *Idem.*

³² AUVERGNON (Ph.), « Modèles et transferts normatifs en droit du travail des pays africains », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.177.

sans toutefois qu'elles n'aient suivi un cours similaire dans les cinq pays africains que nous avons retenus. Il s'agit, de manière détaillée, de procéder à une approche comparée d'une institution clé qu'est le « *juge* » lorsqu'il intervient dans les litiges individuels du travail au Cameroun, au Congo (RDC), en Guinée, au Mali et au Sénégal.

22. Le Cameroun est le seul pays africain bilingue (français et anglais)³³ où les systèmes judiciaires droit *civil français*, notamment dans la partie francophone et la *Common Law* dans la partie anglophone, coexistent. Avec une superficie de 475, 442 km², pour une population estimée à 23 739 218 d'habitants³⁴, il est situé en Afrique centrale, entre le Tchad au nord, le Nigeria à l'ouest, la République centrafricaine à l'est, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Congo-Brazzaville au sud. Placé sous la tutelle de la Société des Nations (SDN) pendant la Première Guerre mondiale, le pays sera ensuite confié à l'administration de la France pour sa partie orientale et du Royaume-Uni pour sa partie occidentale³⁵.

23. Comme pour la plupart des pays africains au début des années 60, la partie sous administration française accède à l'indépendance le 1^{er} janvier 1960 sous l'appellation de la « *République du Cameroun* ». L'autre partie sous administration britannique ne s'est jointe à la République qu'au mois d'octobre 1961, les deux parties formeront ainsi la République Fédérale du Cameroun le 20 mai 1972. C'est finalement en 1984 qu'est intervenue l'actuelle appellation République du Cameroun. Par ailleurs, du point de vue du droit applicable, on peut constater que, le bilinguisme judiciaire (modèle français et *Common law*) hérité de la période coloniale reste le modèle sur l'ensemble du territoire national, sans avoir subi des réformes majeures, notamment pour ce qui est de l'intervention du juge du travail. En effet, à la différence des autres pays concernés par notre étude qui se sont dotés des tribunaux du travail, au Cameroun les litiges individuels du travail relèvent de la compétence de juridiction de droit commun.

24. S'agissant du Congo (République Démocratique) c'est un vaste pays à la taille d'un sous continent, situé au cœur de l'Afrique centrale, avec une superficie totale de 2,345 409 km²,

³³ MVENG (E.), *Histoire du Cameroun*, Paris, Présence africaine, 1963, p. 534.

³⁴ Fr.wikipedia.org/Wiser/Cameroun. Consulté en ligne le 08 juillet 2017.

³⁵ OWANA (A.), *Naissance du Cameroun 1884-1914*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Racines du Présent », 1996, p.236.

pour une population officiellement estimée à 86.000.000 d'habitants³⁶. Les révoltes populaires des Congolais de janvier 1959 anticipèrent l'accession à l'indépendance le 30 juin 1960 dans des conditions pour les moins inattendues³⁷.

25. Territoire conflictuel dès son origine, timidement calme pendant les trois premières décennies de son indépendance³⁸, c'est le pays africain qui fait plus parler de lui (en mal)³⁹ au point de lui donner un « *cachet international*⁴⁰ ». Depuis maintenant 23 ans, ce pays peine à retrouver sa stabilité ainsi que son intégralité territoriale après la chute du régime du Marechal Mobutu⁴¹. On retiendra que, les multiples crises institutionnelles postcoloniales de ces trois dernières décennies ont également affecté les fonctions du juge, lesquelles ont été réduites à l'état précaire et embryonnaire. S'agissant du traitement des litiges individuels du travail, l'intervention du juge qui, ces cinq dernières années avait connu des avancées timides mais encourageantes, avec la mise en place progressive des tribunaux du travail sur territoire national risque de connaître un recul voire un frein en raison de la récente mise en application de la loi relative à la création de nouvelles provinces qui sont passées de 11 à 26.

26. La République de Guinée. Dotée d'une superficie totale de 245 857 km² pour une population estimée à 13 246 049 d'habitants⁴². C'est une ancienne colonie française⁴³ qui a accédé à l'indépendance le 2 octobre 1958. Elle est entourée de la Guinée-Bissau, du Sénégal, de la Côte d'Ivoire, du Libéria et de la Sierra Leone. L'histoire⁴⁴ coloniale de la Guinée est à

³⁶ fr.wikipedia.org./wiser/Rdc. Consulté le 08 juillet 2017. Cependant, cette estimation ne reflète pas la réalité car, le dernier recensement effectué date de 1976 et il est probable que la population avoisine 100.000.000 d'habitants, devenant ainsi le 2^e pays le plus peuplé d'Afrique après le Nigéria.

³⁷ Il convient de souligner qu'à la différence des anciennes colonies françaises, dont les conditions d'indépendance avaient été savamment préparées, l'ex. Congo-Belge avait arraché son indépendance de « force ». Ce choix était grave de conséquences, notamment avec l'impréparation de l'élite très jeune qui devait faire face à la gestion des affaires du pays. Ce qui entraîna la sécession de la riche province minière du Katanga, etc.

³⁸ La R. D. Congo a réussi à unir son vaste territoire durant les 32 ans (24 novembre 1965 au 17 mai 1997) de régime du Maréchal Mobutu Sese Seko qui fut par la suite renversé par une coalition d'armées et milices venues de ses voisins rwandais, ougandais et burundais.

³⁹ NGBANDA (H.), Crimes organisés en Afrique centrale, éd. Duboiris, 2004, Paris, pp.456.

⁴⁰ En effet, le Congo-Kinshasa a plusieurs fois été placé sous tutelle des Nations Unies, soit pour empêcher sa balkanisation, soit pour installer des autorités par voie d'élections.

⁴¹ BRAECKMAN (C.), « La RDC dépecée par ses voisins », Le monde diplomatique, octobre 1999, p.16-17.

⁴² <https://fr.wikipedia.org/wiki/Guinée>, consulté en ligne le 21 juillet 2017

⁴³ IFFONO (A. G.), *Lexique historique de la Guinée-Conakry*, Paris, L'Harmattan, coll. « Racines du passé », 1992, 234 p.

⁴⁴ KABA (L.), *La Guinée dit « NON » à de Gaulle*, Paris, Éditions Chaka, coll., « Afrique contemporaine », (n°1), 1989, p.190.

certain égard similaire à celle de RDC⁴⁵. 27. Dans les deux pays, l'on observe, à des degrés différents, les mêmes difficultés dans l'administration judiciaire⁴⁶. L'isolement dans lequel s'est trouvé la Guinée pendant ces quatre dernières décennies a « hypothéqué » la modernisation de ce qui restait du modèle de fonctions du juge de l'époque coloniale, par exemple, en termes de formation initiale et continue. Ainsi, le traitement des litiges individuels du travail connaît des difficultés en raison de l'absence d'infrastructures dédiées à l'intervention du juge.

28. La République du Mali est située dans la sous-région ouest d'Afrique. Le pays est entouré au nord par la Mauritanie et l'Algérie, à l'est par le Niger, par le Burkina Faso et par la Côte d'Ivoire au sud, par la Guinée au sud-ouest et par le Sénégal à l'ouest. Il a accédé à l'indépendance, le 22 septembre 1960. Il couvre une superficie totale de 1, 242 38 km² pour une population estimée à 15.000.000 d'habitants⁴⁷. Du point de vue du droit applicable, l'on retiendra que d'une part, si l'influence soviétique postcoloniale n'a pas permis d'asseoir le modèle de fonctions du juge « adapté » escompté, elle a conduit au retard dans la formation initiale et continue. D'autre part, la crise institutionnelle actuelle (rébellion dans certaines régions du nord) n'est pas de nature à faciliter l'intervention du juge dans la résolution des litiges individuels du travail en l'absence d'acteurs de justice qualifiés.

29. La République du Sénégal⁴⁸ est un pays situé en Afrique de l'ouest. Sa superficie totale est de 196 722 km², avec une population estimée à 14 354 690 d'habitants. Il a comme voisins, au nord la Mauritanie, la Guinée-Bissau au sud, le Mali à l'est. Le Sénégal est une ancienne colonie française qui a accédé à l'indépendance en date du 20 août 1960⁴⁹. Il n'est pas exagéré de dire du Sénégal qu'il est le plus stable des pays africains ayant en partage l'usage du français. Telle observation est palpable lorsque l'on analyse le fonctionnement de l'appareil judiciaire sénégalais. La stabilité du droit applicable au Sénégal est liée à celle des institutions politiques. En effet, il est important de rappeler que le Sénégal est à ce jour, le

⁴⁵ Tout comme la République démocratique du Congo, la Guinée avait arraché de force son indépendance à la grande surprise de la France sous le général de Gaulles. En effet, le référendum organisé par la France en 1958 donna une occasion aux leaders Guinéens avec à leur tête, Sékou Touré, d'influencer le peuple à dire « NON » à 95% du scrutin. Les conséquences furent très lourdes, notamment avec le retrait brutal le même mois, des troupes françaises et l'arrêt des crédits alloués.

⁴⁶ En effet, dans ces deux pays, les conséquences de l'accession aux indépendances « brutales » ont affecté l'organisation des institutions étatiques, y compris, l'appareil judiciaire.

⁴⁷ www.baquemondiale.org.2016, (consulté le 8 juillet 2017).

⁴⁸ HESSELING (G.), *Histoire politique du Sénégal Institutions*, droit et société, Karthala, 1985, pp.52- 53.

⁴⁹ COUMBA DIOP (M.), *Le Sénégal contemporain*, Karthala, 2002, p.655.

seul pays d'Afrique francophone à n'avoir pas connu de coup d'état militaire depuis son indépendance. De même, le maintien de certains acquis postcoloniaux, tels que la formation des juges à l'ENM en France jusqu'au début des années 1990 ainsi que l'amélioration des infrastructures dédiées à l'intervention du juge sont des éléments qui justifient la particularité du traitement du contentieux des litiges individuels du travail, avec notamment l'existence depuis des années de tribunaux du travail sur l'ensemble du territoire national.

30. À la différence des juges de quatre pays étudiés, le juge sénégalais jouit d'une indépendance réelle et effective dans la résolution du contentieux des litiges individuels du travail. En témoigne, la réputation internationale reconnue à ces juges, à l'instar des juges Kéba MBAYE et Seydou BÂ qui ont marqué leur temps et servent de modèles à la génération actuelle des juges sénégalais.⁵⁰ Dans une logique d'échanges interrégionaux, le Sénégal pourrait à certains égards servir de modèle s'agissant du fonctionnement de l'administration judiciaire⁵¹.

31. Notre étude va être abordée sous l'angle du droit comparé. Cette discipline qui offre d'utiles enseignements, a plusieurs maîtres au nombre desquels Alexis de TOCQUEVILLE qui, dans son célèbre *De la démocratie en Amérique* paru en 1835 écrit « *J'avoue que dans l'Amérique, j'ai vu plus que l'Amérique : j'y ai cherché une image de la démocratie elle-même, de ses penchants, de son caractère, de ses préjugés, de ses passions* »⁵².

32. Sans vouloir entrer dans les débats dont la littérature est abondante en ce qui concerne la définition du droit comparé⁵³, force est de constater que le droit comparé est plus que jamais

⁵⁰ En effet, le Sénégal compte deux éminents juges au parcours semblables en la personne de :- Juge MBAYE (Kéba) fut un haut magistrat et homme de lettres de nationalité Sénégalaise, a successivement été Président de la Cour Suprême puis du Conseil Constitutionnel du Sénégal. Ensuite a entamé une carrière dans la magistrature internationale, notamment comme vice-président de la Cour Internationale de La Haye, Président du Tribunal arbitral du Sport. Le juge Kéba MBAYE est considéré comme le père du Traité de Port-Louis instituant l'OHADA dont il a également assuré la fonction du Président de l'Association UNIDA.

-Juge Seydou BÂ est un haut magistrat qui a été Premier Président de la Cour de Cassation du Sénégal, puis a succédé au juge Kéba MBAYE à la tête de la CCJA et de l'UNIDA. Le juge BÂ est vice-Président du Tribunal administratif de l'OIT.

⁵¹ CAMARA (O.), *Mémoires d'un juge africain. Itinéraire d'un homme libre*, Paris, Karthala, 2010, p. 312.

⁵² DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, édition Flammarion, 1999.

⁵³ Monsieur le Professeur Otto PFERSMANN dans son article, « *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit* », définit clairement le droit comparé comme une discipline lorsqu'il affirme que, « *Le droit comparé est une discipline. Longtemps considéré comme exotique et dépourvu d'incidence réelle. ...Un geste de droit comparé est devenu indispensable dans toute recherche doctorale et tout juge ou législateur consulte les données étrangères avant de s'aventurer dans la construction d'une nouvelle réglementation, dans la solution d'un cas inédit...* », p. 275. Cet éminent auteur souligne plus loin que « *On pourra dès lors appeler « droit comparé » la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide*

une discipline d'actualité dans le contexte de la mondialisation où tous les juristes se voient contraints de recourir à la comparaison pour bien construire une stratégie. Il n'en demeure pas moins que le droit comparé continu à faire l'objet de controverses tant par sa méthode, son rôle dans la construction juridique qu'à sa place dans la recherche universitaire⁵⁴. Les auteurs de la *Common Law* ne sont pas en reste sur la reconnaissance du droit comparé comme discipline à part entière. D'ailleurs, la *Common Law* en donne une définition plus claire et simple nous semble-t-il « *Comparative Law is the study of different legal systems on an international level. It is an academic discipline concerned with comparing and contrasting the legal systems of different countries* »⁵⁵.

33. Une chose est certaine, c'est qu'une bonne étude de droit comparé suppose plus une bonne compréhension d'un autre droit, sa vraie reconstruction, qu'une simple restitution des règles juridiques. Il faut que le juriste, examinant un droit étranger, se place dans toute la mesure du possible dans la situation où se trouve un juriste du pays étranger envisagé⁵⁶. Le juriste doit ensuite se pénétrer des conceptions philosophiques, sociales, économiques qui ont cours dans le pays étranger.⁵⁷ L'étude du droit comparé a un intérêt à la fois pratique et scientifique⁵⁸.

34. L'approche en termes de droits étrangers peut également permettre de constater l'impact ponctuel ou commun sur tel ou tel pan des droits nationaux, singulièrement du travail et international. Le droit comparé peut enfin servir de mode ou de variable de détermination d'un socle commun en cas de poursuite d'objectifs d'unification ou d'harmonisation des droits nationaux d'une zone donnée.

de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante », p.286, in : *Revue Internationale de Droit Comparé*. 2-2001.

⁵⁴ Il en est de même pour KAUFMAN (O.), *Le droit comparé*. Cet auteur plaide pour la reconnaissance du droit comparé comme une discipline de droit lorsqu'il dit « (...) Si l'on adhère aux développements faits ci-dessus, on constate que le droit comparé est alors à la fois une discipline, une science juridique, et une pratique au niveau international ; la comparaison de droit ne peut être exercée en dépassant le cadre national. La science tout court est internationale parce que les problèmes sont semblables au niveau international, et il est par conséquent de même pour la science juridique. En effet, si la pratique juridique peut être assimilée à une discipline, on peut certainement accorder au droit comparé d'être à la fois une méthode et une discipline de droit, voire une science », in : *Le Droit Social Comparé*, vol. 8.1, mars 2004, p. 5.

⁵⁵ REINMANN (M.), ZIMMERMANN (R.), *The Oxford Hand book of comparative Law*, 1st ed., nov. 2006, p. 5.

⁵⁶ DAVID (R.), « *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* », LGDJ, Paris 1959, 556 p., Compte-rendu in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2 n°2, 1950, pp. 379-381.

⁵⁷ Cf. *Compte-rendu, op. cit.*, p. 379.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 380.

35. Selon l'objet et les finalités recherchés, la comparaison de deux ou plusieurs systèmes juridiques, nécessite soit de mettre l'accent sur les différences, soit au contraire sur les similarités, voire les deux. *In fine*, le comparatiste devrait être en mesure de faire un choix. Notre étude a retenu les deux options (écarts/proximités) pour justifier les suggestions des réformes dans les pays étudiés. L'analyse approfondie des systèmes juridiques retenus nous enseigne que tous prévoient des dispositions relatives aux fonctions du juge et pourtant, la doctrine reste muette sur le sujet. Il est d'ailleurs surprenant de constater que s'agissant du droit du travail, les auteurs dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés, à l'exception du Sénégal et du Cameroun par exemple, ne se sont jamais penchés sur la question des fonctions du juge. Encore moins sur les litiges individuels du travail. Quand bien même, il existe une jurisprudence abondante dans la plupart de ces pays, les décisions ne sont pas publiées, donc inaccessibles au public. Alors que l'intérêt de publier des jugements et arrêts c'est bien évidemment « *d'enseigner* », ainsi nous pensons qu'il est temps de remédier à cette situation. Toutefois, nous en avons rassemblé quelques-uns (inédits) qui nous ont permis d'avoir une idée claire de la manière dont intervient le juge dans les litiges individuels du travail. L'examen desdites décisions nous sera d'une importance tant pour leur intérêt juridique que sociologique.

III. PROBLÉMATIQUE DE RECHERCHE

36. Notre réflexion sur les fonctions du juge en Afrique francophone, à partir du cas des litiges individuels du travail, entend s'appuyer fondamentalement sur le relevé de similarité et différence qui existent en la matière entre cinq systèmes juridiques nationaux, ceux du Cameroun, du Congo (RDC), de la Guinée, du Mali et du Sénégal. Dans le cadre de notre étude, nous nous référerons successivement aux textes régissant le fonctionnement de l'office du juge dans les cinq pays retenus. Toutefois, nous allons exclure les juges assesseurs qui, bien que connaissent des litiges individuels du travail mais dont le mode de recrutement diffère de celui des juges professionnels. Pour cela il sera utile de revisiter les modes de recrutement, de formation initiale/continue du juge, en passant par les mécanismes prévus pour la résolution des litiges individuels du travail dans chacun de cinq pays étudiés.

37. En substance, l'intérêt de cette thèse est de relever l'importance de fonctions du juge lors de l'intervention dans la résolution des litiges individuels du travail dans les cinq pays africains retenus. Pour y parvenir, la démarche adoptée consiste à envisager tout d'abord les

prévisions et prescriptions générales d'instances juridictionnelles relatives à la résolution des litiges individuels du travail (**Première Partie**), avant de nous intéresser aux difficultés et questions récurrentes relatives aux fonctions du juge (**Seconde Partie**).

PREMIÈRE PARTIE - LES PRÉVISIONS ET PRESCRIPTIONS GÉNÉRALES

38. L'existence d'instances juridictionnelles de règlement des litiges individuels est une réalité ancienne dans les pays d'Afrique francophone. Siégeant de manière occasionnelle, ces instances sont présidées par une personnalité bénéficiant à la fois de la confiance et du respect de toute la communauté en raison de plusieurs critères, allant de l'origine familiale, à la notoriété personnelle en passant par l'âge. Généralement, il s'agit d'un homme, d'un fonctionnaire à la retraite ou d'un chef de tribu considéré comme « sage ». C'est *la coutume*, en tant que base juridique non écrite, qui attribue une compétence matérielle à ces instances. Toutefois, celle-ci reste limitée aux seuls membres de la communauté, de telle sorte que si l'une des parties au litige n'appartient pas à ladite communauté, il est fort possible que toute sentence prononcée en sa défaveur ait du mal à avoir force exécutoire.

39. À ce jour, si ces instances juridictionnelles traditionnelles existent encore, soit leur champ de compétence est orienté vers d'autres formes de litiges (Cameroun), soit elles ont vu leurs compétences réduites (Guinée, Sénégal, Mali), soit encore elles ont été absorbées avant de disparaître (RDC) au profit des tribunaux étatiques. Ainsi, d'une certaine manière, la coexistence des civilisations traditionnelle et européenne était une occasion de moderniser le système judiciaire africain, notamment avec la création de tribunaux permanents. Tandis que dans la plupart des territoires d'Afrique Occidentale Française (AOF), l'organisation des juridictions indigènes a, dès le début de la colonisation, fait l'objet de textes relativement précis, au Congo belge, par exemple, les textes règlementaires restent relativement rares. Il n'en demeure pas moins que, si la tentative d'exclusion des instances juridictionnelles traditionnelles n'a pas posé de problèmes pendant la période coloniale, c'est tout simplement en raison de l'absence de conflits ouverts entre le travailleur autochtone et son employeur européen, lors de la première décennie après les indépendances. Dans les pays sous administration française d'AOF, par exemple, la loi de 1952 a institué un Code du travail applicable dans les Territoires d'Outre-Mer, lequel a créé des tribunaux de travail compétents pour connaître les litiges individuels liés au travail. Il s'agissait d'une détermination du juge en fonction de la nature du litige selon ses compétences. Cependant, depuis trois décennies, celle-ci montre des limites du fait d'un engorgement dans les tribunaux étatiques et de la lenteur des procédures, caractéristiques de la perte de confiance chez les justiciables. Ces derniers se fient en effet plus en plus à des tiers privés, ayant pour conséquence, l'évitement,

même si un tel choix suppose des préalables (**Titre 1**). Seul le respect des règles de procédure à suivre permettrait le traitement des litiges dans les meilleurs délais (**Titre 2**).

Titre 1 – LES VOIES D'ÉVITEMENT ET DE RECOURS AU JUGE

40. En matière sociale, comme dans d'autres domaines, il est admis que le procès ne constitue pas le seul moyen de résoudre des litiges individuels. Dans l'Afrique francophone toute entière, les réalités sont les mêmes. Cependant, des mécanismes, parfois peu connus de la part des justiciables, ayant émergé durant ces dernières années. D'autres plus actifs, fonctionnant en parallèle des structures étatiques, tantôt le fruit d'initiatives privées, comme l'affirme à juste titre le Professeur Prosper NKOU MVONDO : *« de véritables instances de règlement des litiges ont été spontanément mises en place par les populations et fonctionnent à ciel ouvert, se donnant une image de légitimité à côté de la justice de l'État. Certaines de ces instances s'inspirent des traditions locales de règlement des litiges. D'autres laissent apparaître le rôle assez curieux que jouent les hommes d'État, sollicités par les populations, lesquels utilisent les institutions étatiques qu'ils incarnent aux fins de règlement informel des litiges »*⁵⁹. Néanmoins, ces structures « ne sont pas sans rappeler les juridictions traditionnelles qui existaient avant l'arrivée de la justice moderne, même si les formes et les techniques ne sont plus tout à fait les mêmes »⁶⁰. D'autres mécanismes peuvent également provenir des pouvoirs publics, sans véritablement intéresser le législateur, laissant ainsi à la pratique et à la jurisprudence le soin de les encadrer. Toutefois, si ces modes alternatifs de règlement ont connu un essor au siècle dernier, leurs procédés sont historiquement anciens⁶¹, étant souvent associés aux textes bibliques⁶², source parmi les plus sûres.

41. En effet, dans son Évangile, Matthieu, l'un des disciples de Jésus enseigne, que le Christ leur recommande les voies pacifiques de résolution des litiges individuels, affirmant dans ces versets : *« Si ton frère a péché, va et reprends-le entre toi et lui seul. S'il t'écoute, tu as gagné ton frère. Mais, s'il ne t'écoute pas, prends avec toi une ou deux personnes, afin que toute l'affaire se règle sur la déclaration de deux ou de trois témoins. S'il refuse de les écouter, dis-le à l'Église ; et s'il refuse aussi d'écouter l'Église, qu'il soit pour toi comme un païen et un publicain. Je vous le dis en vérité, tout ce que vous lierez sur la terre sera lié dans le ciel, et tout ce que vous délierez sur la terre sera délié dans le ciel. Je vous dis encore que, si deux d'entre vous s'accordent sur la terre pour demander une chose quelconque, elle leur sera*

⁵⁹ NKOU MVONDO (P.), La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État, *Droit et société*, n° 51-52, 2002/2, p. 371.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ FORGE (A.), Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit du travail, *Mémoire Master 2 Professionnel*, Paris II, 2016, p. 20.

⁶² *Idem.*

*accordée par mon Père qui est dans les cieux. Car là où deux ou trois sont assemblés en mon nom, je suis au milieu d'eux »*⁶³.

42. L'analyse de ces versets évangéliques illustre l'intérêt que le Christ accorde à la discussion et au dialogue, éléments indispensables pour parvenir à des solutions amiables. Ceux-ci doivent se tenir entre les parties : si le dialogue échoue, le Christ suggère que les parties fassent appel à une ou deux personnes pour les aider à trouver une nouvelle solution. En cas d'échec, l'Église, en tant que communauté à laquelle appartiennent les parties doit peser de façon à ce que les discussions reprennent et aboutissent. Globalement, il est fortement recommandé aux chrétiens de recourir, par tous les moyens, à des modes alternatifs de règlement, tels que l'arbitrage, la conciliation et la médiation.

43. De même, l'apôtre Paul, dans sa lettre aux Corinthiens les incite au règlement amiable de leurs différends : « *Quelqu'un de vous, lorsqu'il a un différend avec un autre, ose-t-il plaider devant les injustes, et non devant les saints ? Ainsi il n'y a parmi vous pas un seul homme sage qui puisse prononcer entre ses frères »*⁶⁴. Nul ne doute que le « sage » dont parle l'apôtre est le « conciliateur » ou le « médiateur » ou encore l'« arbitre », censé avoir de l'expérience. Il ne comprend pas comment deux parties qui sont chrétiennes au sein d'une même communauté et qui sont liées par la foi, recourent à un procès pour régler un litige, considérant que les *ADR (alternative dispute resolution)* sont dans ces cas-là, les seules voies entre chrétiens.

44. Depuis des siècles, la promotion des modes alternatifs dans le règlement des litiges individuels se poursuit sans véritablement écarter l'instance juridictionnelle qui continue à subir des critiques de toutes sortes. Si l'on peut invoquer les différents griefs (encombrement et lourdeur) faits à l'encontre de cette dernière pour expliquer le recours, voire le soutien au processus de « *dé-juridictionnalisation* » de résolution des litiges individuels du travail, il convient également d'ajouter l'impact de la mondialisation des économies sur les droits

⁶³ Évangile selon Matthieu, Chapitre 18, versets 15 à 20, La Bible, L. SEGOND, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa.

⁶⁴ Première épître de Paul aux Corinthiens 6 : 1 à 7, Nouveau testament, L. SEGOND, 1910, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa.

internes. Évitement ne signifie pas éviction, car le juge étatique pourra, *in fine*, être saisi en cas de désaccord des parties sur la solution alternative à laquelle elles seront parvenues⁶⁵.

45. L'évitement n'est pas assimilable à la pratique du *forum shopping* qui consiste à choisir le juge étatique en fonction de la règle susceptible d'être appliquée *la lex fori*⁶⁶. Dans la plupart des pays concernés, l'évitement est la conséquence de la crise de la justice étatique. Les « audiences » relatives à tous les types de litige en font partie, se tenant le plus souvent le soir, voire le weekend. Ainsi, sous « la véranda d'une maison ou sous un arbre au milieu du village, des hommes et des femmes sont rassemblés. On y boit de la bière ou du vin de palme, on parle de tout et de rien, on commente les dernières nouvelles (...). L'heure est en quelque sorte aux faits divers. Puis, un homme, fait un signe et un silence s'impose immédiatement. C'est alors que vont se débattre des questions importantes car ce rassemblement n'est autre qu'une instance de règlement de litige, une instance qui ne fait pas partie de l'organisation judiciaire de l'État. Dans un coin, on observe la présence d'un homme respectable qui fait office de président de séance⁶⁷. L'objectif de cette réunion est rappelé à l'assistance ainsi que la ou les affaire(s) à l'ordre du jour »⁶⁸. Dans ce contexte, « la parole est donnée au plaignant, puis au défendeur, des témoins sont entendus, le débat s'instaure, tous ceux qui, dans la foule, ont quelque chose à dire, demandent et prennent la parole »⁶⁹. En réalité, bien que ces juridictions traditionnelles fonctionnent de manière informelle, leurs compétences dépassent largement ce qui est prévu.

46. En effet, dans les pays d'Afrique francophone⁷⁰, la procédure de règlement d'un litige individuel du travail devant une juridiction étatique peut prendre, en moyenne, cinq ans, et aucun des protagonistes, encore moins leurs avocats, ne peut prévoir une telle durée, tant les aléas sont nombreux. De plus, avant même la saisine du tribunal du travail, la loi oblige le salarié et l'employeur entrer dans des négociations supervisées par l'inspecteur du travail. Or, dans la plupart des cas, celles-ci se soldent par un échec, D'une part, quand bien même un

⁶⁵ LARONZE (F.), « L'évitement du juge social », in De QUENAUDON (R.) (dir.), *La RSE saisie par le droit, perspectives internes et internationales*, éd. A. Pédone, 2015, p. 593.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ L'instituteur du village, le fonctionnaire à la retraite, le marabout, le catéchiste ou toute personne de confiance et acceptée de tous, peuvent être appelés à présider une instance de règlement de litige ; il s'agit avant tout d'un conciliateur (Cf. not. NKOU MVONDO (P.), *op. cit.*, p. 372).

⁶⁸ NKOU MVONDO (P.), *op. cit.*, p. 371.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Il s'agit, en particulier des pays qui intéressent la présente étude, à savoir le Cameroun, la Guinée, le Mali, le Sénégal et la République démocratique du Congo (RDC).

procès aurait lieu, la partie condamnée accepte difficilement le jugement du tribunal d'autre part, elle use parfois de voies de recours et, abusivement, de dilatoires procéduraux pour empêcher l'exécution du verdict. De telles pratiques, qui sont monnaies courantes, ternissent l'image de la justice étatique, y compris en droit comparé. Cela engendre inéluctablement des conséquences en termes de coûts, à la fois pour l'État et pour les plaignants.

47. Forte de ce constat amer, une doctrine dominante, « l'École de Chicago »⁷¹, relayée par la doctrine française⁷², s'est penchée sur les voies de résolution des conflits, à partir de l'*analyse économique*⁷³, notamment en décelant les erreurs qui sont à la base de l'échec de la tentative obligatoire de conciliation. Cette doctrine propose de réduire au maximum la voie juridictionnelle (en faire une exception) au profit de la solution alternative mode normal. Pour ces éminents auteurs, cela permettrait d'améliorer le fonctionnement de la juridiction du travail quant au règlement des conflits individuels en la matière. Ce à quoi, nous adhérons, dans le contexte africain, en particulier dans les pays de la sous-région subsaharienne, où l'appareil judiciaire connaît de sérieux problèmes, depuis des décennies, dus au manque de moyens matériels à l'absence de spécialistes, entre autres. Pour faire face à la lourdeur des procédures, à l'encombrement dans les tribunaux, voire à la corruption de certains magistrats, nous sommes d'avis que ces techniques non contraignantes, malgré tout, encadrées en vue d'éviter la saisine du juge, constituent un bon moyen pour redonner confiance aux justiciables en cas de litiges individuels du travail.

48. Ce sont des modes conventionnels, négociés à partir de règlements des différends sociaux, qui constituent des voies extra-judiciaires moins contraignantes. Ceux-ci sont nombreux. Selon les cas, il peut s'agir de l'arbitrage, de la conciliation, de la médiation ou de la transaction. Les défenseurs du recours aux voies alternatives de règlement des litiges individuels du travail évoquent plusieurs justifications à cela, à savoir, la rapidité, la confidentialité, la sécurité juridique ou encore la proximité. Pour autant, le choix de ces

⁷¹ LANDES (W. M.), An Economic Analysis of the Courts, *Journal of Law and Economics*, 1971, vol. 14, n° 1 ; GOULD (J.-P.), The Economics of Legal Conflicts, *Journal of Law Studies*, 1973, vol. 2, n° 2 ; POSNER (R.A.), An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *Journal of Legal Studies*, 1973, vol. 2, n° 2 ; SHAVELL (S.), Alternative Dispute Resolution : an Economic Analysis, *Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 24, n° 1.

⁷² CHAPPE (N.), DORIAN-DUBAN (M.), La résolution des conflits individuels du travail, *Revue d'économie politique*, 2003/4, vol. 113, pp. 549 à 568.

⁷³ Voir également : LAMBERT (E.-A.), *L'analyse économique des litiges individuels du travail*, Thèse en Économie, Nancy, 2008. L'auteur traite de la question dans la lignée de l'École de Chicago, puis de celle de CHAPPE et DORIAN-DUBAN, *op. cit.*, p. 549.

mécanismes alternatifs, dits « rapides », n'empêche nullement le recours au juge étatique qui reste incontournable, notamment pour les voies de recours (appel, annulation et cassation), ou lors de l'homologation de l'accord des parties ou bien du contrôle de cet acte. Ainsi, concernant l'évitement on serait plutôt tenté de parler d'un « tandem », juge-tiers facilitateur, ayant pour conséquence, l'assouplissement de la résolution et l'accessibilité à des instances juridictionnelles pour l'intérêt des justiciables. Nous étudierons donc, successivement, les alternatives aux recours au juge (**Chapitre 1**) et le choix du recours au juge (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – Les alternatives aux recours au juge

49. De manière classique, lorsque survient un litige individuel du travail, la partie la plus diligente, très souvent le salarié mécontent, saisit le juge afin d’obtenir réparation de ce qu’il estime avoir été ignoré par l’employeur à son égard. La juridiction du travail a la particularité d’être plus accessible, notamment avec la gratuité lors de la phase de conciliation préalable. Toutefois, cette facilité légale qui, au passage, doit être maintenue, est à l’origine de difficultés affectant ces juridictions. En effet, la réalité dans les cinq pays d’Afrique francophone, où l’on observe un engorgement dans les tribunaux du travail, lesquels peinent à rendre justice dans un délai raisonnable. Une telle situation est gênante, et même une action contre l’État pour déni de justice a peu de chance d’aboutir.

50. C’est pour pallier cette situation, lourde de conséquences, notamment pour le justiciable qui doit attendre en moyenne cinq ans avant d’être en possession de son jugement, encore que celui-ci peut lui être défavorable, que l’État a recours à des stratagèmes afin de réduire, tant bien que mal, le volume de travail que connaissent ces juridictions spécialisées. Force est de constater que tout ceci manque d’efficacité, car, en pratique, peu de justiciables se rendent aux séances de conciliation, préférant le procès. Les inquiétudes grandissent alors, à défaut d’instaurer le modèle britannique de la *Common Law* qui s’avère plus efficace. En particulier, avec la procédure de *Letter Before Action*. La justice étatique, établie selon la vieille « *culture du procès* » comme seul moyen de résolution des litiges, continuera à subir des critiques de ses justiciables.

51. Ainsi, une analyse comparée des législations du travail des pays africains nous enseigne l’existence de mécanismes incitatifs allant à la conciliation, préalable obligatoire avant tout procès devant le tribunal du travail, ainsi que la possibilité de résolution d’un litige individuel, en amont de la saisine du tribunal du travail, notamment avec l’usage de plus en plus courant de la rupture conventionnelle homologuée. Toutefois, force est de constater les limites de ces procédés, du fait de leur méconnaissance auprès de certains justiciables, en l’absence d’un programme de vulgarisation.

52. Nous entendons proposer une nouvelle approche pour inciter les justiciables et leurs Conseils, à faire application quasi-systématique de l’adage selon lequel « *mauvais arrangement vaut mieux que bon procès* », en droit du travail. Il s’agit, à notre sens, d’un

processus de déjudiciarisation des litiges individuels du travail qui, pour les pouvoirs publics aurait également l'avantage de pallier le manque de magistrats professionnels spécialisés en la matière. En effet, il est admis que la résolution d'un litige individuel du travail ne doit plus forcément passer par un procès. Celle-ci peut être trouvée autrement, de manière rapide, efficace et plus sûre tant pour le salarié que par l'employeur. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces alternatives au procès devant le tribunal du travail constituent des outils susceptibles de favoriser voire de maintenir l'accès à la justice, y compris pour les justiciables les plus démunis. Tel est le sens des modes alternatifs de règlement du litige : selon l'office des parties, leur choix peut permettre à l'établissement d'une transaction (**Section 1**), tout comme à l'un des procédés à l'instar de la conciliation, de la médiation ou de l'arbitrage (**Section 2**).

Section 1 - La transaction, choix idéal pour les parties

53. Parmi les moyens consistant à mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports multiples et variés, le plus heureux de tous est la transaction, contrat par lequel on prévient les contestations à naître.⁷⁴ Il n'en demeure pas moins que nombre de paradoxes entourent le contrat : le premier est relatif à son introduction hâtive dans l'ancien Code civil qui s'explique par des raisons historiques. Le droit romain prévoyait déjà que les transactions devaient être accueillies favorablement par les tribunaux.⁷⁵ Et, au XIV^e siècle, un *postglossateur*, BORTOLO le considère comme étant l'un des contrats les plus utiles entre tous ceux qui figurent dans les compilations justiniennes.

54. En droit comparé, en France, cependant, la transaction n'a guère été favorisée au sein de la doctrine : DOMAT ne lui a accordé qu'une importance relative ; POTHIER avait annoncé qu'il s'attacherait à son étude, mais comme le relève le Professeur Charles JARROSSON, « *la mort ne transige pas avec les rendez-vous qu'elle a fixés* »⁷⁶. C'est ainsi que, depuis 1804, l'article 2044 du Code civil, légèrement modifié à ce jour, dispose : « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». C'est aussi la définition retenue

⁷⁴ BIGOT de PREAMENEU (1747-1825) quelques jours avant l'adoption de la loi sur les transactions, devant le Corps Législatif, lors de la séance du 24 Ventôse, An XII.

⁷⁵ Code Justinien, Livre II, titre IV.

⁷⁶ JARROSSON (Ch.), Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, n° 32, pp. 267-273.

par la plupart des Codes civils de conception romano-germanique dans les pays d'Afrique francophone que nous examinons dans la présente étude.

55. La transaction est un mode alternatif de litige à part ; le *caractère confidentiel* de l'accord est sans doute à l'origine de la méconnaissance de cette technique, y compris chez nombre de praticiens du droit. Le Professeur BOYER qui, dans sa thèse, a étudié sa nature ainsi que son régime au regard du concept de cause, a considérait que *la transaction était un acte déclaratif et non recognitif*⁷⁷. L'étude comparative de la transaction montre que de nombreuses des législations n'ont pas accordé beaucoup d'intérêt aux aspects liés à son application, sans doute en raison de sa spécificité qui en fait un contrat hybride. Il en est de même des travaux doctrinaux qui ne s'intéressent à la transaction que dans le cadre des modes alternatifs de règlement des litiges et non au litige lui-même en tant qu'objet de l'accord des parties. Comme le souligne le Professeur BOYER, la jurisprudence a joué un rôle de grande importance dans la qualification de la transaction. C'est notamment le cas des concessions réciproques. L'éminent auteur souligne qu'« elles n'étaient étonnamment pas prévues initialement par le législateur, c'est la jurisprudence qui est venue combler cette lacune »⁷⁸. Une doctrine dominante indique que la transaction est « à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire privé ». ⁷⁹ Forme positive du règlement des litiges, la transaction participe à la recherche d'une solution pacifique.

56. L'autre paradoxe de ce contrat est la notion de situation litigieuse retenue par les rédacteurs du Code civil. En effet, dans la conception romano-germanique, le terme de transaction, *Vergleich*, désigne le contrat mettant fin à un litige et tout accord par lequel les parties veulent éliminer une quelconque incertitude figurant dans leurs relations juridiques, même s'il n'existe entre elles aucune difficulté contentieuse. Cette conception fait de la transaction un contrat à *caractère forfaitaire*. La transaction est possible tant pour terminer une contestation née que pour prévenir une contestation à naître. Cette observation nous permet de distinguer les transactions extra-judiciaires, intervenant avant l'introduction de l'instance, et les transactions judiciaires, pouvant être consenties pendant celles-ci, mais avant l'intervention d'une décision définitive.

⁷⁷ BOYER (L.), *La notion de transaction : Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1947.

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 41.

⁷⁹ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTHIER (P.-Y.), « La transaction », *Répertoire du notariat, Défrénois*, 2010, n° 5, pp. 543 et s.

57. L'absence de concessions réciproques dans la définition donnée par le Code civil est un autre paradoxe de ce contrat, alors que la doctrine unanime considère que leur existence constitue le troisième élément de la transaction, après l'élément objectif, le litige, et l'élément subjectif, l'intention de le régler⁸⁰. Cette interprétation *Praeter legem* est à souligner, car elle apparaît chez les auteurs dès le lendemain de la promulgation du Code civil, à une époque où l'on avait tendance à n'enseigner que lui. C'est ainsi que BIGOT de PREAMENEU expliquait : « *chaque partie sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pouvait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre ; et alors même que l'une des parties se désiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union, et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes du procès* ». Cette interprétation était fondée sur la loi 38 du code justinien selon laquelle « une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose ». Nous partageons l'avis d'un éminent auteur qui considère que contrairement aux pratiques anglo-saxonnes (transaction égale à l'achat du départ immédiat du salarié), la transaction telle que conçue dans le système romano-germanique permet au juge de rétablir une certaine égalité et de vérifier que les deux parties ont réellement transigé au sens premier du terme⁸¹.

58. Le Professeur Jean-Emmanuel RAY relève aussi que de nombreuses transactions se limitaient à une suite de renonciations de la part du salarié sans que le chef d'entreprise ne fasse aucune concession : la cause même de la transaction implique qu'apparaissent les éléments d'une contestation et les *concessions réciproques* que se sont faites les parties »⁸². Cependant, il semble que les rédacteurs du Code civil n'ont rédigé le titre relatif à la transaction que parce qu'ils étaient contraints par les réactions des tribunaux d'appel, notamment celui de Paris. Mais ils ont rédigé ce titre en s'inspirant des travaux de DOMAT qui était contre la notion de concessions réciproques. C'est ainsi qu'il écrivait, à propos de la loi 38 du Code justinien : ce qui est dit dans cette loi, qu'il n'y a point de transaction, si l'on ne donne ou ne promet rien, ou si l'on ne retient quelque chose, ne doit pas être pris à la lettre. Car, on peut transiger sans rien donner, ou sans rien promettre ou sans rien retenir. Ainsi celui qu'on prétendait être caution d'une autre pourrait être déchargé de cette demande par une transaction, sans que, de part ni d'autre, il fût donné, rien promis, ni rien retenu. Pour cette

⁸⁰ JARROSSON (Ch.), *op. cit.*, D.1997, *Chron.* 268.

⁸¹ RAY (J.-E.), *Droit du travail Droit vivant*, 25^e édition actualisée et augmentée, éd. Liaisons, 2017, p. 435.

⁸² *Idem.*

raison, l'on peut penser que le Code civil de 1804 ne mentionne pas la notion de concessions réciproques, à la différence de nombreux droits appartenant à la famille romano-germanique, tels que l'article 1965 du Code civil italien ou le § 779 du *BGB* allemand, pour ne citer que ces codes.

59. Quoi qu'il en soit, cette absence de disposition législative a été palliée par les tribunaux qui, très rapidement, ont intégré, dans la définition de la transaction posée à l'article 2044 du Code civil, l'exigence de concessions réciproques. Ainsi, par exemple, en matière successorale, la Haute juridiction a exigé ces concessions dès 1883⁸³. Un autre paradoxe de la transaction tient à son domaine d'application qui est assez large. Cependant, celui-ci ne peut faire abstraction de la question d'ordre public, car transiger signifie disposer : on ne peut transiger que sur les droits dont on dispose. L'ordre public interdit que la transaction s'étende aux droits dont on n'a pas la disposition.

60. Dans certaines hypothèses, la jurisprudence française a toujours permis à la victime d'un accident de transiger avec le responsable ou son assureur, pour les conséquences à venir, et au même moment, inconnues. La loi ne délimite pas clairement le champ d'application de la transaction. Pour savoir dans quels cas il est permis de transiger, et dans lesquels cela est interdit, il ne reste, faute de règle générale, qu'à analyser, à la lumière de la jurisprudence, les principales applications de la transaction au regard des prohibitions de l'ordre public. La transaction ne peut porter sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail. En revanche, la transaction est licite alors même qu'elle porte sur des droits à un caractère d'ordre public à condition toutefois que ces droits soient déjà nés. Cela concerne non seulement le droit civil, mais également les droits administratif, économique, pénal, fiscal et social.

61. Nous n'allons pas ici procéder à une étude détaillée du domaine de la transaction dans ces divers droits, mais simplement exposer les règles principales qui la régissent afin de mieux comprendre ce mécanisme civil. Au sens du droit civil, c'est la situation des personnes qui offre le plus de résistance à la pratique de la transaction, en raison de son caractère d'ordre public. Mais cette résistance s'affaiblit lorsqu'on glisse vers les conséquences pécuniaires des règles familiales, qu'il s'agisse par exemple, de l'obligation alimentaire sous ses différentes formes ou du patrimoine familial. Et dans le domaine des contrats, des obligations et des

⁸³ Cass. civ., 3 janvier 1883, I, *Juris.* p. 457.

biens, la transaction jouit du maximum de liberté. Cette solution est logique, car plus on s'éloigne des personnes pour se rapprocher des choses, plus l'individu dispose de ses droits et peut, de ce fait, transiger à leur sujet.

62. L'ordre public, qui réduit le domaine de la transaction, est considérablement développé en droit social en général, défini comme étant le droit de la protection du « faible » contre le « fort », et en droit du travail en particulier, qui est destiné à protéger le salarié contre l'employeur. En principe, on ne trouve de traces de la transaction qu'à travers la jurisprudence relative au reçu pour solde de tout compte. Il est, en effet, toujours à craindre que ce procédé n'aboutisse, directement ou indirectement, volontairement ou non, à éluder de nombreuses dispositions légales qui régissent la rupture du contrat de travail, et spécialement le licenciement. Cependant, malgré les risques encourus, l'absence législative en la matière et l'opposition d'une partie de la doctrine, la jurisprudence française a consacré, en 1953, la pratique de la transaction en droit du travail⁸⁴. Depuis lors, cette pratique n'a cessé d'être utilisée dans les entreprises et est devenue « un outil de gestion faisant partie de la panoplie des directions des ressources humaines »⁸⁵. Transiger est ainsi devenu un « art » reposant sur la maîtrise de l'évaluation du risque. Dans ce contexte, comme le souligne une doctrine classique, le recours au juge, que les parties entendaient éviter, traduit le plus souvent l'échec de la transaction⁸⁶. Pourtant, ce recours est devenu le paradoxe le plus important de la transaction, au regard du volumineux contentieux de cette technique appliquée en droit du travail. À ce sujet, l'on peut justement se demander, comme Madame la Professeur Danielle CORRIGNAN-CARSIN, si la sécurité, l'efficacité, la rapidité et la discrétion font encore partie des avantages traditionnellement attachés aux accords transactionnels.

63. La technique de transaction s'apparente à d'autres qualifications voisines qui, à certains égards, peuvent porter à confusion. L'une des plus importantes évolutions concernant la transaction est celle relative à sa distinction d'avec d'autres notions juridiques. Tout d'abord, on peut confondre la transaction avec le compromis. Ce dernier compromis est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes (en litige sur des droits dont elles peuvent disposer) décident d'en confier la solution, non à la justice étatique, mais à un ou

⁸⁴ Cass. soc., 18 mai 1953, D. 1953, p. 602 ; *Bull. IV*, n° 280.

⁸⁵ FOULON (S.), « Négocié, prends l'oseille et tire-toi », *Liaisons sociales*, novembre 1999, p. 29.

⁸⁶ CORRIGNAN-CARSIN (D.), La transaction : Derniers développements jurisprudentiels, *RJS*, 6/96.

plusieurs arbitres de leur choix⁸⁷. Ainsi défini, le compromis aussi pour effet de soustraire la connaissance d'un procès à son juge naturel. Néanmoins, les intéressés ne renoncent pas à leur droit d'action, le litige pouvant se terminer par une sentence allouant à l'un des plaideurs la totalité de ses prétentions originaires.

64. En droit comparé, en France, la distinction entre ces deux actes juridiques a été établie en 1862 par la Chambre des Requêtes qui a considéré que, même si les parties signaient à l'avance un blanc-seing sur lequel l'arbitre rédigerait sa sentence de façon à ce que celle-ci prît la forme d'une convention, il ne pouvait s'agir que d'un compromis et non d'une transaction⁸⁸. Ensuite, on a pu confondre la transaction avec la cession des droits litigieux : lorsque cette dernière intervient entre les parties à un litige, elle met fin à celui-ci et peut comporter des concessions réciproques.

65. De même, la transaction et la résiliation conventionnelle ont souvent été confondues. Cette dernière, contrairement à la transaction, intervient alors que le contrat de travail est encore en cours. Elle s'apparente plutôt à une « démission avec prime », alors que la transaction constitue un mode accessoire de rupture, dont l'application n'est possible qu'après un licenciement. Il convient également de noter que la résiliation conventionnelle est le seul mécanisme juridique susceptible de mettre fin, à l'amiable, à un contrat de travail à durée indéterminée par un accord conclu entre un employeur et un salarié. En outre, son application profite à tous les employeurs ainsi qu'à tous les salariés titulaires d'un CDI, titulaires d'un mandat social (*salariés protégés*), et ce, indifféremment de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié.

66. On a également pu confondre la transaction avec le *serment décisoire*.⁸⁹ Pendant longtemps, en se référant à la tradition romaine, on a considéré que l'offre de serment décisoire était une offre de transiger qui se transformait en une véritable transaction, lorsque le serment était prêté ou refusé. Cette solution est abandonnée aujourd'hui en raison de concessions réciproques dans le serment décisoire, car la partie qui prête serment triomphe intégralement. Enfin, la transaction et le *jugement* ont été confondus, donnant même à la

⁸⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} éd. mise à jour, PUF, 2017, p. 217.

⁸⁸ Cass. ch. Req., 29 décembre 1862, *DP* 1862, I, p. 164.

⁸⁹ Le Doyen CORNU le définit comme un serment déféré par un plaideur à son adversaire, sur des faits personnels à ce dernier, afin d'en faire dépendre la solution du litige et qui, doté de tels effets, constitue à la fois une preuve légale et un mode de disposition du droit (CORNU (G.), *op. cit.*, p. 958).

transaction la valeur d'un jugement en raison d'un de ses effets, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La transaction, tout comme le jugement, a un objet déterminé, en ce sens que celui-ci conduit les parties à renoncer à toutes leurs prétentions ou partiellement, en privilégiant le dialogue par rapport à l'application stricte de la loi. De même, le jugement a pour objet de régler un différend. Mais là, s'achèvent les points de similitude entre ces deux actes juridiques car, il importe de souligner, la transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit, encore moins pour cause de lésion, ce qui sous-entend qu'il appartient au salarié à qui la transaction est proposée, de veiller sur ses droits avant de la signer. En pratique, il n'est pas rare de voir les parties se faire assister par un avocat-conseil⁹⁰. D'ailleurs, nombre d'employeurs préfèrent confier la gestion des négociations à leurs services juridiques plutôt qu'au responsable des ressources humaines, le but étant, bien évidemment, d'éviter tout écueil sur la validité de la transaction signée, qui tournerait en leur défaveur.

67. De plus, si la transaction et le jugement comportent des effets communs, ce dernier procède de la volonté du juge étatique, tandis que la première relève de la volonté des parties au litige. Une autre différence tient à l'absence de force exécutoire dans le chef de la transaction, contrairement au jugement. D'ailleurs, faut-il le rappeler, le refus de donner force exécutoire à l'accord transactionnel est indifférent à sa validité, car l'acte subsiste. Bien que le système de transaction est reconnu comme un document issu d'un accord entre le salarié et l'employeur, dont l'objet principal est de mettre fin à un litige sans atteindre un jugement, il n'en demeure pas moins que les conditions et les effets de la transaction soient strictement les mêmes que ceux soumis aux contrats (§ 1) ; en outre, et du fait de l'existence d'un contentieux grandissant, la jurisprudence opère un contrôle rigoureux malgré la tentative initiale d'exclusion de l'intervention du juge (§ 2).

§ 1. Les conditions et les effets du mécanisme transactionnel

68. L'examen des conditions de validité de la transaction doit se dérouler en tenant compte de deux facteurs cumulatifs. D'une part, en tant que contrat de droit civil, la transaction est

⁹⁰ Trib. 1^{ère} inst. Cost. RDC, 14 février 1947, R.J.C.B., p. 114 ; Trib. 1^{ère} inst. Léo. RDC, 29 juin 1949, R.J.C.B., 1950, p. 105 ; Cass. Belgique. 3 octobre 1949, Pas., I, p. 239 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juillet 1987, n° 85, 18769, *Bull.* 1987, I, n° 220, p. 162. Le juge doit s'assurer de la validité du mandat donné à un avocat qui prétend avoir reçu le pouvoir de transiger pour le compte d'un client. Il ne peut déduire l'existence d'une transaction des seuls dires des avocats, sans se référer à un *mandat spécial* émanant des parties et qui aurait permis aux avocats de transiger.

soumise aux dispositions générales des contrats civils (A). Appliquée au droit du travail, elle doit obéir aux conditions spéciales de validité qui engendrent des conséquences (B).

A. Les conditions générales de validité de la transaction

69. La transaction est soumise à quatre conditions essentielles pour valider une convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité à contracter ; l'objet certain qui forme la matière de l'engagement et, enfin, la cause licite dans l'obligation. Il convient de rappeler qu'une transaction en droit du travail doit avoir une cause licite qui se traduit par la résolution à l'amiable d'un litige né ou à naître, afin d'éviter une procédure judiciaire longue, onéreuse, voire hasardeuse pour les deux parties. La capacité du salarié à transiger est soumise aux règles de droit commun. La transaction étant un acte de disposition, la jurisprudence opère un contrôle sévère. Peu développée en Afrique francophone, par exemple en droit congolais, la doctrine consacre à la transaction une place timide ; elle est encore au stade « embryonnaire », y compris au sein de la jurisprudence. Ainsi, il n'est pas rare de voir certaines juridictions rendre des décisions qui tentent d'opposer les dispositions du droit civil à celles du droit du travail⁹¹.

70. En revanche, en application du principe de l'autonomie de la volonté, qui constitue la base même du régime contractuel en droit congolais, les parties sont libres de décider elles-mêmes de leurs conventions et de leur donner les effets et le contenu qui leur plaît. Nous partageons l'opinion du Professeur MUKADI BONYI lorsqu'il soulève l'intervention savante de la cour suprême⁹² qui a mis fin à cette controverse jurisprudentielle et doctrinale sur la licéité de la transaction en droit du travail congolais. Cependant, les conditions de droit commun posent un problème d'application en droit du travail. De ce fait, et il convient d'examiner celles relatives au consentement des parties à la transaction (1) et celles concernant l'objet du contrat (2).

⁹¹ C.A. Kin-Gombe, 05 juin 1997, RTA 3397, V.II 2000, p. 265. Voir aussi : C.A. Kin-Gombe du 13 mars 1995, Luvuki c/Marsavco sous RTA 3133.

Cet arrêt est très confus en ce qu'il considère, d'une part, que les règles du droit du travail sont impératives et que ces dernières sont d'ordre public, d'autre part, que contrairement au Code civil qui admet le principe de la résiliation des conventions de commun accord, les parties (employeur et salarié) ne peuvent nullement s'en écarter ; par conséquent, la transaction ne peut être admise sous prétexte qu'elle réduirait la liberté des parties. Cette confusion est présente chez de nombreux auteurs.

⁹² Cour suprême de RDC sect. judiciaire. 25 mars 1991, *Migros Comituri c/Kabemba*, RC 1524, in RCDTSS n° 03/1997, p. 35, note MUKADI BONYI.

1. Les impératifs liés au consentement des parties

71. Même appliquée au droit du travail, la transaction entre un salarié et un employeur reste soumise aux impératifs liés au *consentement libre et éclairé* de la partie qui s'oblige et à sa *capacité de contracter* étant propres à chaque contrat de droit civil⁹³. De prime à bord, l'on pourrait considérer que la question du consentement des parties est sans intérêt en droit du travail, mais ce serait une erreur, car il existe un contentieux abondant à ce sujet. Par exemple, une transaction a été annulée pour absence de consentement d'un salarié ne sachant pas lire le français⁹⁴. De la même manière, une interprétation restrictive de la notion de *trouble mental*, a été donnée, comme en matière civile : un salarié démissionnaire a invoqué le fait qu'il avait été très diminué à la suite d'un accident du travail et affecté par l'accident de sa fille survenu le jour de la signature de la transaction ; dans ce cas, l'affaiblissement de ses facultés mentales n'a pas été établi⁹⁵. De plus, les juges du fond vérifient si l'accord a fait l'objet de discussions antérieures, soit à l'occasion d'un entretien, soit sous la forme d'un échange de correspondances. Chacun doit avoir le temps de réfléchir et d'étudier les propositions qui lui sont faites, sans que l'un des contractants puisse imposer son point de vue à l'autre. Dès lors, la transaction est annulée lorsqu'elle est stipulée sans délai de réflexion par une salariée ne sachant ni lire, ni écrire le français, puisqu'elle n'était pas en mesure de comprendre la portée des termes transactionnels⁹⁶.

72. Une solution identique a été retenue pour une transaction signée par une personne salariée le lendemain d'une intervention chirurgicale, alors qu'elle n'était pas apte à prendre une décision : le document a alors été soumis à la signature d'un délégué du personnel⁹⁷. Le contrôle de l'existence du consentement est donc réel et ne correspond pas, malheureusement, à des hypothèses d'écoles, puisque dans les cas d'espèce cités, l'employeur a tenté d'utiliser la faiblesse du salarié à son avantage. Les parties à la transaction ont la possibilité de se faire représenter aux cours des négociations, bien que cela ne soit pas obligatoire.

⁹³ L'article 757 du Code civil sénégalais dispose : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des droits compris dans la transaction ». L'on constate que cette exigence prévue en droit sénégalais est reprise dans tous les autres codes civils des pays africains sub-sahariens, parfois en des termes différents, mais restant toutefois très proche du Code civil français de 1804.

⁹⁴ Cass. soc., 14 janvier 1997, *Liaisons Sociales*, février 1997, n° 7613.

⁹⁵ Cass. soc., 13 novembre 1986, *Cahiers prud'homaux* 1988, n° 6, p. 12.

⁹⁶ Cass. soc., 15 octobre 1997, n° 95-41.168, inédit.

⁹⁷ Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull. V* 1996, n° 248, p. 174.

73. Cette hypothèse vaut tant pour le salarié, qui peut se faire représenter par un Conseil (au sens large, pouvant être compris comme un avocat), que pour l'employeur, qui peut quant à lui se faire représenter soit par son directeur des ressources humaines, soit encore par un Conseil de l'entreprise. En pratique, lorsque les deux parties se font représenter par leurs avocats respectifs, les négociations sont plus aisées du fait de la confraternité entre gens d'une même corporation avec pour conséquence, une économie de temps dans la signature de la transaction. Afin de se faire représenter, les parties doivent donner un mandat à un tiers, car la transaction est un acte de disposition dans son principe⁹⁸. Néanmoins, les représentants doivent également avoir le pouvoir de transiger. En conséquence, si l'une des parties au contrat se fait représenter pour la conclusion de la transaction, elle sera engagée par cet acte, bien qu'elle ne l'ait pas elle-même signé⁹⁹.

74. Monsieur le Professeur François TAQUET note qu'en pratique, la représentation du salarié ne pose guère de problème. Il en va de même pour l'employeur. Ainsi, afin de résoudre cette difficulté, il convient, à chaque fois d'examiner l'organigramme dans l'entreprise et les pouvoirs de chacun pour retenir une solution qui peut aller, selon le cas, du Président directeur général au chef du personnel, en passant par le directeur d'établissement¹⁰⁰. Depuis plusieurs années, la jurisprudence intervient en se plaçant sur le terrain du *mandat apparent*. En effet, toutes les fois que la transaction est conclue et signée par un directeur des ressources humaines, il est décidé que le salarié ne soit pas tenu de vérifier si le signataire de la transaction est investi des pouvoirs nécessaires lorsqu'il se comporte comme le représentant de la société¹⁰¹. Il est aussi admis que le représentant du salarié ou de l'employeur, dûment mandaté, soit habilité à transiger au cours d'une procédure prud'homale.

75. La transaction est, avant tout, un contrat privé de tout vice, pouvant être annulée pour vice de consentement. Cependant, force est de constater qu'elle subit une application plus restreinte des principes gouvernant les vices du consentement, car le législateur réduit le domaine de l'erreur en éliminant celle de droit et la lésion comme causes de nullité de la

⁹⁸ BOYER (L.), « La transaction », *Répertoire Dalloz*, 1989, n° 39, p. 2, n° 2.

⁹⁹ Cass. soc., 14 décembre 1995, *Bull. V* 1996, n° 347, p. 245.

¹⁰⁰ TAQUET (F.), « La transaction », *Juris Classeur Travail*, 1998, p. 49.

¹⁰¹ Cass. soc., 1^{er} décembre 1982, *Musique Diffusion Française c/ Drozd*, inédit.

transaction¹⁰². Du fait de l'écart qui peut parfois exister entre la théorie et la pratique, l'on admet que le dol, la violence et l'erreur forment bel et bien un « groupe » de vices de consentement propres à la transaction. Il appartient à celui qui l'invoque d'en apporter la preuve, et la jurisprudence reste sévère pour tout contrôle.

76. S'agissant du dol, il est cause de nullité de la convention, dès lors que les manœuvres (élément objectif) pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté (élément subjectif). En tant qu'erreur, le dol ne se présume pas, et il doit être prouvé. Dans les contentieux liés aux transactions conclues entre employeurs et salariés à la suite d'un licenciement, les juges du fond se montrent sévères, alors même que le salarié se trouve manifestement en situation d'infériorité.

77. La Haute juridiction opère un contrôle étroit sur la motivation des juges du fond, et leur reproche de ne pas préciser, le cas échéant, les éléments caractérisant le dol¹⁰³. Ce contrôle s'opère ainsi en trois temps : par la vérification de l'existence d'une manœuvre, à travers la recherche du caractère déterminant de celle-ci et, dans un dernier temps, les juges peuvent tenir compte d'une certaine « infériorité intellectuelle et sociale du demandeur ». Le seul fait que les mensonges reprochés au salarié aient mené l'employeur à lui consentir des concessions plus avantageuses n'est pas de nature à affecter la validité de la transaction. En l'espèce, il a été considéré que l'employeur n'aurait pas signé la transaction en l'absence de mensonges¹⁰⁴. Malgré ce contrôle strict de la Haute juridiction, les exemples de dol en matière de transactions en droit du travail sont nombreux¹⁰⁵.

78. Afin de lutter contre ce contrôle sévère, les juges du fond prennent soin de constater l'existence de manœuvres dolosives ou de pressions morales en tant qu'indices à partir desquels ils constatent l'absence de concessions réciproques, et annulent ainsi la transaction¹⁰⁶. De même, le « renoncement suspect » aux prétentions des salariés a été qualifié

¹⁰² L'article 759 du Nouveau Code des obligations civiles et commerciales sénégalais dispose que « la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit ».

¹⁰³ Cass. soc., 3 mai 1979, *Dr. soc.* 1980, p. 40.

¹⁰⁴ Cass. soc., 12 février 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 421.

¹⁰⁵ Cass. soc., 19 mars 1980, *Bull. V*, n° 272. En l'espèce, un salarié invoque le dol de son employeur qui l'avait laissé espérer un règlement très rapide de ses indemnités de rupture en cas de transaction, alors qu'en réalité, il avait multiplié les attermoissements, présenté des calculs confus et exigé un accord immédiat pour lui faire un versement, alors que ce salarié était au chômage depuis plusieurs mois, ce qui l'avait contraint à renoncer sans contrepartie à une fraction de ses demandes.

¹⁰⁶ Cass. soc., 11 octobre 1990, *Bull. V*, n° 472. La Haute juridiction a décidé qu'« ayant relevé que l'employeur n'avait pas respecté la procédure de licenciement qu'il motivait par la faute grave, et que son offre, simultanée,

de dolosif¹⁰⁷. Lorsque la victime du dol, quelle qu'elle soit (salarié ou employeur) réussit à apporter la preuve, elle peut demander la nullité de la transaction. De plus, elle peut exercer une action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation du préjudice subi et/ou exercer une action pénale si elle a été victime d'un chantage. Le vice de violence de la part de la partie à la transaction qui menace l'autre de saisir les tribunaux n'est pas admis.

79. Pour autant, cette contrainte ne peut être légitime qu'en l'absence d'usage abusif de la menace d'exercer un droit. Plus généralement, l'usage d'un moyen d'intimidation illégitime est susceptible de constituer une violence morale, rendant la transaction annulable. Les juges du fond sont ainsi amenés à vérifier l'existence et le sérieux des reproches faits au salarié, si celui-ci prétend que la menace d'un licenciement pour faute est illégitime, l'employeur ayant usé d'un moyen d'intimidation constitutif d'une violence morale viciant son consentement. Il en va de même pour les pressions sur la volonté du salarié en vue de contraindre à accepter une démission, qui comporte nécessairement la renonciation à certains de ses droits, celles-ci étant fréquemment prises en compte par le juge pour caractériser l'existence d'une volonté morale génératrice d'un vice du consentement du salarié¹⁰⁸.

80. Pour ce qui est de l'erreur de droit, nous avons indiqué qu'elle était exclue de toute prétention en matière de transaction. Toutefois, les meilleures justifications proviennent, nous semble-t-il, de Monsieur le Professeur Léon MAZEAUD qui a considéré que, le « doute qui porte sur l'existence du droit, objet de la transaction, provient le plus souvent de la difficulté d'interprétation des règles juridiques : la porte serait largement ouverte au repentir des parties si on leur permettait d'écarter la transaction en invoquant une erreur d'interprétation »¹⁰⁹. Il en est de même pour le Professeur Laurent BOYER qui a estimé avec grande logique que, « les parties, en concluant une transaction, ont renoncé à la connaissance d'un droit objectif en conséquence de quoi il serait anormal d'invoquer l'ignorance de ce droit »¹¹⁰.

d'une indemnité de préavis révélait une manœuvre de sa part, la Cour d'appel a pu décider qu'il n'y avait pas eu entre les parties de concessions réciproques ».

¹⁰⁷ Cass. soc., 7 juillet 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 936 ; les Hauts magistrats ont considéré que « l'engagement contractuel des salariés de renoncer, à titre transactionnel, à toute action contre l'employeur ne pouvait avoir pour effet de les priver de la possibilité d'invoquer les manœuvres dolosives dont ils estiment avoir été victimes lors des actes préparatoires à la conclusion des transactions ».

¹⁰⁸ Cass. soc., 16 février 1978, *Bull.* V, n° 118.

¹⁰⁹ MAZEAUD (L.), *Leçons de droit civil*, t. III, Paris, Montchrestien, 1962, p. 120.

¹¹⁰ BOYER (L.), *op. cit.*, p. 4.

81. Il est parfois difficile d'établir une distinction entre l'erreur de droit et celle de l'objet de la transaction en droit du travail, comme en témoigne l'abondante jurisprudence. En l'espèce, un salarié licencié pour inaptitude médicale en février 1991 a conclu une transaction quelques jours plus tard, prévoyant le versement d'une indemnité de rupture incluant l'indemnité légale de licenciement. Or, par un arrêt de 1990, la Haute juridiction avait décidé que la résiliation par l'employeur du contrat de travail d'un salarié atteint d'invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise, s'analysait en termes de licenciement ouvrant droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable au salarié et si les clauses de la convention ne l'excluent pas, à l'indemnité conventionnelle. Le salarié, qui ignorait ce revirement de jurisprudence lors de la conclusion de la transaction, a invoqué sa nullité pour absence de concession de la part de l'employeur.

82. La Cour de cassation a accepté ce motif, en ayant considéré que, *« pour débouter un salarié de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement, une Cour d'appel ne saurait invoquer la transaction conclue par les parties sur la croyance commune que seule l'indemnité légale de licenciement pouvait être réclamée par le salarié pour inaptitude médicale. En effet, l'erreur commise portait sur l'objet même de la contestation, en sorte qu'elle affectait la validité de la transaction »*¹¹¹. Cet arrêt illustre clairement les difficultés de distinction entre l'erreur de droit et l'erreur sur l'objet de la transaction dans ce domaine. Une doctrine dominante considère que *« ne demeure pas théorique la menace d'une erreur fatale pour la transaction parce que localisée par les juges, non sur le droit bien qu'il se soit agi d'une erreur juridique, mais sur l'objet même de la contestation traitée par un type d'acte dont l'objet est foncièrement juridique »*¹¹². Ainsi, serait constitutive d'une erreur sur l'objet de la contestation, donc cause de rescision de l'acte malgré son caractère évident d'erreur sur le droit, l'ignorance de l'état de droit, génératrice d'un mépris sur les droits auxquels on pourrait prétendre et auxquels la transaction emporterait renonciation.

83. La jurisprudence adopte, depuis longtemps déjà, une conception compréhensive de l'erreur sur l'objet et admet, à ce titre comme cause de nullité, l'erreur quant à l'existence du droit à propos duquel il est transigé. La rescision pour lésion, comme nous l'avons vu, est exclue pour la transaction. Cette exclusion est tout à fait justifiée, nous semble-t-il. En effet,

¹¹¹ Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull.* V, n° 600. Voir dans le même sens : Cass. soc., 24 novembre 1998, *RJS* 2/99 n° 197 ; Cass. Ch. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *JCP* 2001, IV, 2341.

¹¹² JEAMMAUD (A.), Retour sur une transaction en quête de stabilité, *Dr. soc.* 1999, p. 351.

la lésion est un préjudice résultant pour l'une des parties, de la différence de concessions et de prestations réciproques. À travers la transaction, les parties sont censées régler leur litige au mieux de leurs intérêts par des concessions réciproques dont elles peuvent mesurer l'importance. Il s'agit d'une appréciation subjective d'une équivalence de prestations réalisée en dehors de toute référence au droit ou à l'équité. De plus, comme le souligne une certaine doctrine, « les parties qui renoncent à leur droit d'action en justice renoncent par là même à faire apprécier judiciairement le montant du droit dont elles prétendent être titulaires. Cette position permettait de justifier la validité de la transaction comportant des concessions réciproques quelle que soit leur importance relative »¹¹³.

84. Cependant, en droit comparé, depuis deux arrêts rendus en 1997, la Haute juridiction exige, afin de valider une transaction, que les concessions réciproques soient « *appréciables* »¹¹⁴. Outre l'impact de cette jurisprudence quant au contrôle des concessions réciproques par le juge, il convient également de constater son effet quant à l'exclusion de la rescision pour lésion de la transaction. Si le juge doit contrôler le caractère appréciable des concessions établies par les parties, il peut tout aussi bien considérer qu'il y a lésion. Toutefois, ces propos doivent être nuancés en considérant que le juge validera une transaction en se fondant non pas sur la lésion, mais sur le caractère dérisoire des concessions d'une des parties.

85. Nous considérons qu'il est regrettable d'annuler une transaction pour concessions dérisoires au lieu de se fonder sur la lésion. Ce choix permet à la jurisprudence de contourner l'exclusion légale. Nous pensons que, s'agissant du salarié, l'appréciation de l'effectivité des concessions doit avoir lieu à la date de la signature de la transaction, qui constitue incontestablement le point de départ de sa validité. Telle semble être, d'ailleurs, la position de la jurisprudence¹¹⁵. Toutefois, il a fallu beaucoup de temps pour en arriver là¹¹⁶. En effet, dès 1977, la jurisprudence française a posé le principe selon lequel la transaction ne pouvait être

¹¹³ TAQUET (F.), Conditions de validité d'une transaction, *JCP E* 1999, n°46, p. 1833.

¹¹⁴ Cass. soc., 19 février 1997, *Bull. V*, n° 74 ; Cass. soc., 23 avril 1997, *RJS* 1997 n° 689.

¹¹⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull. n° 157*, p. 124 ; Cass. soc., 28 novembre 2000, *Bull. V*, n° 399 ; Cass. soc., 15 octobre 2013, *Bull. V* n° 235 : La jurisprudence française a considéré qu'il n'y avait pas de concessions réciproques lorsqu'une partie abandonne ses droits pour une contrepartie si faible qu'elle est pratiquement inexistante ou dérisoire.

¹¹⁶ Cass. soc., 21 janvier 1990, « *Parfums Marcel Rochas* », inédit. En l'espèce, la Chambre sociale a rappelé le moment de l'appréciation des concessions réciproques, en considérant que « *les concessions réciproques s'apprécient à la date de la signature de la transaction, à cette date, le salarié était débiteur de l'exécution du préavis, son droit de l'interrompre n'étant né que postérieurement* ».

conclue valablement qu'après la rupture du contrat de travail¹¹⁷. Il nous semble que ce principe était justifié car, pour signer une transaction, les parties doivent être placées sur un plan d'égalité, ce qui n'est pas le cas tant que le salarié se trouve sous la subordination de l'employeur.

86. Ensuite, la Haute juridiction a dû préciser à quel moment, après la rupture du contrat de travail, elle validait la transaction. Elle a d'abord admis la validité de la transaction signée avant l'envoi de la lettre de licenciement, dès lors que celui-ci était « *d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe* » par le salarié¹¹⁸, avant toute procédure de licenciement¹¹⁹, d'une transaction signée la veille du jour du départ effectif¹²⁰. Curieusement, la Haute juridiction a admis, plus tard, la validité d'une transaction passée après l'entretien préalable, et que la doctrine a considéré que cet entretien était une condition nécessaire à la validité de la transaction, ce qui n'impliquait pas les décisions antérieures¹²¹. C'est finalement en 1996 que la jurisprudence a changé de position, étant passé d'une souplesse extrême à une nouvelle rigueur¹²².

87. Le juge doit effectuer un contrôle strict pour s'assurer que chaque partie à la transaction renonce à au moins une part de ses droits, de ses actions ou prétentions, et que ces concessions sont bien réelles et réciproques¹²³. En matière de transaction, le contrôle de la licéité de l'objet reste de stricte application, parce qu'il porte sur l'ordre public. Ainsi, la jurisprudence n'hésite pas à considérer illicite l'objet d'une transaction lorsque celle-ci est destinée à réaliser une fraude à la loi¹²⁴. À côté de ces généralités, il existe un cas de conclusion de la transaction avec un salarié protégé, pour lequel toute négociation en vue d'un

¹¹⁷ Cass. soc., 22 juin 1977, *Bull.* V, n° 421.

¹¹⁸ Cass. soc., 17 mars 1982, *Bull.* V, n° 180.

¹¹⁹ Cass. soc., 17 novembre 1982, *Bull.* V, n° 627.

¹²⁰ Cass. soc., 5 janvier 1984, *Bull.* V, n° 6.

¹²¹ Cass. soc., 31 octobre 1989, *RJS* 12/89, n° 924. Voir notamment : BLAISE (H.), « Reçu pour solde de tout compte et transaction : bilan de trois ans de jurisprudence », *RJS* 5/91, p. 287.

¹²² Cass. soc., 29 mai 1996, D. 97, I, p. 49. L'attendu principal de cet arrêt nous paraît riche enseignement lorsque la Cour rappelle : « *que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture de contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ; qu'il s'ensuit, que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive* ».

¹²³ Cass. civ., 3 mai 2000, *Bull.* 2000 I n° 1 30, p. 37 ; Cass. com., 22 novembre 1988, *Bull.* IV, n° 320, p. 215.

¹²⁴ Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 251. En l'espèce, un employeur, après avoir embauché un responsable comptable et financier avec une période d'essai de trois mois, lui a fait signer cinq mois plus tard, de façon antidatée, une transaction aux termes de laquelle la période d'essai était renouvelée pour trois mois, le contrat prenant fin au terme de ces trois mois.

licenciement est interdite à défaut d'une autorisation de l'inspecteur du travail. Examinons deux hypothèses : soit la transaction est postérieure à ladite autorisation, soit elle lui est antérieure.

88. D'une part, si la transaction est postérieure à l'autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail, elle est d'une importance non négligeable car cette autorisation ne règle pas tous les aspects du licenciement. En effet, la décision de l'inspecteur implique que les faits invoqués par l'employeur sont réels et sont suffisamment sérieux pour justifier le licenciement, que cette mesure est sans rapport avec le mandat détenu ou l'appartenance syndicale et que la procédure a été respectée. Usuellement, la transaction est utile en tant que règlement amiable des conséquences pécuniaires de la rupture : elle ne fait que régler les seuls aspects contractuels de la relation de travail et non ce qui découle du mandat antérieurement détenu. En droit français, par exemple, par un arrêt riche pour son apport, la Chambre sociale a affirmé que la transaction intervenue après un licenciement économique d'un délégué syndical était licite, car celui-ci « *pouvait valablement renoncer (à des droits) après qu'ils aient pris naissance, et ce nonobstant le caractère d'ordre public des règles relatives au licenciement pour cause économique ou d'un délégué syndical* »¹²⁵.

89. D'autre part, si la transaction est signée en l'absence d'autorisation ou malgré un refus, la situation est plus complexe. En effet, dans ce cas précis, le licenciement est impossible, pouvant entraîner des sanctions civiles et pénales. Un tel licenciement est nul et constitue une voie de fait ; le juge peut donc ordonner la réintégration du salarié. Ainsi, si la transaction d'un salarié protégé intervenait pas, la transaction que ce salarié conclurait avec l'employeur serait sans valeur juridique : « *les salariés protégés ne peuvent, en signant une transaction antérieure au licenciement, renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat* »¹²⁶. Dans ce contexte, la transaction demeure valable sous certaines limites. Tout d'abord, elle ne peut que régler les conséquences civiles de la rupture intervenue ; ensuite elle ne peut contenir de dispositions selon les termes par lesquels le salarié renonce aux dispositions d'ordre public instituées en faveur des représentants du personnel ; enfin elle ne protège pas l'employeur contre d'éventuelles poursuites pénales, notamment une condamnation pour délit d'entraves¹²⁷. De par les conséquences évoquées au

¹²⁵ Cass. soc., 3 juin 1981, *Bull.* V, n° 520.

¹²⁶ Cass. soc., 2 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 155.

¹²⁷ Cass. crim., 4 février 1992, *Bull.* V n° 50 ; Cass. soc., 10 janvier 1995, *RJS* 2/95, n° 137.

cours de ces développements, l'on constate l'importance du moment de la conclusion d'une transaction pour que celle-ci soit valable. Nous savons désormais quelles sont les conditions de validité de droit commun de la transaction. À présent, il importe d'étudier les conditions de validité de la transaction appliquées en droit du travail.

2. Les conditions spéciales à appliquer

90. De manière générale, ces conditions sont celles énumérées par le Code civil en son article 2044 : « *La transaction est le contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Cet article pose clairement l'exigence d'une situation litigieuse, la rédaction d'un écrit et la forme que doit prendre le contrat. À cela, s'ajoute l'existence de concessions réciproques, condition mise en place à la fois par la jurisprudence et la doctrine. Cette dernière ne s'est pas montrée unanime concernant l'inclusion des situations litigieuses. En effet, par nature, toute contestation ou pré-contestation litigieuse est susceptible de fonder une transaction.

91. Selon plusieurs auteurs, cette existence ou cette possibilité de situation litigieuse est la cause de la transaction, c'est-à-dire, la contestation d'un but qui explique et justifie la création d'une obligation par la volonté des parties¹²⁸. C'est elle qui va conduire l'employeur et le salarié à contracter¹²⁹. Il va sans dire qu'en dehors de toute contestation, présente ou éventuelle, la transaction est impossible¹³⁰. Pour certains auteurs, cette dernière n'est possible que tant qu'il existe un doute quant au bien-fondé ou aux modalités du droit litigieux : si l'on transigeait sur une situation juridique déjà nettement définie en faveur d'une des parties, l'aléa à dissiper, c'est-à-dire la raison d'être de la transaction, ferait défaut. Le Professeur Alain GHOZI considérerait qu'« en l'absence d'un « *res litigiosa et dubia*, la transaction manquerait à la fois de cause et d'objet »¹³¹. Rappelons que la loi n'exige pas que l'acte transactionnel pour qu'il soit valable, énonce expressément le différend né ou à naître et le rapprochement des parties qui s'en est suivi ; il suffit que la réalité de l'un et de l'autre de ces éléments soit établie¹³². Par contestation née, il faut entendre un litige existant, réel, et dont les parties sont

¹²⁸ TAQUET (F.), « La transaction », *Juris Classeur Travail* 1998 ; voir RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL*, t. II, LGDJ, 1957, p. 110.

¹²⁹ Cass. soc., 8 décembre 1976, *Cahiers Prud'homaux* 1977, p. 182.

¹³⁰ Cass. soc., 5 mai 1965, *Bull.* IV, n° 359.

¹³¹ GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Étude droit civil français*, Thèse Droit, Paris II, 1974.

¹³² Cass. soc., 29 mai 1986, *Mokrane c/ Sté Trouvé*, *Bull.* V, n° 264, p. 203.

censées connaître l'importance. La contestation quant à elle, existe dès l'instant où, sans qu'il y ait eu encore de recours à la justice, les parties opposent ou sont en mesure d'opposer des prétentions différentes concernant l'existence, l'étendue, les modalités ou la mise en œuvre de leur situation juridique ou de leurs droits.

92. La jurisprudence française admet la possibilité de transiger sur l'exécution d'un jugement définitif car, en de tels cas, bien que les droits des parties ne fassent plus, juridiquement, l'objet d'un doute, il peut y avoir de sérieuses difficultés pour la concrétisation de ce qui a été décidé par le juge. Il appartient donc à ce dernier de vérifier l'existence d'un litige à chaque cas de figure. Ainsi, la formulation, par le salarié de réserves concernant l'attitude de l'employeur et la façon dont il a procédé à la suppression de son poste établit l'existence d'un litige¹³³.

93. En revanche, le qualificatif de transaction a été refusé au « *bon pour accord* » porté par le salarié sur une lettre, alors qu'il n'existait aucun désaccord entre les parties quant à l'existence et à la qualité de leurs droits respectifs, aucun doute sur le bien-fondé des prétentions du salarié et sur les sommes dues, et que ce dernier s'était vu contraint d'accepter la résiliation de son contrat et un règlement dont il pouvait espérer qu'il lui serait immédiatement attribué quelques ressources indispensables¹³⁴. Une autre condition de validité propre à la transaction est l'existence de concessions réciproques. La question fondamentale posée par le contrat de transaction gravite autour de son élément central, paradoxalement absent de sa définition légale et qui réside dans les concessions réciproques que doivent se faire les parties. Cet élément a été rajouté par la Haute juridiction dans le droit commun des transactions dès 1883¹³⁵.

94. Très tôt, les juridictions coloniales firent usage de cet élément¹³⁶. Il a fallu attendre 1959 pour que la Chambre sociale de la Haute juridiction en fasse de même, attente tout à fait relative sachant que ce mécanisme civil n'a été admis en droit du travail qu'à partir de 1953.

¹³³ Cass. soc., 22 mai 1977, *Bull.* V, n° 421.

¹³⁴ Cass. soc., 19 mai 1968, *Bull.* V, n° 312.

¹³⁵ Cass. civ., 3 janvier 1883, *DP* 1883, I, Jur. p. 457.

¹³⁶ C.A. Léopoldville, 27 août 1929, *Jur. Col.*, 1930-1931, p. 230. En l'espèce, la Cour d'appel considère que la transaction forme un contrat par lequel les parties tranchent par des concessions réciproques une question qui leur paraît litigieuse.

94. Dans son arrêt de 1959, la Haute juridiction a intégré la notion de concessions réciproques dans la définition donnée par l'article 2044 du Code civil, ayant considéré qu'en vertu de cet article, la transaction était un contrat par lequel les parties terminent une contestation en se consentant des concessions réciproques¹³⁷. La réciprocité des concessions dans la transaction permet de caractériser, entre deux contractants, les obligations de même objet ou d'objet différent que chacun assume envers l'autre, lorsque l'obligation de chacun est regardée comme la contrepartie de l'obligation de l'autre. Le caractère réciproque des concessions fait de la transaction un contrat synallagmatique au sens de l'article 1102 du Code civil, selon lequel « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Très tôt, la Cour de cassation a fait de la réciprocité des concessions la cause du contrat de transaction estimant que « le sacrifice consenti par chacune des parties devient la cause de l'engagement contracté par l'autre partie ». ¹³⁸

95. C'est en se fondant sur cette cause que cette cour a pu engager la responsabilité professionnelle du notaire lorsque, en établissant une transaction, celui-ci n'a pas attiré l'attention de l'une des parties sur l'absence de contrepartie des concessions qui lui étaient réclamées¹³⁹. La Chambre sociale de la Haute juridiction applique cette solution à la transaction en droit du travail et refuse de produire ses effets juridiques pour un accord par lequel l'un des signataires renoncerait à tout ou partie de ses droits sans contrepartie véritable¹⁴⁰. En pratique, la transaction s'apparente plutôt à des rapports de force entre le salarié et l'employeur lesquels doivent renoncer à des proportions différentes, aux droits, prétentions et actions susceptibles de naître ultérieurement à leur profit. Ainsi, il n'est pas rare qu'un salarié renonce à son indemnité de congés payés ou de licenciement, ou encore à une partie de son indemnité compensatoire de préavis¹⁴¹. Toutefois, si la transaction a pour but de violer les dispositions d'ordre public régissant le contrat, l'accord est nul, mais uniquement dans cette mesure.

96. S'agissant de la renonciation à des prétentions, la doctrine considère que l'objet des concessions porte sur des prétentions et non sur des droits en se fondant sur l'hypothèse selon

¹³⁷ Cass. soc., 13 novembre 1959, *JCP* 1960, II, 11450.

¹³⁸ Cass. req., 24 décembre 1900, D.1901, I, Jur., p. 135.

¹³⁹ Cass. civ., III, 4 février 1976, *Bull.* III, n° 50.

¹⁴⁰ Cass. soc., 18 février 1998, *Bull.* IV, n° 95 ; Cass. soc., 28 février 2002, *JCP* G 2002, II, 10147.

¹⁴¹ Cass. soc., 15 novembre 1986, *Cahiers Prud'homaux* 1986, n°6 ; Cass. 1^{ère} Ch. civ., 25 février 2003, *JCP* 2003, IV, 1726.

laquelle les parties transigent parfois, alors que le litige a fait l'objet d'un jugement, même passé, en force de la chose jugée¹⁴². Dans cette hypothèse, les droits des parties sont définitivement fixés par la décision. Pourtant, on admet la qualification, car on considère que par cet arrangement amiable, la partie qui a obtenu la décision préfère couper court à toutes les difficultés d'exécution, c'est-à-dire, à toutes les prétentions qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre de cette même décision. Dans l'hypothèse d'une renonciation à des droits, les concessions portent sur la faculté de chacune des parties de demander au juge la vérification et la protection de ce qu'elle affirme être son droit.

97. Le droit d'action avant toute demande en justice explique en particulier que, lorsqu'avant tout procès les parties se mettent d'accord pour liquider à l'amiable une créance dont le principe est certain mais le montant indéterminé, on puisse reconnaître à leur accord la valeur d'une transaction. Dès l'instant où des prétentions opposées ont été affirmées, on peut ainsi établir bien l'existence d'un litige à naître que l'intention des parties de le prévenir. Une fois l'instance en cours, la transaction est possible tant que le droit d'action des parties n'est pas épuisé par le fait d'un jugement définitif ou d'une renonciation. Le fait pour l'employeur de renoncer à l'exercice d'une action civile en réparation des agissements délictueux commis par le salarié constitue une véritable concession à la transaction, fait ayant déjà été jugé.

98. Dans un premier temps, les juges du fond ont pensé contrôler la réalité des concessions considérées comme « *un sacrifice réel et chiffrable de part et d'autre* »¹⁴³ réalisées par les deux parties pour résoudre la ou les contestations les opposant. Certes, ces contestations nées au moment de la rupture d'un contrat de travail, ou qu'il importe de prévenir sont diverses. Cependant, dans un arrêt de 1982, la Chambre sociale de la Haute juridiction a défini la transaction comme étant « *un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques quelle que soit leur importance relative* ». ¹⁴⁴ Ainsi, les parties doivent renoncer tout au moins partiellement, à invoquer des droits qui, habituellement, leur appartiennent. Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence génère deux conséquences : d'une part, la réciprocité ne correspond pas à l'équivalence des concessions, d'autre part, la validité de la transaction n'est pas subordonnée à l'existence d'une quelconque équivalence dans l'importance des

¹⁴² Cass. req., 12 novembre 1902, S, 1905, I, J, p. 14.

¹⁴³ C.A. Paris, 11 juin 1975, *JCP G* 1976, II, 18357.

¹⁴⁴ Cass. soc., 17 mars 1982, *Bull.* V, n°1 80.

concessions respectives des parties, et le juge n'a pas à se livrer à une comparaison entre ces concessions. C'est ainsi qu'a été considéré comme concession le fait, pour un employeur, de renoncer à se prévaloir de la faute grave qu'il entendait reprocher à son salarié, celui-ci ayant abandonné en contrepartie un droit éventuel à des dommages et intérêts pour rupture abusive¹⁴⁵, ou encore l'arrangement par lequel un salarié avait accepté de démissionner avec une forte indemnité, plutôt que d'être licencié avec une indemnité moins importante¹⁴⁶. La position de la jurisprudence de l'époque s'était avérée dangereuse à tel point que la doctrine a estimé que « le contrôle judiciaire allait en se renforçant et risquait, si l'évolution se confirmait, de retirer une partie de son intérêt à l'accord transactionnel »¹⁴⁷.

99. Une transaction dans laquelle il est établi qu'il y a absence de concessions réciproques ne peut qu'être sanctionnée. Cela peut se dérouler de deux manières, soit par l'annulation de l'acte transactionnel, soit par une requalification de cet acte. En principe, l'annulation de l'acte transactionnel se justifie par l'absence de la condition essentielle à la constitution de l'acte. Toutefois, en droit du travail, les nullités ne sanctionnent pas toujours le non-respect des règles de la transaction, contrairement à celles de l'ordre public social¹⁴⁸. De fait, la sanction logique de l'absence de concessions réciproques est la disqualification de l'acte transactionnel. L'effet principal de la transaction est le règlement du litige qui existait ou qui était susceptible d'exister entre les parties en cause. La transaction constitue généralement le dernier acte qu'elles vont conclure ensemble, correspondant à un règlement définitif des conséquences de la rupture du contrat de travail, quelles qu'elles soient.

B. Les conséquences de la transaction

Il n'en demeure pas moins que la transaction, malgré le principe de l'effet relatif des conventions **(1)**, a des conséquences à l'égard des tiers **(2)**.

1. Les effets à l'égard des parties

100. Les parties qui transigent recherchent ensuite l'autorité de la chose jugée de leur accord, tel est, l'effet principal de la transaction. C'est d'ailleurs ce qui est rappelé par le Code civil

¹⁴⁵ Cass. soc., 27 janvier 1983, *Dr. soc.* 1985, p. 700.

¹⁴⁶ Cass. soc., 21 novembre 1984, *Dr. soc.* 1985, p. 700.

¹⁴⁷ CORRIGNAN-CARSIN (D.), « La transaction : derniers développements jurisprudentiels », *RJS* 6/96.

¹⁴⁸ Cass. soc., 28 octobre 1992, *Bull.* V, n° 520.

qui dispose que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* »¹⁴⁹. Il s'ensuit que ce principe ne trouve son efficacité que lorsqu'il est exécuté quand bien même il connaîtrait des limites. Concrètement, le principe posé signifie que la transaction, devenue définitive entre les parties de par leur signature, ne peut plus être remise en cause. Ainsi, doit être débouté de sa demande en paiement d'une prime annuelle, le salarié ayant signé une transaction, dès lors qu'il apparaît que cette prime est comprise dans l'indemnité forfaitaire qui lui a été versée¹⁵⁰. En conséquence, la jurisprudence a considéré qu'une transaction constituait une fin de non-recevoir d'une action en justice emportant un désistement d'instance d'action¹⁵¹.

101. En effet, la transaction a, comme une décision de justice rendue en dernier ressort, un caractère définitif : l'objet de la transaction ne peut plus être soumis au juge. Les demandes en justice sont donc irrecevables mais cette irrecevabilité est limitée à la portée de la transaction. Néanmoins, cette tentative d'assimilation de la transaction au jugement est loin de devenir un cas d'école : d'une part, l'acte transactionnel est une situation conventionnelle déterminée par l'employeur et le salarié au vu de leurs intérêts respectifs, d'autre part, l'effet absolu de la transaction est compté dès la signature de l'accord, à l'opposé du jugement qui ne devient définitif qu'après épuisement des voies de recours. Aussi, convient-il de s'interroger sur la portée de la transaction.

102. L'article 2019 du Code civil énonce que « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ». La loi ne relie pas la validité de l'acte transactionnel à l'énoncé exprès du différend né ou à naître. Il appartient alors aux juges du fond d'interpréter une transaction lorsqu'elle est ambiguë, en recherchant notamment la commune intention des parties, et d'en déterminer la portée. Toutefois, ce travail ne doit nullement aboutir à dénaturer l'accord transactionnel. *A contrario*, les juges ne peuvent, sous prétexte d'interprétation, dénaturer le sens de la portée d'un accord transactionnel, lorsque les clauses sont claires et précises.¹⁵² Ainsi, la transaction n'a de portée qu'en ce qui concerne les

¹⁴⁹ Article 591 al.1er du Code civil congolais ; article 2052 al. 1^{er} des Codes de civil français et belge.

¹⁵⁰ Cass. soc., 2 juillet 1991, *Cahiers des Prud'homme* 1993, n° 3, p. 46.

¹⁵¹ Cass. soc., 20 décembre 1956, JCP G 1957, H 10090. Voir aussi C. A. Kin-Gombe, 24 mai 2001, *Ntwa Alevuka c/SEP Congo*, RCA 010/RTA 3780.

¹⁵² Cass. soc., 7 novembre 1973, *Bull.* V, n° 555 ; Cass. 1^{ère} Ch. civ., 17 décembre 2002, *JCP G* 2003

éléments qu'elle mentionne, implicitement ou explicitement. Qu'en est-il des clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail ?

103. L'hypothèse la plus fréquente est celle de la clause de non-concurrence souscrite par un salarié en contrepartie d'une indemnité dite de non-concurrence. Dans cette hypothèse, la solution varie selon la volonté des parties. Ainsi, s'agissant d'une clause de non-concurrence prévue par le contrat, la signature d'une transaction ne vaut pas renonciation à cette clause dès lors que les parties, pendant de la transaction, n'ont pas fait la moindre référence ni non plus à sa contrepartie. C'est ainsi que la Haute cour a affirmé que les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail n'étaient pas, sauf dispositions expresses contraires, affectées par la transaction intervenue entre les parties afin de régler les conséquences du licenciement. Dès lors, la Cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'une clause de non-concurrence n'entraîne pas dans le champ d'application de la transaction, ayant constaté que cette dernière, destinée à mettre fin à un différend qui opposait les parties sur la rupture du contrat de travail et à en régler les conséquences pécuniaires, ne comportait aucune disposition faisant référence à la clause¹⁵³. Cette solution illustre l'importance de l'attention accordée lors de la rédaction d'un texte écrit.

104. La doctrine et la jurisprudence admettent à l'unanimité qu'une transaction rédigée en des termes généraux met fin à toute possibilité de saisir les juges pour les mêmes motifs entre les parties, ce qui constitue des limites au principe de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁴. L'opposition de l'autorité de la chose jugée par une des parties au contrat n'est possible que pour autant qu'elle en respecte les conditions. À défaut, l'autre partie est en droit de demander au juge la résolution de l'accord afin d'obtenir la restitution de ses droits primitifs¹⁵⁵.

105. De même, l'employeur ne peut opposer aux demandes du salarié, consécutives à la rupture du contrat de travail, la transaction conclue que s'il en a respecté les conditions, soit l'exécution forcée de la transaction qui sera vraisemblablement transformée, pour la partie

¹⁵³ Cass. soc., 1^{er} mars 2000, *RJS* 4/00, n° 404.

¹⁵⁴ C.A. Lubumbashi (RDC), 23 mai 1980, I. C/*Sodimiza*, R.C.6097, inédit. Cet arrêt admet que l'action en justice établie sur la base d'un procès-verbal de conciliation établi par l'inspecteur du travail en règlement d'un conflit individuel opposant le salarié et l'employeur, s'il est établi que ce procès-verbal a été rédigé sans réserves par les parties et qu'il a reçu la formule exécutoire avant la date de l'exploit introductif d'instance. Il est irrecevable parce qu'il est associé à l'autorité de la chose jugée.

¹⁵⁵ C.A. Léopoldville (RDC), 27 octobre 1953, G. C/E. in *Rev. Jur.* du Congo Belge, n° 2, 1954, p. 65.

défenderesse, en une condamnation consistant à verser des dommages et intérêts. Enfin, comme le précise le Code civil, les parties ont la faculté d'inclure dans la transaction une clause pénale¹⁵⁶. L'effet extinctif découle de l'autorité de la chose jugée concernant la transaction. En effet, cette dernière a pour conséquence de résoudre le litige qui ne pourra plus être tranché par le juge. C'est à cause de cet effet que la transaction a été, pendant longtemps, assimilée à un jugement. Ainsi, en tant que contrat, elle échappe à tout le système des voies de recours et ne relève que des voies de nullités¹⁵⁷. Et si, malgré la transaction, le procès ressurgit, le défendeur dispose, contre son adversaire, d'une exception péremptoire, l'« *exception litis finitiae per transactionem* »¹⁵⁸. Nous verrons par conséquent que la mise en œuvre de l'effet extinctif requiert le respect des principes (a), que sa portée s'étend aussi bien à la transaction extra-judiciaire que judiciaire (b) et qu'à l'instar des autres contrats, la transaction comporte des conséquences à l'égard des parties (c).

a) La mise en œuvre de l'effet extinctif

106. L'effet extinctif est mis en œuvre par deux principes que le juge doit appliquer, à savoir, l'exception de transaction et le dessaisissement du juge. S'agissant du premier, est considérée en procédure civile, comme une véritable fin de non-recevoir. L'exception de transaction, s'oppose en effet, à ce que le procès soit, selon le cas, engagé, poursuivi ou repris. Cependant, elle ne peut être utilement invoquée que par celui qui a lui-même exécuté ses engagements. Quant au dessaisissement du juge, il n'est possible que dans l'hypothèse d'une transaction judiciaire, c'est-à-dire une transaction intervenue en cours d'instance à un stade quelconque de la procédure. Que la transaction intervienne en première instance, en appel, ou après qu'une décision soit devenue définitive, ce principe est appliqué. Toutefois, le juge n'est pas totalement dessaisi pour autant. Lorsque la transaction intervient en première instance, il ne peut plus rendre de jugement et se borne à donner acte de la transaction.

¹⁵⁶ Article 586 du Code civil congolais, livre III : « *On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter* ». Cette clause a pour vertu de forcer, tout au moins d'inciter fortement les parties à s'exécuter puisqu'à défaut celle qui manque à son obligation est tenue de verser à l'autre la somme contractuellement arrêtée.

¹⁵⁷ Cass. req., 20 avril 1857, DP 1857, I, p. 396.

¹⁵⁸ C.A. Léopoldville, 3 mars 1959, P. c/Colonie, *Rev. jur. Congo belge*, n°1, 35^e année, 1959, p. 227. La Cour d'appel considère que « *l'exception péremptoire de transaction ne peut jouer que s'il y a eu intention non douteuse, dans le chef des parties de mettre fin au litige, telle intention constituant un des éléments fondamentaux de la transaction* ».

107. Dans la procédure devant le tribunal du travail, si l'acte transactionnel intervient au niveau du bureau de conciliation, il empêche toute citation devant le bureau de jugement. En pratique, l'intervention de la transaction rend impossible l'interjection d'appel : le fait d'interjeter l'appel en méconnaissance de la transaction peut constituer un abus de procédure justifiant une allocation de dommages et intérêts à l'intimé¹⁵⁹. Enfin, même si la cause a été maintenue par erreur, au rôle du tribunal, malgré la transaction, l'instance est juridiquement éteinte. La transaction intervenant en cause d'appel emporte les mêmes conséquences que lorsqu'elle intervient en première instance.

108. Quand la transaction intervient après une décision rendue en appel, le pourvoi en cassation doit être déclaré sans objet et irrecevable, et ce, même s'il a été constitué avant la transaction et que le désistement n'a pas été formalisé. Il nous faut également envisager l'hypothèse selon laquelle la transaction intervient après une décision devenue définitive. Hormis le cas où la décision définitive est ignorée par les parties ou par l'une d'entre elles, lors de la transaction, il est possible de transiger valablement après que la décision judiciaire, tranchant le même litige, est devenue définitive. Il se peut aussi que les parties décident d'un commun accord de se soustraire à la décision, même définitive, du juge, pour s'entendre sur d'autres bases. Dans ce cas, le jugement n'est pas effacé par la transaction : il peut recouvrer sa force exécutoire, notamment si cette dernière est annulée ou écartée faute de preuves suffisantes¹⁶⁰. Toutefois, ce principe comporte des limites : tout d'abord, le juge doit statuer sur la validité de la transaction si l'un des plaideurs en demande l'annulation.

109. Ensuite, il peut vérifier si la transaction intervenue en cours d'instance a été correctement exécutée jusque-là et décider, en conséquence, soit des mesures propres à en assurer l'exécution forcée, soit de sa résolution. Enfin, le juge reste saisi tant que la transaction soulève des difficultés d'exécution ou d'interprétation. Ces limites sont loin d'être formelles, en particulier la première relative au contrôle de la validité de la transaction. En effet, comme nous l'avons constaté, le juge est de plus en plus rigoureux pour admettre la validité de la transaction, ne serait-ce que par le contrôle des concessions réciproques devant être « appréciables ». Cette conséquence nous paraît regrettable, car le juge s'est approprié un contrôle très étendu sur un acte censé éviter tout contentieux.

¹⁵⁹ Cass. soc., 16 novembre 1960, *Bull.* IV, n° 1024

¹⁶⁰ Cass. 1^{ère} Ch. civ., 13 mars 1957, *Bull.* I, n° 135.

b) La portée de l'effet extinctif

110. Au regard de la nouvelle instance, l'effet extinctif de la transaction s'attache aussi bien à la transaction extra-judiciaire qu'à la transaction judiciaire. La transaction s'oppose à ce qu'on introduise une demande en justice pour faire juger le même litige : cette demande se heurterait à l'exception de la transaction, ce qui empêcherait le juge d'examiner l'affaire au fond, à la manière d'une fin de non-recevoir. Ainsi, pour que l'exception de transaction existe et puisse être utilement invoquée, les conditions prévues doivent être réunies, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

111. S'agissant de l'objet du litige, l'exception de transaction ne peut produire d'effet que tant que les droits controversés, dans le cadre de l'instance, sont identiques par la cause et l'objet sur lesquels portait la transaction antérieure. Il s'avère donc nécessaire d'apprécier les renonciations auxquelles les parties entendent consentir. Le droit congolais prévoit qu'en cas de doute, le juge doit interpréter les renonciations consenties, de manière restrictive, celles-ci devant être clairement exprimées et ne pas se présumer¹⁶¹. En cas de doute, le juge doit interpréter les renonciations consenties, de manière restrictive, celles-ci devant être clairement exprimées et ne pas se présumer.

112. En effet, les juges du fond sont souverains pour cette interprétation, étant chargés de motiver leur décision et de ne pas dénaturer le contrat. Lorsqu'intervient un reçu pour solde de tout compte entre employeur et salarié, l'effet extinctif de la transaction peut paraître sensiblement atténué, en ce sens que ce dernier peut toujours dénoncer l'accord transactionnel. Cependant, cette exception n'est qu'apparente, la jurisprudence admettant que cette disposition n'est pas applicable à la convention présentant un véritable caractère transactionnel¹⁶². Le reçu pour solde de tout compte ne constitue que l'accessoire de la transaction dont la nullité retire au reçu son effet libératoire, et permet au salarié de contester le montant des sommes reçues, au-delà de deux mois¹⁶³. L'exception de transaction, pour être retenue par le juge, doit être soulevée par l'un des plaideurs, que ce soit en première instance ou, pour la première fois, en appel. Cependant, elle ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.

¹⁶¹ Article 587 du Code civil congolais, Livre III (Cf. Décret du 30 juillet 1888 sur des contrats ou des obligations conventionnelles), *Bulletin officiel*, p. 109.

¹⁶² Cass. soc., 18 mai 1953, *Gaz. Pal.* 1953, 2, p. 63.

¹⁶³ Cass. soc., 6 décembre 1994, *Bull.* V, n° 328.

113. S'agissant d'un moyen qui n'est pas d'ordre public, le juge ne peut soulever d'office l'exception de transaction. Si aucune des parties ne fait état de la transaction, cela équivaut à une renonciation mutuelle, devant laquelle le juge doit s'incliner, en statuant sur le fond du litige. Si cette triple exigence est remplie, l'action est irrecevable parce qu'elle tend à remettre en cause ce qui a été décidé par la transaction. Ainsi, entre employeur et salarié, la transaction fixant le montant des indemnités dues en fin de contrat s'oppose à toute demande judiciaire de complément de salaire ou de dommages et intérêts¹⁶⁴. Cependant, l'irrecevabilité découlant de l'exception de transaction n'exclut pas certaines sanctions complémentaires : ayant renoncé à la transaction, expressément une salariée a porté atteinte à la confiance devrait exister entre son employeur et elle-même, et de ce fait, elle a été licenciée pour faute professionnelle¹⁶⁵.

c) Conséquences de l'effet déclaratif

114. Étant donné que la transaction n'est pas de nature translatrice, c'est-à-dire qu'elle ne crée ni ne transfère aucun droit sur la chose litigieuse, il en résulte que ce contrat n'a aucun effet novatoire : la renonciation des parties ; en effet, ne modifie pas la structure du droit de l'autre. Toutefois, en application du principe de la liberté contractuelle, si les parties le désirent et expriment clairement leur volonté en ce sens, une novation est parfaitement possible. Ainsi, il y a novation par changement de cause, lorsque les parties décident, à l'occasion de la transaction, de régler leurs comptes antérieurs et de substituer à l'ensemble de leurs dettes et de leurs créances un solde unique, lesquels trouve sa cause dans la transaction elle-même. Il est admis que la transaction, comme les autres contrats, n'a qu'un effet relatif entre les parties qui l'ont signée. Tel est également le sens que lui donne le Code civil congolais, livre III en son article 590¹⁶⁶. Qu'en est-il de la validité de la transaction à l'égard des tiers ?

¹⁶⁴ Cour suprême de RDC, Sect. Judiciaire, 14 janvier 2000, *Ntwa Alevuka c/SEP Congo*, RC 2292. La Haute cour congolaise considère que « lorsque le contrat de travail a été dissous par consentement mutuel et que l'agent a touché sans réserves ses droits, il ne peut réclamer les sommes qui lui ont déjà été payées pour résilier le contrat du travail. La transaction intervenue a terminé la contestation conformément à l'article 583 du Code civil, livre III. Il s'ensuit que l'action mue par le travailleur sur la base des dispositions des articles 202 et 203 du Code du travail qui se rapportent à la procédure de conciliation, sera déclarée irrecevable ».

¹⁶⁵ C.A. Grenoble, Ch. soc., 30 octobre 1986, *Juris Data* n° 48060.

¹⁶⁶ Définition identique à celle de l'article 2051 du Code civil français.

2. Les effets à l'égard des tiers.

115. Faisant disparaître le droit d'action des parties, la transaction n'interdit pas aux tiers de reprendre pour leur compte le procès que ces dernières avaient entendu régler. Cependant, la transaction créant une situation nouvelle, elle est opposable aux tiers qui doivent la respecter. En effet, en raison du principe de la relativité de tout acte juridique, la transaction ne peut nullement faire naître un droit au profit d'un tiers ou une obligation à sa charge. Paradoxalement, elle a un effet sur le juge : à travers elle, l'employeur et le salarié entendent régler leur litige sans l'intervention du juge. L'on pourrait donc penser que ce dernier n'a aucun rôle à jouer concernant la transaction. Pourtant, le juge n'est pas totalement évincé de ce procédé contractuel, comme en témoigne l'abondant contentieux concernant les transactions. D'autres tiers sont en cause lors de la conclusion d'une transaction. En effet, la concession de l'employeur se concrétise généralement par une indemnité transactionnelle qui sera perçue par le salarié.

116. Notons que le versement de cette indemnité a des effets tant sur les organismes sociaux que sur l'administration fiscale. En réalité, le juge peut interférer dans la transaction malgré son autorité de la chose jugée en dernier ressort, c'est notamment le cas à la fois pour connaître ce qu'a été la volonté des parties au moment de la signature et lorsqu'il s'agit de qualifier l'acte transactionnel, objet du litige. La raison principale de la transaction est de permettre aux parties, qui consentent des concessions réciproques, de mettre fin à un différend existant ou susceptible d'exister au terme d'une relation de travail, en dehors de toute instance juridictionnelle.

§ 2. L'exclusion de principe mais relative du juge

117. En droit des contrats, il existe un principe fondamental : celui de l'intangibilité du contrat dont les dispositions de l'article 1134 du code civil constituent une affirmation inchangée : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Selon ces dispositions, dès lors que les conventions sont légalement formées, c'est-à-dire non contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, elles constituent la loi des parties. Ce principe consacre l'intangibilité du contrat, qui ne peut être modifié ni révisé en dehors

d'un commun accord¹⁶⁷, hormis les cas prévus par la loi. Cette liberté contractuelle des parties n'est pas sans conséquence, car il y a exclusion du juge concernant toute la relation contractuelle, et cette liberté fait des parties les « seuls juges » de leurs obligations. Cependant, il convient de souligner l'ingérence du législateur à cette liberté contractuelle. Celle-ci se traduit soit par la réglementation du contenu de certains contrats, soit par l'interprétation de leurs causes par le juge. Pourtant, cette liberté contractuelle des parties cesse en présence d'une disposition d'ordre public. Nous partageons l'avis d'une certaine doctrine qui affirme : « le juge social, juge compétent à l'occasion de litiges portant sur le contrat de travail, est particulièrement craint ».¹⁶⁸ Son évitement, plutôt que celui d'un autre, sera recherché.

118. Les décisions du conseil de prud'hommes statuant parfois plus en opportunité qu'en droit, ainsi que celles des Cours d'appel ou de la Chambre sociale de la Haute juridiction, illustrent la créativité normative du juge et génèrent une forme d'insécurité juridique critiquée par les entreprises¹⁶⁹. De telles critiques contribuent au recours, par les parties, aux modes alternatifs de règlement des litiges individuels. Cependant, la liberté des parties connaît des limites, notamment en cas de litige car, il peut leur arriver de prévenir un accord, à résoudre une difficulté née de l'interprétation qui surgit. Dans la plupart des cas, le juge intervient en cas de contestations d'une des parties, afin de contrôler la validité de l'accord transactionnel. Mais le juge saisi ne peut se contenter des stipulations des parties, il doit aussi procéder à l'interprétation de l'acte pour en déterminer le sens (**A**). De même, une fois l'accord signé, les parties doivent se rendre devant le juge étatique pour obtenir l'homologation qui leur confère force exécutoire (**B**).

A. L'interprétation par le juge saisi

119. Les débats auxquels donne lieu la qualification qui peut d'ailleurs légitimement être présentée comme une forme d'interprétation sont de même nature que ceux qui portent sur l'interprétation des textes.¹⁷⁰ Concrètement, il est impossible de dissocier la théorie de la

¹⁶⁷ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 560.

¹⁶⁸ LARONZE (F.), « L'évitement du juge social », in MARTIN-CHENUT (K.) et De QUENAUDON (R.) (dir.), *La RSE saisie par le droit Perspectives internes et internationales*, éd. A. Pédone, 2015, p. 594.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ PETIT (J.), « À propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », in *L'office du juge*, Colloque, Palais du Luxembourg, Paris, 29 et 30 septembre 2006, p. 71 (disponible sur www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.html, consulté en ligne le 15 mai 2017).

qualification du pouvoir d'interprétation reconnu au juge. Ainsi, nous sommes du même d'avis que l'éminent auteur lorsqu'il affirme qu'« *il existe un lien logiquement nécessaire entre la théorie de la qualification et le pouvoir du juge à l'égard des qualifications : la conception de l'opération de qualification comporte une incidence directe sur celle des dispositions qui attribuent une qualité juridique et cette dernière, à son tour, commande la conception du pouvoir du juge de remettre en cause une qualification* »¹⁷¹. En effet, Monsieur le Professeur Jacques PETIT dégage trois éléments, à savoir : 1) la nature de l'opération de qualification, 2) la nature des dispositions qui énoncent une qualification et 3) le pouvoir du juge relativement à ces dispositions, qu'il considère comme étroitement solidaires.

120. Dans le but de mieux appréhender l'agencement de ces trois éléments, citons le Professeur Jacques PETIT : « *D'abord, la qualification est une opération de découverte de la nature juridique objective des choses : pour reprendre le vocabulaire que KELSEN appliquait à l'interprétation, elle est une fonction de la connaissance et non de la volonté ; Ensuite, la conception de la qualification comme constatation débouche logiquement sur la négation de la normativité des qualifications. Enfin, la conception du pouvoir de qualification du juge est un jugement de réalité dont il s'agit de déterminer la vérité* »¹⁷². En principe, la loi ne reconnaît au juge le pouvoir d'interpréter un acte qu'en présence de clauses obscures ou douteuses.

121. En revanche, celui-ci ne devrait pas user de ce pouvoir lorsque celles-ci sont claires et précises, sauf si elles semblent abusives sur certains points, par exemple, si elles sont contraires au but recherché par les parties ou susceptibles d'affecter la validité du contrat, et donc d'entraîner sa nullité. Il arrive aussi que le juge procède à l'interprétation d'un contrat du fait de l'ambiguïté d'une clause qui comporte deux sens différents. De même, l'ambiguïté peut résulter de la contradiction entre deux clauses du contrat, en particulier lorsqu'elles se contredisent. Dans ce cas précis, il appartient au juge d'interpréter le contrat afin de déterminer son sens ainsi que son contenu exact. Les parties peuvent-elles, elles-mêmes, résoudre une ambiguïté née dans leur contrat ?

122. Nous répondons à cette question par l'affirmative, en ce sens que l'interprétation de la clause ambiguë dans un contrat n'est pas l'apanage du juge, les parties pouvant, elles aussi,

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Ibidem.*, p. 72.

procéder à sa clarification par voie conventionnelle. Ainsi, soit, les parties s'accordent pour modifier totalement leur accord par la révision, il s'agira alors de l'avenant de révision venant ainsi remplacer les clauses ambiguës, soit, elles décident simplement de conclure un *avenant interprétatif* de l'accord. Dans ce dernier cas, il importe de souligner que la loi ne donne pas de définition de l'avenant interprétatif, contrairement à la jurisprudence. En effet, dans un récent arrêt¹⁷³, la chambre sociale de la Haute juridiction définit l'avenant interprétatif comme « l'avenant qui se contente de reconnaître sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse ». Il n'en demeure pas moins que les deux types d'avenants diffèrent l'un de l'autre, l'avenant de révision ne peut avoir d'effet que dans le futur, alors que l'avenant interprétatif est rétroactif.

123. L'interprétation du contrat est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond. Il s'agit d'un ancien principe posé par la Haute juridiction qui se contente de l'interprétation faite par ces derniers. Par conséquent, même en cas de mauvaise interprétation, cette Cour ne censure pas leur décision. De plus, il importe de rappeler l'irrecevabilité de tout pourvoi en cassation fondé sur une mauvaise interprétation de la volonté des parties. On peut relever une raison majeure en ce sens que, l'interprétation d'un acte juridique, à l'instar du contrat, suppose un travail approfondi relevant de la seule compétence des juges du fond, qui sont ainsi juges des faits, et que la Haute juridiction est juge de droit et plutôt que juge de fait. Cependant, cette dernière n'intervient que dans des cas exceptionnels, comme pour la dénaturation de l'acte¹⁷⁴.

124. Le Doyen Gérard CORNU considère qu'il y a dénaturation lorsqu'il y a « altération par le juge du fond du sens clair et précis d'un contrat qui, excède le pouvoir souverain d'interprétation du juge du fait (...) »¹⁷⁵. Toutefois, dans la mesure où la prestation de celui qui transige s'analyse en renonciation, l'existence et la portée de celle-ci doivent être l'objet d'un principe d'interprétation restrictive, résultant des dispositions du Code civil, selon lesquelles « les transactions se renferment dans leur objet »¹⁷⁶ et « ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris »¹⁷⁷. Ce principe est admis en jurisprudence, par la Haute juridiction. Tout d'abord, l'existence même de la transaction ne doit pas être trop facilement présumée et le tribunal doit refuser de la constater si l'un des plaideurs se borne à lui

¹⁷³ Cass. soc., 13 juin 2018, n°16-27.675, inédit.

¹⁷⁴ Cass. civ., 21 juillet 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 420.

¹⁷⁵ CORNU (G.), *op.cit.*, p. 327.

¹⁷⁶ Articles 2048 et 2049 du Code civil français; articles 587 et 588 du Code civil congolais, *Livre III*.

¹⁷⁷ PLANIOL & RIPERT, t. II, n°1587; H.L.J. MAZEAUD, t. 3, V. 2, n° 1643 ; AUBRY & RAU, t. 6, n°208.

présenter un simple projet qu'il a bien remis à l'autre partie mais qui n'a pas été l'objet, de la part de celle-ci, d'une acceptation certaine¹⁷⁸. Ensuite, c'est ce même principe d'interprétation restrictive qui s'impose lorsque, l'existence d'une transaction étant reconnue, il s'agit d'en définir la portée.

125. En l'absence d'une clause selon laquelle les parties voudraient, par le présent acte, mettre fin à tous leurs différends actuels ou possibles, il faut admettre que l'effet extinctif de leur accord n'opère qu'au regard du seul différend qu'il vise. Cependant, il convient d'atténuer cette affirmation, car la jurisprudence a considéré qu'une transaction rédigée en termes généraux incluait tous les droits des parties, y compris les droits futurs. Enfin, lorsque la transaction accompagne d'autres conventions passées entre les mêmes parties, il appartient aux juges d'apprécier s'il était dans leur intention de créer un lien d'indivisibilité entre les diverses conventions. Dans l'affirmative, la résolution ou la nullité de l'une des conventions pourra entraîner celle de l'« ensemble transactionnel », pour reprendre l'expression de PLANIOL et de RIPERT¹⁷⁹. L'on peut malgré tout se poser la question de savoir si, en cas de litige, l'interprétation du contrat suffit pour déterminer les obligations des parties. La réponse est négative, en sens que dans pareille situation, il convient d'appliquer une autre opération, celle de la qualification.

126. S'agissant de savoir si un acte déterminé présente ou non un caractère transactionnel, c'est aux tribunaux qu'il appartient de résoudre ce problème en se demandant s'il comporte les différents éléments constitutifs précédemment indiqués. La qualification est définie comme une opération intellectuelle d'analyse juridique, consistant à prendre en considération l'acte qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante tout, en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement¹⁸⁰. La qualification donnée par les parties ne lie pas le juge, celle-ci pouvant résulter d'une erreur ou d'une dissimulation. En effet, le juge tire son pouvoir de requalification du contrat qui aurait été mal qualifié par les parties selon l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la*

¹⁷⁸ Cass. Ch. Req., 21 juin 1880, *DP* 1881, I, 108.

¹⁷⁹ PLANIOL & RIPERT, t. II, n° 1587.

¹⁸⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 837.

dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

127. Le pouvoir, dont il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement¹⁸¹, en fait et dans chaque cas, l'existence des différents éléments constitutifs de la transaction, n'exclut en aucune façon le contrôle que la Cour de cassation exerce en droit¹⁸². Ainsi le juge doit-il relever avant d'admettre l'existence d'une transaction, celle de ses éléments constitutifs.¹⁸³ S'il ne le fait pas ou s'il apprécie mal les éléments en question, la décision sera cassée. Ces règles sont également appliquées pour une transaction entre employeur et salarié. Il s'agit de déterminer si le reçu émanant d'un salarié au profit de son ancien employeur est retenu comme transaction et échapper à ce titre au régime prévu par les dispositions du Code du travail. Une jurisprudence majoritaire se montre particulièrement stricte à cet égard, elle exige que le juge constate que l'insertion des différents éléments du contrat,¹⁸⁴ et plus particulièrement celle des concessions réciproques que les parties se sont consenties, soient respectées¹⁸⁵. Ces éléments peuvent résulter des circonstances mais ce sera presque toujours le libellé même du reçu qui en établira l'existence pour le juge. Là encore, on remarque l'importance de l'écrit lorsqu'il s'agit d'une transaction.

128. Dans sa mission de qualification de la transaction, le juge n'est pas lié par le titre de l'acte ou le vocabulaire utilisé par les parties. Il est ainsi appelé à déterminer l'objet de la transaction afin d'établir sa nature juridique. Il se doit toutefois, de rechercher l'existence réelle des concessions réciproques établies par les parties. Il doit également s'assurer que la transaction est conforme aux règles d'ordre public, indépendamment de la qualification donnée par les parties¹⁸⁶. En revanche, conformément à l'adage « *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* », un acte doit être interprété plutôt pour qu'il produise un effet que pour qu'il reste lettre morte.

¹⁸¹ Cass. 3^{ème} Ch. civ., 26 juin 1973, n° 72-12. 489 inédit : « *les juges du fond ont le devoir de restituer aux conventions litigieuses leur véritable caractère juridique, sans être liés par la qualification donnée par les parties et peuvent estimer qu'il n'y a pas contrat d'échange lorsque l'importance de la soulte permet de la considérer comme l'objet principal de l'obligation de l'une des parties* ». La Haute juridiction estime que la requalification est une obligation légale pour les juges du fond qui ne sont pas tenus par la qualification initiale du contrat donnée par les parties ». Voir aussi : Cass. civ., 17 mars 1977, inédit, n° 75-13.831.

¹⁸² Cass. Ch. Req., 24 décembre 1872, DP 1874, V, 57.

¹⁸³ Cass. civ., 5 décembre 1887, D. 1888, I, 241.

¹⁸⁴ Cass. soc., 13 novembre 1959, Bull. IV, n° 1149.

¹⁸⁵ Cass. soc., 20 février 1969, Bull. V, n° 130.

¹⁸⁶ Cass. soc., 1^{ère}, 1^{er} décembre 1971, inédit, n° 70-13.065.

129. Le juge ne peut dénaturer le sens ni la portée des stipulations claires et précises de l'accord transactionnel sans heurter la cohérence de la transaction. S'il est communément admis que le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain dans l'interprétation en matière contractuelle, force est de constater qu'il existe une limite sur les clauses claires et précises insérées qui s'imposent dans l'acte transactionnel, y compris au juge. La transaction n'a qu'un effet relatif en ce sens qu'elle ne s'applique qu'aux seules parties. Bien qu'opposable aux tiers, elle ne crée aucune obligation à leur égard, sinon celle de ne pas faire obstacle à son exécution. Dès lors, l'interprétation d'une stipulation obscure ou ambiguë échappe totalement au contrôle de la Haute juridiction, hormis le cas où les juges du fond auraient dénaturé le sens de la transaction. Très tôt, la Cour de cassation s'est montrée sévère, notamment en censurant les décisions qui modifient le sens des clauses précises¹⁸⁷. C'est ce qu'elle a confirmé dans le célèbre arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*¹⁸⁸ considérant « qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment ». L'enseignement tiré de cet arrêt est que les juges du fond ne peuvent en aucun cas, prétexter faire de l'interprétation pour altérer le sens d'un accord transactionnel pour des considérations d'équité à partir du moment où les stipulations sont suffisamment claires. De même, le juge ne peut réviser un contrat pour imprévision¹⁸⁹.

130. Toutefois, la révision ne peut avoir lieu que dans les formes qui ont concouru pour son établissement ; ainsi donc, une convention ne peut être révisée que par la convention des parties, tel est le principe. En d'autres termes, une fois que les parties sont parvenues à signer un contrat, elles sont tenues par son contenu et ne peuvent s'en défaire. Ce principe a été retenu par la jurisprudence dans le célèbre arrêt *Canal de Craponne* rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 6 mars 1876. L'idée dégagée est qu'un contrat valablement formé entre deux parties a la même force qu'une loi, et il appartient au juge non pas de la

¹⁸⁷ Cass. sect. réunies, 2 février 1808, cité in LUBERT C. WANCAREGHEM (C.), CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd. 2008, n°160, p. 153.

¹⁸⁸ Cass. civ., 15 avril 1872 (Cf. CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 161, p. 156).

¹⁸⁹ « La théorie de l'imprévision est une théorie en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque, par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible, mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 527). Cette théorie, élaborée par le juge administratif mais rejetée par la jurisprudence civile, n'est admise que lorsqu'un texte le permet.

modifier mais de l'interpréter et d'en assurer l'exécution. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'il est saisi par une des parties, le juge doit réviser le contrat. Dans de récents arrêts, on observe que le principe d'intangibilité du contrat, qui connaît certaines limites, est concurrencé par le principe de la bonne foi tel que formulé dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. C'est le sens de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française. En l'espèce, la Haute juridiction estime qu'« *en cas de changement des circonstances empêchant un revendeur de pratiquer des tarifs préférentiels, le fournisseur était tenu par l'obligation de bonne foi de négocier un accord de coopération commerciale afin de faire face à la concurrence renforcée* »¹⁹⁰.

131. Ainsi, en droit comparé, en France, la récente réforme¹⁹¹ qui a donné lieu au nouvel article 1195 du Code civil, a remis en cause l'arrêt *Canal Craponne*. Cet article dispose : le mécanisme de la révision pour imprévision lorsqu'il dispose : « *si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la négociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

132. Il est clair que cet article assure le mécanisme de la révision pour imprévision, à condition de respecter trois étapes : d'abord, la survenance des circonstances imprévisibles ; ensuite, la partie qui est préjudiciée doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation, enfin, en cas d'échec, une des parties peut demander au juge de réviser le contrat. Pour autant, l'arrêt *Canal Craponne* n'est pas véritablement écarté et reste d'actualité. En effet, l'objectif du nouveau texte est de mettre à la disposition des acteurs économiques des règles destinées à faciliter et à rendre plus sûrs leurs contrats.

¹⁹⁰ Cass. com., 3 novembre 1992, inédit, n° 90-18.547 ; Cass. com., 24 novembre 1998, inédit, n° 96-18.357.

¹⁹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 février 2016.

B. L'exigence d'homologation judiciaire

133. L'accord transactionnel trouve une exécution parfaite à l'issue d'une homologation juridictionnelle. Dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés, dans des contrées où une justice parallèle est pratiquée, cette homologation « s'est accommodée de l'écrit et du papier, instruments indispensables de consignation des actes dans le monde contemporain. La décision du tribunal est consignée sur une « feuille d'audience » tenue tout au long du procès par un « greffier » ; les parties doivent approuver la décision qui, le plus souvent, est un compromis ; pour matérialiser leur accord, elles signent le « procès-verbal » de la décision »¹⁹².

134. Le Doyen Gérard CORNU définit l'homologation comme une « *approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* »¹⁹³. Elle est le fait de la requête de la partie la plus diligente (en général l'employeur) ou de l'ensemble des parties qui, une fois le délai de rétractation passé, demande au juge d'entériner la transaction. Toutefois, l'homologation est impossible si l'ensemble des parties ne l'a pas expressément acceptée. De même, du fait de son caractère facultatif, elle ne peut avoir lieu si aucune des parties ne la demande.

135. Il convient de noter que si le juge saisi de l'homologation ne peut modifier l'accord des parties, il peut les inviter à faire, notamment en cas d'imprécision de ses termes. Le juge ne peut annuler un accord transactionnel pour vice du consentement, ni refuser son homologation. Il rendra alors une ordonnance d'homologation qui donne à la transaction extra-judiciaire la valeur d'une décision passée en force de la chose jugée, comme une décision de justice non susceptible de recours. Toutefois, si l'une des parties estime que l'accord est entaché d'un vice du consentement, elle peut solliciter une annulation au cours d'une instance contentieuse, et ce, indépendamment de l'homologation dudit accord. En principe, l'homologation ne fait pas l'objet d'une audience, sauf si le juge le souhaite. La décision d'homologation ou de refus de l'homologation a pour conséquence le dessaisissement du juge.

¹⁹²NKOU MVONDO (P.), La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État, *Droit et société* 2002/2 (n° 51-52), p. 372.

¹⁹³CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 511.

136. Le refus d'homologation peut faire l'objet d'un appel par déclaration au greffe de la cour d'appel ; la présence d'un avocat est alors requise. Dans la mesure où l'homologation relève de la matière gracieuse, l'appel ainsi introduit, dans les 15 jours à compter de la date d'ordonnance, sera examiné selon la procédure gracieuse, afin de permettre au juge de rétracter ou de modifier sa décision, ou dans un délai d'un mois, à compter de la déclaration d'appel. Le processus de l'accord transactionnel étant confidentiel, l'homologation est indifférente quant à la présence ou non des concessions des parties. Il importe de souligner le caractère particulier de l'ordonnance d'homologation d'une transaction rendue sur requête elle évoque expressément une requête, accompagnée d'un exemplaire de l'accord, aux frais des parties ; par conséquent, un simple dépôt du constat au greffe, qui apposerait la clause exécutoire, est totalement prohibé.

137. En droit comparé, telle est la position de la jurisprudence française¹⁹⁴. Le but de l'homologation est de permettre au juge de contrôler la validité¹⁹⁵ et la légalité de la transaction. Il s'agit, en fait, de l'ultime étape de la procédure, à l'issue de laquelle la transaction devient effective. De cette manière, si l'une des parties ne respecte pas ses engagements, l'autre pourra en demander l'exécution forcée. Cependant, le fait que le juge exerce un contrôle sur la validité de la transaction limite les voies contractuelles de recours propres aux parties, ne confère pour autant à la transaction la nature d'un jugement. De fait, mais cela les incertitudes demeurent en doctrine quant à la vraie nature de l'ordonnance sur requête du juge attribuant force exécutoire à l'acte transactionnel. S'agit-il d'une décision juridictionnelle ou non ? Un auteur répond à la question par la négative, notamment parce qu'il considère que « l'intervention du juge n'est pas juridictionnelle et que le juge rend un acte judiciaire non juridictionnel »¹⁹⁶. En fait, cet auteur estime que le juge exerce non pas sa fonction de *juridictio*, mais plutôt une fonction dérivée de *l'imperium*. De sorte que, la transaction en tant que contrat est parfaite, du fait du seul échange de consentement des parties et qu'en réalité, l'ordonnance du juge n'en lie ni la perfection, ni la validité et n'emporte aucune conséquence sur son existence. À côté de la transaction, il existe d'autres

¹⁹⁴ Cass. 2^{ème} Ch. civ., 1^{er} septembre 2016, n° 15-22915 (arrêt de principe), inédit.

¹⁹⁵ Cass. 2^{ème} Ch. civ., 28 septembre 2017, n° 16-19.184, inédit. En l'espèce, la Haute juridiction considère que l'homologation d'une transaction qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de sa validité de la transaction devant le juge de l'exécution.

¹⁹⁶ RACINE (J.-B.) « Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (À propos de l'article 1141-4 du Nouveau Code de Procédure Civile) », in CHEVALLIER (P.Y.), DESDEVISES (Y.), MELBURN (Ph.) (dir), *Les modes alternatifs de règlements des litiges, les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, p. 151.

techniques permettant aux parties de se réapproprier leurs litiges et de tenter de les régler en fonction des enjeux individuels, sans implication juridictionnelle. Il s'agit de la conciliation, de la médiation et de l'arbitrage.

Section 2. La conciliation, la médiation et l'arbitrage

138. Ce sont les principales techniques classiques, non conflictuelles, très anciennes qui conduisent au règlement des litiges hors de l'instance juridictionnelle. Madame Lison NEEF rappelle que c'est depuis 1836 que le Canada en fait usage, notamment dans le domaine des relations de travail.¹⁹⁷ En France, un auteur situe leur apparition en 1892. Ces techniques se sont développées en droit du travail français avec la loi du 31 décembre 1936, puis celle du 11 février 1950.¹⁹⁸ La formule plus particulière de la médiation date d'un décret du 5 mai 1955.¹⁹⁹ Lorsque les parties les formulent, elles peuvent opter pour le règlement de leur litige à l'amiable, en privilégiant un rapprochement qui, selon le cas, peut être possible grâce à la conciliation et la médiation (§ 1). Cependant, il arrive qu'au regard des enjeux en cause, les parties envisagent de recourir à l'arbitrage, notamment lorsqu'elles estiment que le droit applicable n'est pas apte ou qu'il ne remplit pas la mission du droit par rapport à leur litige (§ 2).

§ 1. Les hypothèses de conciliation et de médiation

139. La conciliation, tout comme la médiation, vise un même objectif, à savoir favoriser le rapprochement des antagonistes à un litige en vue d'une résolution à l'amiable, ce qui justifie la similarité de leurs domaines d'application (A), même si leur fusion tarde à se réaliser (B).

¹⁹⁷ NEEF (L.), « Le règlement amiable des litiges », in NABIL N. ANTAKI, Cowansville (Qc.), Y. BLAIS, 1998, p. 215 ; l'auteure nous enseigne que « la première loi évoquant la conciliation en matière de rapports individuels du travail est l'Acte qui pourvoit à faire décider d'une manière plus facile et moins dispendieuse les différends qui s'élèvent entre les maîtres et leurs serviteurs, apprentis ou engagés, dans les campagnes de cette province, (1836) 6 William 4, c.27 ».

¹⁹⁸ PETIT (F.), « Les problématiques du règlement amiable des différends sociaux en France », in PETIT (F.) et alii (dir.) *Le règlement amiable des différends sociaux. Etude juridique : France, Espagne, Québec*, L'Harmattan, 2007, p. 14.

¹⁹⁹ *Idem*.

A. Des similarités de domaines d'application

140. Comme nous venons de l'évoquer, la conciliation et la médiation font partie du bloc des modes alternatifs de règlement des litiges ou des *Alternatives Dispute Resolution de la Common Law*. Elles contribuent à la recherche d'une même solution. De ce fait, il est assez difficile d'établir la différence entre les deux vocables. La doctrine paraît divisée quant à leurs points de ressemblance et certains auteurs n'hésitent pas à appeler à leur fusion, à l'instar du Professeur Serge GUINCHARD qui ne voit aucune différence entre les deux vocables. Ainsi affirme-t-il qu'« en dehors du champ d'une procédure juridictionnelle en cours, les deux mots désignent le même concept »²⁰⁰. Nous pensons que ce seul rapprochement ne vaut uniquement que parce qu'il correspond à la désignation anglaise « *Alternative Dispute Resolution* ». Pour le Professeur Serge GUINCHARD, la conciliation ne se distingue réellement de la médiation que dans le cadre d'un processus amiable intégré à une procédure juridictionnelle en cours devant une juridiction de l'ordre judiciaire²⁰¹. À nos yeux, la conciliation et la médiation sont différentes, et nous voulons démontrer en quoi les deux vocables ne sont pas identiques. Il s'avère que la conciliation est plus utilisée dans les pays à système romano-germanique, notamment dans les litiges liés au droit du travail et au droit de la consommation.

142. D'un côté, la conciliation dont il est question dans cette étude correspond à un accord par lequel deux personnes en litige mettent fin,²⁰² et elle est susceptible d'intervenir à tout moment de la procédure à l'initiative des parties ou du juge²⁰³. Le *conciliateur* est une personne impartiale, peut être un juge ou quelqu'un qu'il a lui-même délégué, par lui, qui assiste les parties, supervise leurs négociations et les oriente pour qu'elles parviennent à un accord qui les satisfasse. On observe que, dans la conciliation, le conciliateur est très présent, jouant un rôle relativement direct qui est la recherche d'une solution optimale au litige. Il peut conseiller les parties en faisant des propositions. À certains égards, la neutralité du conciliateur est plutôt perçue comme une prérogative qui fait de lui un autre « acteur » qui voudrait régler le litige des parties.

²⁰⁰ GUINCHARD (S.), « Belles pages 35 : les modes alternatifs de règlement des différends », in « le blog de Serge GUINCHARD, p. 8, www.sergeguinchard.blogspot.com

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² CORNU (G.), *op. cit.*, p. 223.

²⁰³ De FONTETTE (P.), *Vocabulaire juridique*, Puf, « Que sais-je », 1988, p. 29.

143. Ainsi, dans les juridictions parallèles en Afrique subsaharienne, « *le président-juge est avant tout un conciliateur. Une fois saisi par les parties, il devient le trait d'union entre celles-ci, il essaye de les rapprocher autant qu'il le peut. C'est à lui que revient la charge d'expliquer clairement à chacune des parties la position des uns ou des autres. Le président-juge doit savoir faire la synthèse de l'affaire afin que soient mis en exergue les véritables points litigieux. Il prend l'initiative d'ouvrir toute enquête nécessaire à la manifestation de la vérité. En cas de défaillance, il peut être récusé et remplacé par une personne plus apte* »²⁰⁴.

Dans la conciliation, c'est au conciliateur et non aux parties de faire des propositions et de développer les modalités de l'arrangement.

144. Dans la mesure où la conciliation est une phase préalable et obligatoire avant toute saisine du tribunal de travail, ce sont les parties qui vont vers le conciliateur pour rechercher une orientation. Ensuite, elles décident elles-mêmes sur la base des propositions du conciliateur. Tel est ce qui distingue le rôle du conciliateur de celui du médiateur. Tandis que la médiation consiste à confier à un tiers impartial appelé « médiateur », qualifié, expérimenté dans le domaine en cause, et mais dépourvu de pouvoir de décision sur le fond, sa mission est d'entendre les parties en conflit de confronter leurs points de vue et de rechercher une solution négociée pour qu'elles mettent fin elles-mêmes à un litige actuellement en cours. Il s'agit d'un facilitateur qui respecte le principe de l'autonomie de la volonté des parties. De ce fait, il s'interdit de considérer une seule partie au litige, son rôle étant plutôt d'inciter les parties à entrer en discussion et de surmonter leurs divergences. En outre, contrairement au conciliateur, le médiateur est totalement libre et n'a rien à rapporter au juge de ce qui peut se passer ou non durant la médiation. De plus, dans la conciliation, les avocats jouent un rôle différent de celui joué dans la médiation où ils sont plus actifs, notamment en développant et en analysant les pistes éventuelles susceptibles de conduire à la résolution.

145. Dans la conciliation, généralement, les avocats conseillent et orientent leurs clients sur les propositions faites par le conciliateur. Il importe de garder à l'esprit que l'on recourt à la conciliation en prévention, aussitôt qu'un litige surgit ou qu'un malentendu apparaît entre un salarié et un employeur. L'intervention de conciliateur a pour but de faire cesser l'« hémorragie » afin que le litige ne se développe pas. En revanche, la médiation est plus proche de l'arbitrage en ce qu'elle est utilisée une fois que le litige est né et que les

²⁰⁴ NKOUMVONDO (P.), *op. cit.*, p. 372.

protagonistes éprouvent des difficultés à s'entendre. Les parties recourent à la médiation lorsqu'elles reconnaissent le degré de gravité de leur litige. Si, jusqu'à ce jour, le droit des États qui font l'objet de notre étude n'a pas consacré un intérêt particulier, l'on peut observer que le droit français (qui demeure leur référence historique), à l'instar du droit de *Common Law* et du droit québécois, a récemment renforcé ses dispositifs²⁰⁵ de la conciliation et de la médiation.²⁰⁶

146. Dans le contexte du litige individuel du travail, il convient de relever que la tentative préalable de conciliation est une étape essentielle du règlement du litige, puisque tout jugement rendu sur une demande qui n'aurait pas été soumise au bureau de conciliation serait entaché d'une nullité d'ordre public. En d'autres termes, la procédure de résolution des conflits individuels du travail devrait apparaître essentiellement comme une procédure amiable de règlement du litige.²⁰⁷ Tout comme les autres techniques alternatives (transaction et arbitrage) de résolution des différends instituées par les législations africaines, la conciliation et la médiation connaissent une extension timide dans la sphère judiciaire. Alors qu'elles font partie intégrante de l'encadrement juridique des litiges du travail au Québec, il en est fait usage notamment lorsqu'il y a mésentente ou litige en matière de discrimination dans le milieu du travail, de santé et de sécurité au travail, d'application des conditions de travail ou en cas de blocage dans la négociation d'une convention collective²⁰⁸.

147. En effet, la *Common Law*, en droit britannique, confie la conciliation à une autorité indépendante, « *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* » (*ACAS*), créée par la loi²⁰⁹ et dont la contribution au système de règlement des conflits individuels du travail est liée à la

²⁰⁵ L'ordonnance du 16 novembre 2011, JOFR n°0266 du 17 novembre 2012, p. 19286 et le décret du 20 janvier 2012, JOFR n° 0019 du 22 janvier 2012, p. 1280 consacrent une assimilation de ces deux types de résolution amiable en dehors toute instance juridictionnelle.

²⁰⁶ Le livre V, du Code de procédure civile est consacré à cette catégorie de résolution en dehors de toute instance juridictionnelle, notamment en son article 1528 qui dispose : « *les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions fixées par le présent Livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats* » ; l'article 1529, alinéa 1^{er} englobe les différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire qui statuent sur toutes les matières tant civile, commerciale, sociale que rurale, sous réserve des règles spéciales à chacune et des dispositions particulières à chaque juridiction.

²⁰⁷ CHAPPE (N.), DORIAT-DUBAN (M.), La résolution des conflits individuels du travail. Conciliation versus médiation, *Revue d'économie politique*, 2003/4 vol. 113, p. 552.

²⁰⁸ HENNEBERT (M.-A.), DUPUIS (M.-J.), Comprendre la conciliation dans les processus de négociation collective au Québec à travers le vécu d'acteurs syndicaux, p. 77. (www.ramjam.ca/file.adm/sites/droitRAMJAM/Dernier_numero/RAMJAM_vol1N°5_Hennebert-Dupuis.pdf, article consulté en ligne le 15 mai 2018).

²⁰⁹ *Trade Union and Labour Relations (Consolidations) Act 1992*. C'est un *Council* composé de 10 membres qui coordonnent le fonctionnement de l'*ACAS*.

conciliation et de l'arbitrage. La saisine du conciliateur est ouverte tant par les parties que par le tribunal. Il est à noter que le conciliateur, qui demeure impartial, joue un rôle non négligeable, en ce sens qu'après avoir reçu les pièces du dossier du tribunal, il a obligation d'encourager le rapprochement des parties et à opter pour un règlement à l'amiable. Tout au long de la procédure, le conciliateur ne peut ordonner à l'une des parties de produire des documents, et tout échange qu'il a avec l'une des parties ne peut nullement servir de preuve, le cas échéant, devant le tribunal. Grâce à l'obligation de saisir l'*ACAS* en amont, que les tribunaux du travail « *employment Tribunals* » sont moins saturés, car plus de 70% des *complaints* déposés au tribunal du travail sont résolus lors de la phase de conciliation.

148. Certains auteurs considèrent que la voie juridictionnelle devrait demeurer l'exception et que la solution alternative la conciliation devrait s'affirmer en tant que mode « courant » de résolution des conflits du travail.²¹⁰ De ce fait, à la fin de l'intervention, le conciliateur établit un procès-verbal de conciliation qui, le cas échéant, fera partie du dossier à présenter devant le tribunal du travail, tandis que le médiateur rédige un rapport de médiation qu'il soumet aux parties qui l'avaient librement choisi. Il n'en demeure pas moins que le recours à l'une ou l'autre des modes consiste à rapprocher les protagonistes en vue de régler leur litige. Les principes sont les mêmes, c'est-à-dire, la liberté des parties à recourir à l'une de ces hypothèses, respect de confidentialité, la compétence et l'indépendance du tiers facilitateur et bien évidemment la bonne foi des parties.

149. Nous pensons que cette thèse d'évitement juridictionnel est loin d'être réelle, car de nombreux justiciables du système romano-germanique sont encore attachés à la logique de « confrontation procédurale » où chacun voudrait être proclamé vainqueur, quel que soit la durée de la procédure. Toutefois, les auteurs soulignent : « *Parmi les causes identifiées pour expliquer l'échec de la tentative obligatoire de conciliation, sont avancés le manque de temps consacré par les magistrats et conseillers prud'hommes à la procédure de conciliation, le manque de formation des juges et conseillers prud'hommes aux techniques de négociation, l'absence d'une ou des parties à l'audience (celles-ci étant souvent représentées par leur avocat, bien qu'elles soient en théorie tenues de comparaître en personne)* »²¹¹.

153 CHAPPE (N.), DORIAT-DUBAN (M.), « La résolution des conflits individuels du travail. Conciliation versus médiation », *op. cit.*, p. 554.

²¹¹ *Idem.*

150. Nous rejoignons ces éminents auteurs lorsqu'ils soutiennent que : « *le fait que la conciliation soit menée par le juge qui devra ensuite trancher le litige en cas d'échec pose également problème. Plus précisément, les parties hésitent à faire des propositions qui pourraient servir de base à un jugement ultérieur. Elles peuvent en particulier refuser de divulguer des informations qui pourraient s'avérer stratégiquement utiles lors du procès. En outre, le principe du contradictoire, tout en protégeant les parties, empêche le juge de s'entretenir seul avec l'une d'elles, ce qui pourrait parfois favoriser la conclusion d'un arrangement* »²¹². En pratique, c'est cette « méfiance » réciproque des parties qui est à l'origine de l'échec programmé de la conciliation. Les reproches concernant la conciliation sont nombreux, y compris la doctrine qui la considère comme à la fois trop brève, trop lourde et trop rigide²¹³. À partir de là, l'on est en droit de se demander si l'abandon de cette technique réglerait l'épineux problème d'encombrement des tribunaux ou c'est la culture qu'il faudrait changer, comme au Québec et au Royaume Uni.

151. Nous pensons humblement qu'il est question de culture. Dès lors, l'incitation des parties à avoir systématiquement recours à un médiateur avant le jugement pourrait être une solution en cas d'échec de la conciliation, nous semble-t-il. En droit comparé, l'expérience allemande nous paraît riche d'enseignements, notamment avec les interventions du législateur fédéral pour abaisser le nombre de recours devant la justice du travail : ces interventions concernent la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges entre salariés et employeurs²¹⁴. Le résultat est palpable, on observe une baisse continue du contentieux devant la juridiction du travail, preuve d'une tendance croissante à la déjudiciarisation en Allemagne²¹⁵.

B. L'impossible fusion des mécanismes

152. S'il est vrai que les parties peuvent opter pour la médiation à n'importe quelle étape de la procédure, la pratique en droit comparé, en France, nous enseigne que c'est plus devant les

²¹² CHAPPE (N.), DORIAT-DUBAN (M.), « La résolution des conflits individuels du travail. Conciliation versus médiation », *op. cit.*, p. 556.

²¹³ *Idem.* De plus, ces auteurs estiment que la conciliation « ne permet pas à de véritables négociations d'avoir lieu, celles-ci requérant davantage de temps (pour renouer le dialogue, échanger des propositions, accepter des concessions). »

²¹⁴ SEIFERT (A.), Déjudiciarisation du droit du travail ? Une perspective d'Outre-Rhin, *Revue de Droit du travail*, 2019, p. 277.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 278.

Chambres sociales des cours d'appel²¹⁶ que la médiation est plutôt utilisée. La principale raison est que la médiation judiciaire ne peut faire obstacle, ni se substituer à la phase préalable de conciliation. C'est ainsi que très tôt, la jurisprudence a fixé une base claire en considérant que cette étape obligatoire de tentative de conciliation avait un caractère d'ordre public²¹⁷. En cela, ce n'est qu'à la suite de l'échec de la conciliation que l'accord des parties peut ordonner une médiation²¹⁸.

153. La notion de conciliation, tout comme celle de médiation conventionnelle est prévue dans les dispositions de l'article 1530 du Code de procédure civile qui dispose : « *La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». En droit comparé, on observe que durant ces dernières décennies, de nombreuses législations ont contribué à l'expansion de la médiation. Tel est le cas de la loi belge du 21 février 2005 qui consacre une place particulière à la médiation en ce qu'elle autorise les parties à un contrat de travail, par exemple, insérer une clause de médiation²¹⁹. La nouvelle réforme s'inscrit dans la logique visant à changer les mentalités et à orienter les parties avant ou durant le procès.

154. En France, c'est devant les chambres sociales des cours d'appels que la pratique de la médiation s'est affirmée, notamment, avec « l'expérience » réussie de la Cour d'appel de Grenoble, et celle, moins connue, de la Cour d'appel de Paris²²⁰. En effet, selon les statistiques réalisées, parmi les dossiers proposés à la médiation, « au total, 60% des médiations ont finalement abouti à un protocole d'accord »²²¹. Les auteurs évoquent des raisons particulières du succès de la médiation par rapport à la conciliation : « comme dans les

²¹⁶ L'article 131-1 du Code de procédure civile dispose que « *le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». Voir notamment : Cass. soc., 18 juillet 2001, n° 99-45534, *Bull. V*, n° 279.

²¹⁷ Cass. soc., 20 octobre 1953, *Bull. IV*, n° 32.

²¹⁸ Cass. soc., 25 janvier 2006, n°03-45.444, *Bull. V*, n° 22.

²¹⁹ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, publiée au Moniteur belge du 22 mars 2005.

²²⁰ Les Chambres sociales de la Cour d'appel de Paris ont instauré une pratique consistant à faire intervenir un médiateur lors des audiences des plaidoiries, pour qu'il propose ses services aux parties qui le souhaitent.

²²¹ CHAPPE (N.), DORIAT-DUBAN (M.), *op. cit.*, p. 555.

autres litiges civils, le médiateur dispose de trois mois pour remplir sa mission. Aux quelques minutes de la tentative de conciliation s'oppose donc la durée trimestrielle de la médiation »²²². Avec des méthodes, certes, différentes, les deux techniques ont des effets identiques : à la fin du processus, les tiers facilitateurs rédigent un document. Pour le conciliateur, il s'agira d'un *procès-verbal* (de conciliation /non conciliation), et pour le médiateur, d'un *rapport de médiation* aux parties. Les deux documents précités ont la même valeur, sont susceptibles de faire l'objet d'homologation par le juge afin d'avoir force exécutoire.

155. L'arbitrage est un mode contentieux de règlement des litiges ; il n'existe véritablement pas de définition unanime de ce dispositif. Il y a là une notion ambiguë qui s'insère dans un ensemble de modalités de régulation des relations juridiques²²³. En revanche, de nombreuses législations²²⁴ se contentent de traiter l'arbitrage, tantôt comme un contrat de transaction²²⁵, tantôt comme un contrat de compromis.²²⁶ Une doctrine dominante²²⁷ n'est pas allée très loin, en se contentant simplement de traiter de la nature de l'arbitrage. Ce dernier est souvent qualifié, à tort, de contrat adapté ou d'expertise.

§ 2. Les enjeux du litige et le recours à l'arbitrage

156. L'arbitrage est essentiellement un mode de résolution des litiges, auquel on a recours lorsqu'il n'y a pas de droit applicable, ou lorsque celui-ci n'est pas apte à remplir ce qui est la mission du droit : réaliser la justice et la paix²²⁸. Il s'agit d'un mode amiable ou pacifique, mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige²²⁹, né ou éventuel, que les parties conviennent de soumettre à la décision d'une ou de deux personnes privées appelées « arbitres », sans recourir aux tribunaux civils. Ce caractère juridictionnel nous permet de différencier

²²² *Idem.*

²²³ MEYER (P.), « Le droit d'arbitrage », disponible sur : <http://www.ohada.com-droit-ohada/categorie/4/arbitrage.html> (consulté le 12 juin 2018).

²²⁴ La loi sénégalaise n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un livre VII à la seconde partie du Code des obligations civiles et commerciales.

²²⁵ La loi congolaise n° 016/2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail, consacre un titre V « de l'arbitrage » sans véritablement donner une définition nette de ce mode de résolution. Egalement disponible dans le Code judiciaire congolais. Textes compilés et actualisés jusqu'au 28 février 2013, pp.361 à 365.

²²⁶ Le Code de procédure civile camerounais du 16 décembre 1954, Livre III consacre un titre unique « des arbitrages ».

²²⁷ RUBBENS (A.), *Le droit judiciaire congolais*, tome 2, PUC, pp. 235 à 245

²²⁸ DAVID (R.), « Arbitrage et droit comparé », in *Revue internationale de droit comparé*, vol.11, n°1, 1959, p.14.

²²⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 78.

substantiellement l'arbitrage des modes alternatifs de règlement que sont la conciliation et la médiation. Ce mécanisme n'est pas prévu par la loi (A), de par son fondement, il soustrait le juge étatique (B).

A. Une solution peu connue des justiciables

157. L'arbitrage est une institution dont la définition exacte ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Est-ce en raison de son origine ? Probablement, comme l'affirme une certaine doctrine : « L'arbitrage n'est pas, dans son essence, un phénomène juridique ; l'arbitrage est dans son essence un phénomène distinct du droit, antagoniste au droit, et c'est la raison pour laquelle les juristes n'arrivent ni à le saisir parfaitement ni à le régler convenablement »²³⁰. Pour le Professeur René DAVID, « lorsqu'on parle d'arbitrage, on est toujours ou presque toujours, *avant le droit*, ou à *côté du droit* »²³¹. Pour ce même auteur : « les concepts juridiques, faits pour analyser le droit, sont trop précis, trop tranchés, ne conviennent pas pour analyser le phénomène de l'arbitrage. On n'arrivera jamais à décider si la sentence arbitrale a une nature contractuelle ou procédurale, parce qu'on ne peut pas la forcer à rentrer dans ces concepts juridiques, que sont les notions de contrat et de jugement. On n'arrivera pas davantage à exprimer dans une formule les obligations de l'amiable compositeur, autorisé selon certains à statuer en équité, dispensé seulement selon d'autres d'observer strictement les règles du droit »²³².

158. Les comparatistes pensent être les mieux placés pour encadrer l'arbitrage, alors que les spécialistes du droit international privé pensent le contraire. À notre avis, un tel débat n'a pas de raison d'être, dans la mesure où, notamment en commerce international, l'arbitrage confronte ou concilie différentes législations. Dès lors, tout juriste, qu'il soit comparatiste ou internationaliste du droit privé, doit être en mesure de connaître l'arbitrage. L'arbitrage est un mode conventionnel de règlement de litiges conduisant à une sentence arbitrale qui s'impose

²³⁰ DAVID (R.), *op. cit.*, p. 12.

²³¹ Un autre facteur, qui complique la compréhension du problème, est le fait que les frontières entre droit et arbitrage sont parfois indécises. Ainsi, ce qui était à l'origine arbitrage peut devenir plus tard justice et droit, par l'effet d'un changement survenu. Les sentences arbitrales rendues par les évêques ont ainsi pu devenir des jugements après la conversion de Constantin. Et l'on a, de même, hésité sur le caractère juridique ou arbitral des décisions rendues dans les foires et les marchés au Moyen Âge. Cf. sur le premier point A.R. Julien, *Evolutio historica compromissi and arbitros in jure canonico* (Apollinaris, 1937, p. 187 à 232, et sur le second point W.C. JONES, *Three Centuries of Arbitration in New York*, *Washington University Law Quarterly* 1956, pp. 193 à 219 (Cité par René David, « Arbitrage et droit comparé », in *Revue internationale de droit comparé*, vol.11, n°1, 1959, p.12.

²³² DAVID (R.), *op. cit.*, p. 12.

aux protagonistes et qui a autorité de la chose jugée au même titre qu'un jugement. Il s'agit d'un mécanisme ancien qui est davantage utilisé en commerce international. Une analyse de cette institution nous fait dire que le constat fait par René DAVID au milieu du siècle dernier reste d'actualité, lorsqu'il affirme : « *le développement de l'arbitrage constitue l'un des phénomènes les plus marquants de notre siècle. Le mouvement en faveur de l'arbitrage se manifeste dans tous les domaines : droit civil et droit commercial, droit du travail, droit international public. Il s'agit là, par ailleurs, d'un phénomène international, qui ne connaît ni les frontières des États ni même celles, plus indécises, des « systèmes de droit* »²³³.

159. Il n'en demeure moins que son insertion dans le domaine du droit du travail peine à s'étendre, car mal connu des justiciables et des praticiens du droit. D'ailleurs, en droit comparé, en France, l'évolution du recours à l'arbitrage en droit du travail est récente, en particulier avec la création du Centre national d'arbitrage en droit du travail en 2015. En Afrique, l'arbitrage a été modernisé, mais l'Acte uniforme y relatif, ne concerne pas encore les litiges individuels du travail. À la différence du jugement, la sentence arbitrale ne bénéficie pas par elle-même, de la force exécutoire. Par conséquent, dans l'hypothèse où la partie gagnante a du mal à obtenir exécution de la sentence arbitrale, du fait de la mauvaise volonté de l'autre partie, elle devra saisir le juge étatique pour qu'il confère force exécutoire à ladite sentence.

160. On reconnaît à la voie arbitrale de nombreux avantages par rapport à une décision de justice, ce qui justifie son recours : l'arbitrage procure une confidentialité car les débats, tout comme les sentences arbitrales, ne font pas l'objet de publicité. Cependant, cette protection n'est pas automatique de ce fait, les parties doivent prévoir leur protection en insérant une clause de confidentialité dans leur convention d'arbitrage. En effet, dans un récent arbitrage dans le secteur minier, qui a fait couler beaucoup d'encre en République démocratique du Congo, dans le litige Société *Glencore Plc* c/ sieur *Dan Gettler*²³⁴, alors que les deux parties étaient parvenues à résoudre leur litige par arbitrage à Londres, curieusement, la société *Glencore* a publié un communiqué, quelques heures seulement après la sentence arbitrale, pour annoncer à la presse qu'elle s'apprêtait à payer au sieur *Gettler* une importante somme d'argent en euros. Le fait marquant de la démarche est sans doute la rapidité avec laquelle

²³³ *Ibidem*, p. 18.

²³⁴ www.blomberg.com/news/articles/2017-03-03/glencore-paid-firms-100-million-Congo-funds (consulté le 30 juin 2018).

cette annonce a été réalisée. En outre, le sieur *Gettler* fait actuellement l'objet de poursuites de la part de la *Federal americaine*, qui lui interdit d'utiliser les dollars US. La conséquence directe de cette violation de confidentialité de la sentence arbitrale est qu'à ce jour, *Gettler* ne peut entrer en possession de cette somme qui pourtant lui appartient, accordée par les arbitres britanniques.

161. On retient de cet exemple qu'en plus de la clause de confidentialité, les parties doivent faire preuve de *bonne foi*, notamment pour l'exécution de la sentence arbitrale. Il importe également de noter, la rapidité avec laquelle une sentence arbitrale est rendue. Contrairement à la procédure devant le tribunal du travail, une sentence arbitrale est rendue entre 6 et 15 mois. Enfin, le choix éclairé de l'arbitre est important : les parties sont libres de choisir à l'avance un arbitre qu'elles jugent compétent et expérimenté, afin de les accompagner dans ce processus. Toutefois, chacune des parties, tout comme l'arbitre choisi, est tenue à l'obligation de révélation dès lors qu'il existe un lien quelconque afin de ne pas porter atteinte à son indépendance ainsi qu'à son impartialité. En effet, la Haute juridiction considère que le lien entre l'arbitre choisi et l'une des parties est de nature à provoquer un « doute raisonnable » dans l'esprit de l'autre partie à l'arbitrage²³⁵. Il est à noter que les questions de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre figurent au cœur du contrôle rigoureux de la doctrine et de la jurisprudence qui y voient « l'essence même de la fonction arbitrale »²³⁶.

162. Néanmoins, nous pensons que les raisons de recours à l'arbitrage ne se limitent pas uniquement à celles précédemment invoquées, elles sont multiples, nous semble-t-il, comme l'affirme le Professeur René DAVID. Pour lui, l'arbitrage est souvent un remède, non pas à des défauts ou insuffisances du droit, mais à des défauts ou insuffisances que comporte, au moins dans l'esprit des parties ou dans les circonstances de l'espèce, l'administration, par l'État, de la justice²³⁷. Toutefois, selon cette doctrine, se limiter à cette vue de l'arbitrage serait une erreur. L'éminent juriste estime que l'arbitrage, dans nombre de cas, s'explique d'une autre façon : les parties souhaitent, en y recourant, obtenir une justice autre que celle qui résulte de l'application du droit national²³⁸. Également, le recours à l'arbitrage s'explique tout d'abord, lorsque le droit ne constitue pas une technique appropriée, étant donné la nature des rapports qui unit les parties ; ensuite, toutes les fois que les parties appartiennent à une

²³⁵ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 10 octobre 2012, n° 11-20.299, inédit.

²³⁶ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 16 mars 1999, D. 1999, *Jur.* 497, note P. COURBE.

²³⁷ DAVID (R.), *op. cit.*, p. 12

²³⁸ *Ibidem*, p. 13

communauté et que le sens de leur appartenance à ce groupe est plus fort chez elles, en ce qui concerne au moins certains rapports ; enfin, lorsqu'il n'existe pas de droit adapté au règlement de leurs litiges²³⁹.

163. C'est de la fin des années 90²⁴⁰ que date l'expansion de l'arbitrage sur le continent africain, grâce à l'unification du droit des affaires, qui le considère comme étant la voie sûre pour le règlement des différends. Les dispositions de *l'Acte uniforme sur l'arbitrage* précisent bien son caractère juridictionnel, notamment pour ce qui est de la mission des arbitres qui consiste à « trancher ». Tel est le sens de l'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui dispose : « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit, désignées par les parties ou à défaut choisies par elles comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conférée ce pouvoir* ». De même, la valeur juridique de la sentence qu'ils rendent est précisée à l'article 23 qui dispose que : « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ».

164. Il importe de rappeler qu'avant 1990, les États parties au Traité OHADA disposaient de législations très lacunaires en matière d'arbitrage²⁴¹. Selon le Professeur Pierre MEYER, cette situation est due au fait que le Livre III du Code de procédure civile français de 1806 consacré à l'arbitrage n'avait pas été étendu dans les colonies françaises d'Afrique, de sorte que le vide législatif était quasi total²⁴². De cette manière, les jeunes États issus de l'ex-colonie française disposaient de législations confuses en matière d'arbitrage. Si cette situation a pris fin avec la création de l'OHADA en droit des affaires, le flou demeure entier en droit du travail. En effet, le code du travail de certains pays, à l'instar du Cameroun²⁴³, du Mali²⁴⁴ et de la Guinée²⁴⁵ contiennent des dispositions relatives à l'arbitrage. Même s'il ne concerne que le conflit collectif, l'arbitrage, au sens entendu par ces Codes, porte à confusion par son objectif. Il vient, à certains égards, s'approprier le pouvoir des juges censés faire respecter le droit, ces

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ Voir l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage dans l'espace *Ohada* J.O., n° 8, du 15 mai 1999.

²⁴¹ MEYER (P.), *Le droit d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 1.

²⁴² *Idem.*

²⁴³ Article 161 du Code du travail du Cameroun.

²⁴⁴ Articles L.225 et L.226 du Code du travail du Mali.

²⁴⁵ Articles 433.1 à 434.4 du Code du travail de la Guinée.

arbitres ressemblaient à des « juges »²⁴⁶ plutôt qu'à des experts. Dès lors, on serait tenté de dire qu'une telle situation expose les failles d'un système judiciaire qui peine à bien fonctionner.

165. D'autres codes du travail, tels que ceux du Sénégal et de la R.D.C., plus prudents, n'abordent pas l'arbitrage, laissant à d'autres disciplines le soin de le traiter. Signalons que le Sénégal²⁴⁷ et le Mali²⁴⁸ s'étaient dotés des législations en la matière. Malgré cet effort, l'emprise du droit français est réelle dans ces lois. D'ailleurs, l'on peut faire le même constat pour la législation congolaise, fortement influencée donc par le droit belge, donc le droit français. En d'autres termes, leurs législations ont connu les mêmes lacunes, notamment sur la validité de la clause compromissoire. D'une certaine façon, la création de la zone OHADA est une bonne initiative en ce qu'elle donne aux États parties une législation moderne et adaptée aux réalités africaines et au commerce international. Cet essor a conduit à la mise en place d'une instance arbitrale permanente, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage « CCJA » propre aux États-parties au Traité *de Port Louis*²⁴⁹, qui institue le droit auquel appartiennent les États qui nous intéressent dans la présente étude. Cependant, l'avant-projet de l'*Acte uniforme* portant sur le droit du travail n'ayant pas encore été ratifié par les États-parties, l'arbitrage vu sous l'angle des litiges individuels du travail s'impose timidement. Le droit d'arbitrage prévoit trois catégories d'arbitrage, à savoir : l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel, l'arbitrage civil et commercial, l'arbitrage interne et international.

166. L'arbitrage institutionnel *ad hoc*. Il ne s'agit pas véritablement d'une juridiction mais cet arbitrage est administré par une institution permanente d'arbitrage, qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitres²⁵⁰, un règlement d'arbitrage, une organisation matérielle (secrétariat, locaux, etc.) ainsi que des services (modification des mémoires, etc.)²⁵¹. L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques essentielles²⁵². La première résulte de

²⁴⁶ L'article 433.2 du Code du travail de la Guinée dispose : « L'arbitrage est assuré par la juridiction chargée du travail territorialement compétente, en cas de pluralité de lieux entraînant un conflit de compétence ».

²⁴⁷ Loi sénégalaise n° 98.30 du 14 avril 1998 sur les contrats relatifs au règlement des litiges ainsi que le décret 98-92 du 5 juin 1998.

²⁴⁸ Cf. articles 879 à 942 du Code de procédure civile du Mali de 1994.

²⁴⁹ Il s'agit du *Traité signé sur Île Maurice, le 17 octobre 1993*, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Il crée l'espace OHADA lequel comprend à ce jour, dix-sept États membres : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée-Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo, République Démocratique du Congo.

²⁵⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 79.

²⁵¹ *Ibid.* p. 79.

²⁵² MEYER (P.), *Le droit d'arbitrage*, op. cit., p. 6

l'existence d'une autorité chargée d'administrer les arbitrages ; la deuxième réside dans l'existence d'un règlement d'arbitrage qui a pour objet de régir l'instance arbitrale et la troisième caractéristique consiste en l'existence d'un secrétariat assume certaines tâches d'ordre matériel et qui assure la liaison entre les parties, les arbitres et, le cas échéant, les experts²⁵³. L'arbitrage *ad hoc* se déroule en dehors de toute organisation permanente d'arbitrage et relève de la seule initiative des parties et de leurs arbitres²⁵⁴.

167. D'autres contraintes renforcent les raisons d'avoir recours à l'un plutôt qu'à l'autre type d'arbitrage : il apparaît que pour les parties, l'arbitrage institutionnel offre plus de facilité et de sécurité, plus spécifiquement dans la rédaction de la convention qui ne requiert qu'une simple référence de l'institution arbitrale. Mais pour rédiger un arbitrage *ad hoc*, quelques préalables sont demandés, à savoir, la désignation des arbitres, l'établissement des règles de procédure, la détermination du droit applicable au fond du litige ainsi que des effets de la sentence arbitrale quant à l'éventuel recours ou refus d'exécution.

168. L'arbitrage civil-commercial. Abordant l'arbitrage sous l'angle de l'*Acte uniforme* de l'OHADA, le Professeur Pierre MEYER considère que l'arbitrage commercial n'est défini que par rapport à la commercialité de la relation ayant suscité le litige pour lequel il est fait recours à l'arbitrage et que la question de la commercialité de l'arbitrage renvoie ainsi à celle de la commercialité en général²⁵⁵. D'ailleurs, l'*Acte uniforme* relatif à l'arbitrage ne distingue pas l'arbitrage civil de l'arbitrage commercial, son article 1^{er} se contentant d'énoncer : « *Le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage* ». De ce fait, l'éminent professeur : « à vrai dire, la distinction entre arbitrage civil et commercial n'est importante que dans les systèmes de droit-peu nombreux et que l'on peut, à juste titre, considérer comme archaïques - qui ne valident un type particulier de convention d'arbitrage- la clause compromissoire - qu'en matière commerciale »²⁵⁶. L'arbitrage interne-international : Le premier type d'arbitrage se définit par opposition au second qui, ainsi nommé²⁵⁷ en raison du caractère international de l'objet du litige (en ce qu'il met en cause les intérêts du commerce international) ou de la procédure suivie (application du règlement d'un organisme international d'arbitrage, applicable d'une convention internationale).

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 78.

²⁵⁵ MEYER (P.), *Le droit d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 79.

169. En rapport avec la confusion autour de cette définition, le Professeur Pierre MEYER considère qu'« ainsi entendu, l'internationalité de l'arbitrage renvoie à la question de l'internationalité- au sens du droit international privé- d'une relation juridique privée. Cette internationalité peut être définie de deux manières : l'une juridique, l'autre économique. L'internationalité juridique suppose une dispersion spatiale des éléments constitutifs d'une situation de sorte qu'elle peut se rattacher à plusieurs systèmes de droit. L'internationalité économique suppose la mise en jeu des intérêts du commerce international ». ²⁵⁸ Selon cette doctrine, il est impossible d'établir une assimilation complète de ces deux types ²⁵⁹ d'arbitrage ; ainsi le Professeur Pierre MEYER indique que « la question du droit que le tribunal arbitral devra appliquer pour résoudre le litige au fond ne peut se poser que pour l'arbitrage de droit international privé. Aucun problème de droit applicable n'est susceptible de se poser pour un arbitrage interne » ²⁶⁰.

170. C'est sans doute parce que l'arbitrage est une instance juridictionnelle d'initiative privée, créée à partir de la pratique, et dont le fonctionnement rivalise avec l'instance juridictionnelle étatique, que les législateurs hésitent à reconnaître son existence légale, alors que ses sentences rendues n'ont force exécutoire qu'après l'ordonnance du président du tribunal de grande instance. C'est par exemple, ce que prévoit l'article L.1411-4 du Code du travail français, selon lequel, le conseil des prud'hommes « est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite ». Il s'agit d'un « monopole » qui a des conséquences, notamment, sur l'inopposabilité de la clause compromissoire ²⁶¹ qui prévoit un recours à l'arbitrage en cas de litige. On observe d'autres conséquences, et non les moindres : la loi demeure silencieuse et la jurisprudence peine à s'accorder ²⁶². Certaines cours d'appels divergent, continuant à s'appuyer sur la compétence attribuée au conseil des prud'hommes.

²⁵⁸ MEYER (P.), *Le droit d'arbitrage*, op. cit., p. 7.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ « Stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 179).

²⁶² C.A. d'Elisabethville (RDC), le 15 janvier 1957, R.J., p. 5 a très tôt considéré qu'en matière de contrat de travail, l'arbitrage était autorisé ; Cass. soc., 5 novembre 1984, n° 82-10511, inédit ; la Haute juridiction a admis la validité du compromis d'arbitrage survenu après la rupture du contrat de travail. Plus récemment : Cass. civ., 1^{ère} Ch., 6 mars 2013, n° 12-15.375, inédit ; elle admet que la clause compromissoire était inopposable aux salariés signataires ; C.A. Paris, 14 décembre 1990, n° 89-16.638, inédit, dans lequel la Cour a emboîté le pas en affirmant la validité du compromis d'arbitrage : « (...) les parties à un contrat de travail ne peuvent valablement compromettre qu'après la rupture de ce contrat ».

171. Il n'en demeure pas moins que nos propos doivent être relativisés, car, comme pour la conciliation et la médiation conventionnelles, au Royaume Uni, c'est le législateur qui est intervenu pour instituer un système d'arbitrage en matière de droit du travail, particulièrement dans le domaine des litiges individuels du travail nommé *Arbitration Scheme (England and Wales)* « ACAS »²⁶³. Ce système qui a vu le jour avec l'*Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998*, est entré en vigueur le 21 mai 2001. D'abord opérationnel en Angleterre et au Pays de Galles, il s'est élargi à l'Écosse en avril 2004 avec une nouvelle dénomination : *New Great Britain Scheme*. Avec des antennes sur toute l'étendue du Royaume Uni, son objectif principal est d'accorder aux parties qui le souhaitent, la possibilité de régler leur différend par l'arbitrage. Il s'agit d'un système très avantageux, car confidentiel, flexible, rapide et moins coûteux que le tribunal du travail. De plus, il ne requiert pas la présence des témoins et le litige est tranché selon les principes de bonne foi. De surcroît, la loi précise que le recours au système ACAS n'est possible que pour des litiges individuels du travail liés au licenciement abusif (*unfair dismissal*).

172. S'agissant de la procédure à suivre, les protagonistes doivent, au préalable, conclure une convention d'arbitrage par écrit (*arbitration agreement*) qui concerne un litige déjà né. Cette convention doit être accompagnée d'un formulaire de renonciation (*waiver form*) à signer, à travers lequel les parties acceptent de renoncer à tous les droits auxquels elles auraient pu prétendre si elles s'étaient présentées devant le tribunal du travail. Le système offre à une partie (le salarié) la possibilité de renoncer à la procédure et de saisir le tribunal du travail, alors que l'autre (l'employeur) ne bénéficie pas de cette faculté, une renonciation lui est donc interdite. En outre, pendant l'audience, l'arbitre²⁶⁴ est maître à la fois de la procédure et de l'administration de la preuve ; sa sentence a autorité de la chose jugée au même titre qu'un jugement du tribunal du travail.

173. L'unification de l'arbitrage a longtemps figuré au cœur des discussions, notamment parce que différentes législations sont à prendre en compte. C'est ainsi que pour le Professeur René DAVID, l'« on n'arrivera à une unification du droit de l'arbitrage que si l'on s'efforce de « déjuridicialiser » l'arbitrage, en renonçant à le faire rentrer dans le cadre des concepts

²⁶³ Texte complet disponible en ligne sur : www.acas.org.uk (consulté le 04 février 2019).

²⁶⁴ Il est choisi par l'ACAS, sur une liste (*Arbitration Panel*) des personnalités essentiellement non-juristes, disposant d'une forte expérience dans les procédures de licenciements. Il est Indépendant, ce qui le met à l'abri de toute influence des parties.

proprement juridiques des droits nationaux, et en élaborant pour lui, de façon résolue, des règles nouvelles spécialement adaptées à la nature originale qui lui est propre »²⁶⁵.

174. S'agissant des pays d'Afrique francophone, force est de constater que cette suggestion de René DAVID semble avoir été retenue, en partie, par les rédacteurs de l'OHADA, lesquels, en prévoyant *l'Acte uniforme* portant arbitrage, reconnaissent à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) le rôle de se substituer aux cours nationales de cassation afin d'unifier l'interprétation du droit uniforme²⁶⁶. Quel que soit son domaine d'application, l'objectif de l'arbitrage est d'écarter le juge de la procédure de résolution du différend.

B. L'éviction relative du juge

175. Il n'y a arbitrage que parce que les parties ne souhaitent pas confier leur litige à un juge étatique. Telle est la raison d'être de l'arbitrage qui est un « concurrent » à la justice traditionnelle. La volonté des parties est à l'origine de l'exclusion du juge en prévoyant le processus d'arbitrage dans leur contrat. Cela implique que la convention d'arbitrage repose impérativement sur un fondement revêtu de deux éléments : la *clause compromissoire* et le *compromis*. Nous rejoignons le Professeur Antoine RUBBENS lorsqu'il affirme que, « négativement, la clause compromissoire est un accord des parties à ne pas recourir aux tribunaux pour le règlement des différends qu'elles pourraient avoir entre elles.

176. Positivement, c'est l'engagement de soumettre tout litige à l'arbitrage »²⁶⁷. De fait, cette définition permet de distinguer cette clause de la clause attributive de juridiction, par laquelle les parties à un contrat s'entendent pour désigner une juridiction judiciaire chargée de résoudre leurs litiges à naître. C'est ainsi que, lorsque le contrat est international, la règle de l'autonomie de la clause compromissoire conduit à tenir pour valable une telle clause. Par ailleurs, lorsque le contrat n'a pas prévu de clause compromissoire, mais que les parties souhaitent, après la survenance d'un litige, soumettre leur dispute à l'arbitrage, elles signeront alors un compromis qui remplacera la clause attributive de compétence initialement insérée dans le contrat. Si le compromis suppose un contrat, donc un concours de volontés, son objet

²⁶⁵ DAVID (R.), *Arbitrage et droit comparé*, op. cit. p. 16.

²⁶⁶ ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.), OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant 2002, n° 390, p. 163 ; LOHOUES-OBLE (J.), *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, RIDC 1999, p. 543 et s.

²⁶⁷ RUBBENS (A.), *Le droit judiciaire congolais*, tome 2, PUC, 1973, p. 243.

est de désigner un juge en délimitant son pouvoir juridictionnel et sa saisine, non plus par l'affrontement de l'assignation et des conclusions, mais suivant un accord quant à l'objet du litige.²⁶⁸

177. La comparaison de l'arbitrage avec la transaction ne vaut que tant que l'objet du compromis porte sur des droits privés, sur lesquels on peut transiger, et que la capacité requise pour compromettre est celle permettant de transiger²⁶⁹. En saisissant le tribunal arbitral, les parties écartent conventionnellement la compétence du tribunal judiciaire. Une ancienne jurisprudence congolaise reconnaît la validité de l'arbitrage en matière de litiges individuels du travail²⁷⁰.

178. Nous pensons qu'il est difficile, et même impossible, de voir une telle décision en R. D. Congo, tout au moins tant que la refonde dudit appareil n'a pas vu le jour, simplement parce qu'il y a dans ce pays, un effondrement de l'appareil judiciaire, y compris d'instance arbitrale, depuis plusieurs décennies. De plus, l'arbitrage suppose, avant tout, la confiance en la tierce personne, « l'arbitre », qui régit le processus. Or, l'arbitre est une personne physique, neutre et impartiale, qui doit non seulement avoir des compétences en matière sociale, mais aussi faire preuve d'indépendance et de moralité irréprochable. À défaut de la ratification du projet *de l'Acte uniforme* relatif au droit du travail, l'arbitrage doit laisser place à la transaction qui offre plus de garanties aux parties tant qu'elle est contrôlée par les avocats-conseils des parties au litige individuel du travail.

179. Par conséquent, la question que l'on pourrait se poser est celle de savoir si l'arbitrage peut remplacer le tribunal du travail. Il convient de répondre avec prudence afin de ne pas tomber dans un vieux débat qui consisterait à se demander qui du juge ou de l'arbitre est le meilleur ? D'emblée, nous pensons que chacune de ces deux institutions a son importance, tant que leurs compétences ne s'opposent pas. Tout d'abord, l'arbitrage est un mode alternatif, conventionnel et concurrentiel de règlement de litiges voulu par les parties. Du fait de sa nature juridique, certains auteurs voient en l'arbitrage « un contrat de transaction suivi d'un mandat donné conjointement par les contractants de la transaction à un arbitre chargé de

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ *Idem.*

²⁷⁰ C.A. Elisabethville, 15 janvier 1957, *Revue Juridique du Congo belge*, 1957, p. 5.

compléter la transaction en déterminant les obligations des parties »²⁷¹. Néanmoins, cette thèse, que nous ne partageons pas, a le mérite de confirmer le statut privé de l'arbitrage.

180. À nos yeux, l'exclusion du juge n'est que relative, dans la mesure où le juge étatique²⁷² dispose des prérogatives qui rendent son intervention réelle dans les nombreux cas où un arbitre est désigné. D'une part, il intervient sur la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral, d'autre part, la jurisprudence admet que le juge maintient, en dépit de la convention d'arbitrage, toute compétence pour ordonner des mesures provisoires sur le fondement de droit commun. Le juge demeure également compétent pour connaître la validité d'une convention d'arbitrage. Dans un arrêt, la Haute juridiction a considéré que l'ordonnance par laquelle le juge d'appui désigne un arbitre n'était pas susceptible de recours, sauf en cas d'excès de pouvoir²⁷³. La présente analyse démontre que tout litige peut être soumis à l'arbitrage, à l'exception des questions d'ordre public, à la capacité ou au droit des personnes. L'exclusion « relative » du juge s'explique par le fait que, dans le processus d'arbitrage, l'arbitre joue un rôle semblable à celui du juge, et qu'il doit notamment respecter les règles de preuve ordinaires.

181. Ce n'est que dans les rares cas que les parties pourront lui accorder le rôle d'amiable compositeur ; dans ce cas, alors il ne sera pas tenu de respecter les règles de droit et sa sentence sera plutôt fondée sur l'équité. De plus, cette sentence, revêtue de l'autorité de la chose jugée, est susceptible de recours tel que l'appel, pour autant qu'il ait été prévu et qu'il n'ait pas été explicitement annoncée dans la convention d'arbitrage. L'appel est possible dans le délai identique en procédure civile (un mois) à compter de la notification.

182. La sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'un recours en annulation que si elle ne peut plus être attaquée devant l'arbitre²⁷⁴, c'est-à-dire, lorsqu'elle ne peut plus ni être rectifiée, ni interprétée. De même, une demande en révision est possible dans des cas très limités, le juge étatique devant alors réexaminer la sentence en raison de nouveaux éléments. En revanche, il faut rappeler que la sentence arbitrale en elle-même ne peut faire l'objet d'un pourvoi en

²⁷¹ BERNARD (A.), *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Paris-Bruxelles, 1937, p. 275 ; RUBELLIN (J.), DEVICHI (I.) *L'arbitrage*, Paris, 1965, p. 24 in RUBBENS (A.), *Le droit judiciaire congolais*, tome 2, 1973, PUC, p. 235.

²⁷² Le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en droit français constitue une illustration de *l'imperium* du juge étatique dans l'arbitrage, notamment avec l'institution du « juge d'appui ».

²⁷³ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 19 décembre 2012, n° 11-1° 535, inédit.

²⁷⁴ CAPRASSE, HANOTIAU (B.), L'annulation des sentences arbitrales, *Journal des Tribunaux*, éd. Larcier 2004, p. 418.

cassation. Toutefois, il est possible d'en former un à l'encontre d'un arrêt rendu par la cour d'appel au sujet d'une sentence arbitrale. Le recours à l'arbitrage ne cesse de se développer du fait des avantages qu'il offre : la spécialisation de l'arbitre, la confidentialité, la rapidité. Il n'en demeure pas moins qu'à la différence de *l'ACAS* britannique, dans le système romano-germanique l'arbitrage est réputé être plus coûteux qu'une procédure devant le tribunal du travail. Enfin, la sentence arbitrale ne fait pas jurisprudence. Cela revient à dire que dans les litiges individuels du travail, la partie qui souhaiterait faire décider d'un cas type ferait mieux de se tourner vers le juge judiciaire.

Conclusion du Chapitre 1

183. Si l'accès à la justice étatique est reconnu comme un droit fondamental, ces dernières années, divers outils de résolution des litiges individuels se sont développés pour pallier les conséquences de l'engorgement des juridictions du travail et les limites des dispositions existantes. Nous pensons que les alternatives au recours du juge étatique constituent un ensemble de moyens, dont le fondement figure à la fois dans le Code d'organisation judiciaire ainsi que dans les Codes du travail de la plupart des pays d'Afrique francophone concernés par notre étude.

184. Le recours aux modes alternatifs de règlement de litiges est intégré dans les moyens d'accès à la justice. Nous avons en effet démontré que leur origine était lointaine : d'abord biblique, elle s'est affirmée dans l'ancien droit romain, a transité dans le système juridique traditionnel africain avant d'intégrer le système étatique. Ailleurs, ces mécanismes ont su s'imposer dans l'ordre juridique moderne, à l'instar du Cameroun, où ils connaissent des litiges individuels et leurs décisions ont force exécutoire. La gratuité lors de la procédure de conciliation préalable et obligatoire, doit être maintenue dans le système actuel.

185. Néanmoins, tout comme les différents stratagèmes de l'État, la pratique actuelle de la conciliation connaît des limites. Ainsi, il faudrait, à notre avis, procéder à sa refonte, voire à une adaptation du modèle de la *Common Law* britannique, notamment l'usage de *Letter Before Action*, dont l'efficacité est réelle. Ce mécanisme a un double avantage : ce que d'une part, il « déjudiciarise » les litiges individuels du travail en responsabilisant davantage les justiciables pour résoudre eux-mêmes leurs différends, d'autre part, il contribue au désengorgement des tribunaux du travail qui connaissent d'autres problèmes, allant des moyens matériels au manque de magistrats professionnels spécialisés en droit du travail.

186. Afin d'expliquer l'approche pratique des alternatives du recours au juge, nous avons évoqué la notion de transaction. En effet, cette technique, bien qu'ancienne, a longtemps divisé la doctrine, avant de convaincre le législateur qui ne l'a que rarement modifié, notamment avec l'article 2044 du Code civil L'étude de la transaction a révélé que son objet reposait sur le règlement pacifique du litige au moyen de concessions réciproques : et qu'à certains égards, elle se confondait avec le compromis. De même, les autres techniques telles

que la conciliation, la médiation et l'arbitrage reposent sur le consentement des parties au litige.

187. De manière sous-jacente, nous avons expliqué qu'en réalité, les alternatives du recours au juge n'y consacraient qu'une exclusion relative. L'intervention du juge reste nécessaire, soit avant la finalisation de la procédure du mode alternatif de règlement retenu par l'office des parties, soit après sa signature, notamment avec l'homologation de son accord. Cette intervention du juge étatique reste réelle, d'autant plus que celui-ci peut, le cas échéant, user de son pouvoir d'interprétation et de qualification de l'accord.

Chapitre 2 – Le choix du recours au juge

188. Lorsqu'est établie une relation professionnelle, soutenue par un contrat de travail au sein d'une entreprise, les deux parties (employeur et salarié) prennent en amont le soin d'insérer des clauses de règlement de litiges susceptibles de surgir pendant toute la durée de ladite relation. Le recours au juge en constitue une, à défaut d'une issue hors juridiction étatique. Le juge saisi aura ainsi pour mission de trancher le litige : tel est le sens de son office traditionnel. Ce dernier ne se confond ni avec sa légitimité, ni avec son rôle dans le procès, ni non plus avec son périmètre d'action (même s'il en découle) ou avec l'acte de juger, ni, enfin, avec les différentes fonctions spécialisées qui se sont multipliées ces dernières décennies²⁷⁵. Il est, en outre le foyer du sens de la fonction de juger²⁷⁶. Toutefois, bien que dépositaire de *l'imperium* de l'État, le juge n'a pas exclusivement pour vocation d'exercer la fonction juridictionnelle, dans la mesure où d'autres autorités étatiques, dans des circonstances bien définies par le législateur, sont dotées de la prérogative d'exercer une telle fonction. S'agissant du sens de la question des fonctions juridictionnelles, force est de constater qu'il ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine²⁷⁷, celle-ci considérant qu'il se confond avec l'acte juridictionnel²⁷⁸. En réalité, tout est question d'époque²⁷⁹ et d'écoles de pensée²⁸⁰ auxquelles appartiennent les auteurs.

189. La question du recours au juge est liée à celle de l'organisation judiciaire afin que soit maintenu le principe d'égalité devant la justice, notamment dans la distribution des affaires au sein de la juridiction du travail. Ainsi fallait-il que soit prévu un mécanisme reconnaissant au président du tribunal de travail le pouvoir discrétionnaire de désigner en fonction des critères objectifs, la composition, afin d'éviter que les parties au litige ne choisissent leur juge, et

²⁷⁵ GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.), BERNABÉ (B.), *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de l'IHEJ, mai 2013, p.15 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2013, p. 693.

²⁷⁶ *Idem*.

²⁷⁷ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Thémis Droit Puf, 2^e éd. 2013, p. 410, n° 102 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 693.

²⁷⁸ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 10^e éd., 2017, n° 75, p.86.

²⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd. CNRS, 1985, n° 266, p. 130. Cette doctrine, insiste sur les caractères formels de l'acte juridictionnel, selon lequel, d'une part, ce dernier se caractérise par un critère organique, en ce qu'il doit émaner d'une juridiction, et d'autre part, l'acte doit respecter des règles procédurales particulières.

²⁸⁰ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *op. cit.*, p. 693. Cependant, ces éminents auteurs proposent la combinaison de plusieurs critères tant matériels que formels.

inversement. Nous verrons que, de manière générale, dans les pays concernés par la présente étude, la détermination du juge compétent est assurée de manière à garantir aux parties un procès équitable (**Section 1**), ce qui laisse à la partie la plus diligente, la possibilité de saisir le tribunal tout en respectant l'engagement de l'action devant le juge (**Section 2**).

Section 1. La détermination du juge compétent

190. Cette détermination s'explique par la variété des litiges auxquels peuvent être confrontés les salariés et les entreprises du secteur privé. En effet, lorsqu'une loi crée des tribunaux du travail, elle se donne le soin de déterminer leur compétence pour les litiges en la matière. Il s'agit d'une compétence propre, liée, en principe, à la nature des différends que ces tribunaux sont chargés de résoudre. Les tribunaux du travail sont compétents pour les litiges individuels relatifs au contrat de travail entre le salarié et son employeur (ceux liés à l'exécution du contrat, par exemple, le paiement des salaires ; ceux en rapport avec la cessation du contrat de travail, notamment les indemnités de préavis, les dommages-intérêts pour rupture sans cause réelle et sérieuse, le certificat de fin de travail).

191. La loi précise que les tribunaux du travail sont également compétents en matière de conventions collectives (les conditions du travail, par exemple, la durée du travail, le repos hebdomadaire et les jours fériés, le travail des femmes et des enfants, logement, les congés payés, les voyages et transports), de législation et de réglementation du travail et de prévoyance sociale (généralement, les violations en matière de travail qui peuvent être l'œuvre soit de l'employeur, soit du salarié), ainsi qu'en matière d'apprentissage (la loi assimile les apprentis aux salariés et leur reconnaît le bénéfice de toutes ses dispositions non contraires à celles figurant sur le contrat d'apprentissage).

192. La compétence des tribunaux du travail s'étend également aux litiges individuels dans lesquels sont impliqués les employeurs du secteur public. De même, ils sont compétents pour les litiges entre salariés et employeurs, ainsi que pour les litiges entre salariés, pour les contestations civiles résultant d'une infraction aux lois et arrêtés liés à la réglementation du travail et aux matières qui relèvent de la compétence du travail. Il convient par la suite de répartir les différents degrés de juridiction : le premier degré regroupe en son sein tous les tribunaux que l'on peut saisir lorsqu'on souhaite faire trancher un litige individuel du travail (selon le cas, il peut s'agir du tribunal du travail ou du tribunal de grande instance).

193. Ensuite, lorsqu'un jugement rendu par la juridiction de premier degré ne satisfait pas l'une des parties au procès, celle-ci a la possibilité de le contester devant une juridiction de second degré afin que l'affaire soit à nouveau jugée. La juridiction ainsi saisie va elle-même rendre une décision, généralement appelée « arrêt ». Enfin, cet arrêt peut également être contesté devant une juridiction suprême (Cour de cassation ou Cour suprême). Comme pour la précédente décision, il importe de rappeler que la Haute juridiction se distingue des autres juridictions en ce qu'elle ne juge pas le fond de l'affaire, mais elle s'attache uniquement à vérifier si les règles de droit ont été correctement appliquées par les juges du fond.

194. S'agissant des cours d'appel, elles sont compétentes pour juger à nouveau les affaires jugées en première instance par une juridiction inférieure du premier degré. Toutefois, il convient de rappeler que tous des jugements de première instance ne sont pas susceptibles d'appel. C'est notamment le cas des jugements dits « rendus en premier et dernier ressort » qui ne peuvent être contestés devant la cour d'appel. Il en va ainsi des jugements rendus par certains tribunaux du travail, en fonction de l'intérêt en jeu. Dans tous les cas, la loi précise si les jugements rendus par de tels tribunaux sont susceptibles d'appel ou non. En cas de silence des textes, l'appel peut bien évidemment être formé dans les mêmes conditions qu'en matière civile. Toutes les législations étudiées comportent des similitudes en ce qui concerne l'appel.

195. L'article 2 de la loi sénégalaise n° 84-19 du 2 février 1984 stipule que le tribunal du travail est une juridiction spécialement et exclusivement compétente pour régler des différends individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail. Quant à l'article L.229 de la loi du 1^{er} septembre 1997, il dispose que le tribunal du travail est compétent en matière de litiges individuels nés entre travailleurs et employeurs. Cette loi attribue à ce tribunal une large compétence, notamment lorsqu'une collectivité locale ou un établissement public est en cause, sans qu'il soit besoin d'observer les prescriptions en matière de procès contre ces personnes morales. Le tribunal du travail statue en premier et dernier ressort, sauf du chef de la compétence et lorsque le taux du litige ne dépasse pas dix fois le montant du salaire mensuel ou que la demande a pour objet la remise des pièces destinées à l'employeur.

196. La loi malienne n° 92-020 du 23 septembre 1992, en son article L.213, dispose que les jugements ne sont pas susceptibles d'appel lorsque le chiffre de la demande n'excède pas douze fois le montant du salaire minimum interprofessionnel garanti. Au-delà de ce montant,

les jugements sont susceptibles d'appel devant la Chambre sociale de la Cour d'appel. Il en est de même du code du travail de la Guinée, en son article L.523.14, qui prévoit la possibilité, pour toute partie, à interjeter appel du jugement rendu par la juridiction chargée du travail, devant la Cour d'appel. Le Code du travail camerounais ne s'écarte pas des demandes examinées.

197. On peut considérer que cet appel doit être formé dans les mêmes conditions qu'en matière civile. Cependant, des points de divergence existent dans la loi congolaise n°016/2002 du 16 octobre 2002 qui, en son article 20, dispose que les jugements rendus par les tribunaux du travail sont susceptibles d'opposition et d'appel, l'appel étant relevé devant la cour d'appel. L'idée de cette disposition nous semble-t-il est que le législateur n'a pas voulu exclure certains justiciables mécontents des jugements rendus au premier degré et qui seraient tentés de faire appel, indifféremment du montant en jeu. En pratique, nous savons qu'aucun salarié congolais ne prendrait le risque d'interjeter l'appel pour réclamer l'équivalent d'une modique somme de 1.000.000 de francs congolais. En principe, les tribunaux du travail sont compétents pour juger les litiges individuels du travail.

198. Toutefois, selon l'exposé de la loi portant leur création, ils peuvent également connaître des litiges collectifs du travail. Le litige individuel du travail étant avant tout l'affaire des parties, si celles-ci ne peuvent modifier le fait juridique à l'origine de la saisine du tribunal, elles ont néanmoins le droit de délimiter leur litige (§ 1), et dans la plupart des pays d'Afrique subsaharienne francophone, des disparités pratiques subsistent encore. Ainsi, il n'est pas rare de voir le juge de droit commun, tout comme le juge spécialisé, faire face à des litiges individuels du travail (§ 2).

§ 1. La délimitation des litiges concernés

199. De manière classique, il existe un principe selon lequel, les tribunaux du travail ne connaissent que des litiges individuels du travail. Toutefois, selon les pays, ce principe compte une exception, dans la mesure où certaines lois créant ces juridictions spéciales leur attribuent une large compétence qui s'étend également aux litiges collectifs du travail.

200. Nous rejoignons Florence BRUS dans sa thèse lorsqu'elle affirme que « *l'office des parties, en vertu du principe dispositif, est de délimiter le litige, plus exactement, de délimiter*

*un litige. En effet, le principe de l'unité du litige qui interdit aux parties de modifier le fait juridique initial ayant donné lieu à l'ouverture du procès, commande l'étendue des pouvoirs des parties quant au litige. Les parties ne peuvent pas présenter des demandes étrangères au litige initial. Il n'y a qu'un litige par procès »*²⁸¹. Cette auteure souligne que ce principe ne recouvre pas les hypothèses où les parties formulent des prétentions procédurales. La prétention procédurale est une question posée au juge qui a trait au déroulement de l'instance. Elle a donc pour objet la forme du règlement du litige et non le fond du litige qui constitue la matière litigieuse.²⁸² Ainsi, s'agissant des litiges individuels du travail, la partie la plus diligente qui saisit le tribunal doit s'assurer que sa demande porte essentiellement sur une relation de travail subordonnée (A). Une telle délimitation a l'avantage d'exclure des demandes portant sur les litiges collectifs du travail (B).

A. La nécessité d'une relation subordonnée

201. La relation de travail subordonnée n'a de sens que dans un contrat de travail. Tout contrat de travail, quel qu'il soit, se définit par l'existence de trois critères essentiels, à savoir, la prestation de travail, la rémunération et le lien de subordination, en l'absence de l'un de ces critères, le contrat de travail perd sa vraie qualification. Un lien de subordination doit être établi entre l'employeur et le salarié.

202. Il n'existe pas de définition légale du lien de subordination. Toutefois, la jurisprudence française a consacré une définition qui permet de qualifier le contrat de travail en le distinguant des autres types de contrat. En effet, dans l'arrêt *Société Générale* rendu le 13 novembre 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation française a considéré que « *le lien de subordination était caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que le travail au sein d'un service organisé pouvait constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du contrat* »²⁸³. En l'espèce, la *Société Générale*

²⁸¹ BRUS (Fl.), *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 87.

²⁸² *Ibidem*, p. 88.

²⁸³ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, inédit ; Cass. ass. plénière, 8 janvier 1993, n° 87-20036, inédit : « *L'exercice par une religieuse d'une activité d'infirmière et d'assistance sociale pour le compte et au bénéfice de sa congrégation, dans des centres médicaux sociaux dépendent de celle-ci, l'existence d'un contrat de travail entre l'intéressée et sa congrégation. Cette religieuse ne peut dès lors prétendre du chef de cette activité au*

fait grief à l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi d'avoir maintenu le redressement opéré au titre de la « gratification hold up ». La Haute juridiction examine la qualification du contrat reliant la *Société Générale* aux conférenciers, car la réintégration des honoraires à l'assiette de cotisation n'est possible que si ceux-ci représentent un salaire et, donc, s'ils s'inscrivent dans le cadre d'un contrat de travail. Dans cet arrêt, tout comme dans celui de 1999²⁸⁴, la Haute juridiction doit rechercher si les critères du contrat de travail sont réunis. La réponse à une telle démarche incite à se demander à quoi correspond la notion de lien de subordination.

203. Il importe de rappeler que le lien de subordination est apprécié par un faisceau d'indices : d'une part, il s'agit de prendre en compte les éléments traduisant une autorité et exerçant un certain contrôle de l'employeur sur le prestataire, par exemple, lorsque l'employeur donne des instructions pour le moins précises et de manière permanente. Ce lien a un caractère juridique, en ce sens que l'employeur est en mesure d'exercer son pouvoir disciplinaire à l'encontre du salarié en cas de non-respect des clauses contractuelles. Toutefois, une telle sanction doit être motivée, par exemple, en cas de retards répétés du salarié, d'absences injustifiées, etc.

204. D'autre part, ce sont les conditions matérielles d'exercice de l'activité qui viennent justifier l'existence d'un lien de subordination fixé par l'employeur, notamment sur les horaires ou le lieu de travail, etc. La notion de subordination est la clé de voûte du contrat de travail qui permet de le distinguer des autres contrats de droit privé, tels que le contrat de consultance, de collaboration ou d'un bénévolat.

205. Les litiges individuels du travail de certaines professions posent problème. Il s'agit de celles qui, à première vue, sont censées être indépendantes. Par exemple, la relation de subordination sera retenue pour un avocat qui a prêté serment d'être indépendant, mais qui, dans certaines circonstances, peut faire l'objet d'un contrat de travail. À cet égard, l'article 129 du décret du 27 novembre 1991 parle de « *l'impossibilité de développer une clientèle dans les conditions prévues pour l'avocat collaborateur* », Cette disposition permet ainsi de caractériser la relation de travail subordonnée à laquelle le collaborateur est assujéti. Il est à

bénéfice de la loi du 13 juillet 1962 qui n'accorde à certaines catégories de travailleurs la faculté d'opérer des versements de rachat au titre de l'assurance vieillesse que dans la mesure où leur affiliation a été rendue obligatoire par des dispositions intervenues postérieurement au 1^{er} juillet 1930 ».

²⁸⁴ Cass. Ch. mixte, 12 février 1999, n° 96-17468, inédit.

noter que les juges du fond ont souvent recours à cette notion pour requalifier un contrat de travail²⁸⁵.

206. Il en va de même pour les gérants de succursales : bien qu'ils soient gérants de leur société, lesquelles ont une personnalité juridique distincte, ils sont intégrés dans un plus grand groupe, dans la mesure où leurs sociétés tombent sous la coupe d'une société mère. Il existe dès lors entre les sociétés du groupe, un double lien juridique et économique. Ajoutons que le fait qu'un prestataire se trouve en situation de forte dépendance économique envers une entreprise peut venir se greffer à d'autres faisceaux d'indices, pour qualifier le lien de subordination. Ainsi, dans une espèce²⁸⁶, un ancien gérant d'une succursale, qui avait démissionné de son mandat, a pu saisir la juridiction du travail aux fins d'obtenir la qualité de cadre, ainsi que le paiement de diverses sommes. La Haute juridiction a rejeté le pourvoi en considérant que c'était à bon droit que les juges du fond n'avaient pas retenu l'existence d'un lien de subordination.

207. En effet, le contrat de gérant-mandataire d'une succursale se distingue du contrat de travail par la liberté accordée aux parties de fixer les caractéristiques de son exécution, alors que le Code du travail a, par nature, vocation à protéger les salariés. La subordination ne découle pas nécessairement du contenu du contrat, sauf stipulation claire d'un lien de subordination entre les deux parties, auquel cas on parlerait de contrat de travail. Cependant, en l'absence de contrat dans une relation, en présence d'indices, la requalification est possible. Depuis l'arrêt *Société Générale*, la tendance est plutôt de soumettre au droit du travail un nombre considérable de salariés afin de leur faire bénéficier des droits sociaux.

208. La Chambre sociale de la Haute juridiction semble avoir adopté une définition commune du salarié, procurant des avantages à la fois au droit du travail et au droit de la sécurité

²⁸⁵ Cass. Ch. mixte, 12 février 1999, n° 96-17468, inédit : « *La SCP Coulombie-Gras fait grief à l'arrêt de renvoi, d'avoir dit que le contrat de collaboration était un contrat de travail ce, en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors que le contrat de collaboration entre avocats se caractérise par la possibilité qu'il offre au collaborateur d'avoir une clientèle personnelle, possibilité qui n'existe pas pour l'avocat salarié, tandis que ni l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 modifié ni l'article 123 du décret du 27 novembre 1991 qui régissent la situation de l'avocat collaborateur n'excluent la collaboration à plein temps dès lors que la convention prévoit les conditions dans lesquelles l'avocat collaborateur peut satisfaire aux besoins de sa clientèle personnelle* ».

²⁸⁶ Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-70156, inédit : *M. X c/ Sté Chanteur France* : La Haute juridiction considère que « *La Cour d'appel qui relève qu'un mandataire gérant ne conteste pas qu'il a toujours aménagé ses propres horaires de travail sans contrôle, organisé lui-même ses conditions de travail au sein du magasin et déclaré sous son nom et sous son immatriculation auprès de l'Urssaf le personnel placé sous ses ordres, en déduit exactement qu'il ne peut être assimilé à un cadre salarié en l'absence d'un lien de subordination juridique et qu'il n'y a pas lieu, pour la société qui l'a engagé, de mettre en œuvre automatiquement le régime complémentaire de retraite prévu pour les cadres auquel les mandataires-gérants peuvent choisir de cotiser* ».

sociale. Toutefois, l'on peut relever que les seuls points de similitude entre un contrat de travail et un contrat de consultance sont la fourniture d'un service par le consultant (prestataire) et sa rémunération par le client. Si, dans le contrat de travail, la relation de subordination est une exigence, elle ne doit nullement figurer dans un contrat de consultance, dans la mesure où le consultant est tenu de garder son indépendance de professionnel, et il ne doit nullement se soumettre aux ordres du client. Le non-respect de l'absence de subordination entraînerait *ipso facto* la requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée (CDI).

209. D'une part il n'est pas rare de voir un ancien consultant soit par ignorance, soit de manière délibérée, solliciter au tribunal du travail la requalification de son contrat en contrat de travail. Dans ce cas, l'on parle de rupture de la relation de travail, voire de licenciement sans cause réelle et sérieuse, bien qu'elle soit à l'initiative de la personne du client. D'autre part, la requalification en contrat de travail entraîne des conséquences, notamment en termes de droits sociaux, à savoir, l'application du régime juridique du contrat de travail au profit du salarié (indemnités de rupture, etc.) ou l'affiliation automatique du salarié au régime général de la sécurité sociale.

Avec le développement à l'international des activités économiques, lesquelles ont des conséquences en termes de protection d'emplois, la notion classique de relations de travail subordonnée connaît un élargissement qui appelle à une nouvelle interprétation.

210. Le co-emploi, un renfort à la subordination. Il s'agit d'un concept d'origine jurisprudentielle, utilisé par la Chambre sociale de la Haute juridiction, qui s'est développé ces dernières années, en raison des nombreux licenciements pour motifs économiques décidés par les sociétés appartenant à un groupe international. En effet, c'est l'*arrêt Ascopomp* rendu en 2007 qui a donné naissance au concept de *co-emploi*. Il s'agit de la possibilité, pour un salarié, d'agir contre deux ou plusieurs employeurs, alors qu'il n'a signé qu'un seul contrat de travail. Ce système est destiné à imputer les obligations de l'employeur à une personne autre que celle qui a signé le contrat initial : le but recherché est de faire supporter au décideur réel les conséquences pécuniaires de ses actes, notamment en mettant à sa charge tout ou partie des condamnations dont il fait l'objet. Les juges du fond ont la possibilité de relever une hypothèse de co-emploi toutes les fois qu'ils constatent qu'un salarié est subordonné à son employeur direct, mais également à une autre entité.

211. Pour la doctrine, ce qui importe, c'est la forme du pouvoir de subordination ou de la triple confusion d'intérêt, d'activité ou de direction. C'est notamment dans les groupes de sociétés qui se créent les liens sociétaux de l'employeur²⁸⁷. Ainsi, lorsqu'une société filiale est défaillante et qu'elle décide de procéder à un licenciement collectif pour un motif économique, la société mère peut être en situation de co-emploi, dès lors que les critères du contrat de travail des salariés affichent un lien de subordination avec cette dernière. En pareil cas, la maison mère, qui est co-employeur, est également le co-débiteur de sa filiale (employeur direct). Il va sans dire que le salarié qui conteste son licenciement aura, face à lui, non pas un seul débiteur, mais deux. De plus, malgré la dualité des employeurs, le contrat de travail reste unique.

212. En l'espèce, *Aspocomp Group OYJ* a racheté au groupe *Philips*, sa filiale *Philips de circuits imprimés* qui employait cinq cent cinquante personnes en France, devenue la société *Aspocomp*, filiale à 99 % du groupe *Aspocomp* dont la société de droit finlandais *Aspocomp Group OYJ* était la holding. La société mère a décidé, de ne plus financer sa filiale *Aspocomp*. Ce qui a entraîné le dépôt de bilan de celle-ci, sa mise en redressement judiciaire puis sa liquidation judiciaire et le licenciement de tout le personnel restant. Dans cette affaire, l'une des salariés a saisi la justice et sollicité la condamnation solidaire des sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp Group OYJ* au paiement de diverses sommes en raison de la rupture du contrat de travail et du non-respect du plan social. Dans cette affaire, les juges du fond considèrent que sur la base d'un règlement européen²⁸⁸, que l'employeur ayant son domicile dans le territoire d'un État membre, en l'occurrence la France, pouvait être poursuivi en France, notamment devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplissait habituellement son travail.

213. Les juges ont en outre constaté que les salariés concernés avaient accompli leur travail sous la direction et au profit des deux sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp Group OYJ*, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondus. Cependant, la preuve d'un co-emploi ne peut être que difficilement rapporter l'existence d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, car les salariés, dans cette histoire sont des tiers. En revanche, ces derniers peuvent démontrer l'existence d'un lien de subordination. La qualification d'un co-emploi entraîne un objectif collectif, en ce sens qu'il suffit que les juges du fond reconnaissent son existence à l'égard d'un salarié, pour que tous les employés de la société filiale en bénéficient.

²⁸⁷ PORTA (J.), « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation, à propos de l'affaire *Comilog* », *Dr. ouvr.*, 2016, n° 813, p. 2.

²⁸⁸ Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

214. C'est le sens de l'arrêt *Molex* à travers lequel la Chambre sociale a posé un attendu de principe : en l'absence d'un lien de subordination, « *une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés qui appartiennent à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière* »²⁸⁹. Il est à noter que les cours d'appel font une analyse davantage restrictive en caractérisant les situations de co-emploi, lequel est fréquent dans les litiges contractuels transfrontaliers. Le co-emploi constitue une exception au principe posé par l'arrêt *Société générale*, dans la mesure où la Haute juridiction a plutôt tendance à ne l'admettre que dans des situations exceptionnelles, considérant qu'il n'est pas toujours nécessaire de prouver qu'une société mère exerce un pouvoir sur sa filiale.

215. À titre illustratif, l'arrêt *3 suisses*²⁹⁰, la Chambre sociale a approuvé la décision de la Cour d'appel de Douai, ayant reconnu la qualité de co-employeur des deux sociétés en cause, à partir d'une *conjonction d'indices* tels que : « *la centralisation et le transfert au sein de la société mère des équipes informatiques, comptables et ressources humaine; la perte d'autonomie décisionnelle de la filiale en matière de formation, de mobilité et de recrutement ; la prise en charge de tous les problèmes de nature contractuelle, administrative et financière rencontrés par la filiale ; le fait que le contrôle du service comptable clients de la maison mère s'exerçait jusqu'aux feuilles de caisse mensuelle que les responsables des boutiques de la filiale française devaient lui transmettre régulièrement* ».

216. L'arrêt *3 suisses* confirme qu'afin d'identifier une immixtion dans la gestion économique et sociale, il convient de caractériser un dessaisissement des attributions des pouvoirs économiques et sociaux au bénéfice de la société mère. Toutefois, du fait de la mondialisation des économies et de ses conséquences dans les pays d'Afrique francophone, il existe une tentative de voir certains salariés confrontés à la situation de déni de justice dans leur pays qui fondent leurs actions sur la base de la compétence internationale²⁹¹, notamment en s'appuyant

²⁸⁹ Cass. soc., 2 juillet 2014, *Molex*, n° 13-15.208, inédit.

²⁹⁰ Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-15481, inédit.

²⁹¹ Cass. soc., 28 janvier 2015, *Comilog*, n° 13-22-994, inédit.

sur le domicile du défendeur, du moins à l'égard de ces filiales, peu importe que la qualité de co-employeur ne soit pas préalablement établie à leur égard²⁹².

B. L'exclusion des conflits collectifs

217. Il est établi que la compétence matérielle des tribunaux du travail concerne les contestations d'ordre individuel nées à l'occasion des conventions collectives du travail, par opposition à celles d'ordre collectif. En effet, le législateur voulait éviter que les parties portent devant les tribunaux du travail la résolution des conflits collectifs lié au travail parce que les partenaires sociaux considèrent que ces conflits relèvent d'instances collectives de négociation, de conciliation et d'arbitrage, et nullement des juridictions classiques.

218. Par définition, un conflit collectif du travail constitue un désaccord de grande envergure, entre un ou plusieurs employeurs et un groupe de salariés qui, en l'absence de concessions réciproques, entraîne la dégradation des relations de travail au sein de l'entreprise. Dans la plupart des cas, on constate que les conflits collectifs sont l'initiative de groupements qui peuvent être structurés ou non, mettant en jeu les intérêts collectifs des salariés. Selon le cas, d'une part, il peut s'agir de la défense des conditions de travail, à savoir ; la révision des salaires, la durée du travail, repos hebdomadaire et les jours fériés et les horaires de travail, d'une part, ils peuvent porter sur les relations de travail, comme par exemple, la liberté syndicale. Ces conflits collectifs du travail se traduisent par la grève et le lock out, c'est-à-dire, l'occupation des locaux de la part du personnel en vue de susciter une riposte de l'employeur. Il n'existe pas de définition légale de la grève. Toutefois, la doctrine²⁹³ la définit comme une « *interruption concertée et collective du travail par des salariés afin d'assurer le succès de leurs revendications* ».

219. La légalité de la grève est soumise à quatre conditions : une décision prise en concertation par les salariés elle ne requiert pas l'unanimité, seule une d'entre eux peut décider de mener la grève ; appuyer une revendication professionnelle, ce qui exclut naturellement les revendications à caractère politique et les grèves de solidarité ; un arrêt de

²⁹² PORTA (J.), « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation, à propos de *l'affaire Comilog* », *op. cit.*, p. 3.

²⁹³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 499.

travail, c'est-à-dire un arrêt total, quelle que soit sa durée ; un arrêt collectif du travail. La grève produit des effets tant à l'égard des salariés grévistes qu'à celui de l'employeur.

220. S'agissant des salariés grévistes, le contrat de travail est suspendu, et non rompu, c'est-à-dire que, pendant toute la durée de la grève, l'employeur ne verse pas le salaire puisque le travail n'est pas fourni. Les salariés grévistes sont pénalement (délit constaté en cas de coups et blessures, etc.), civilement (responsabilité en cas de détérioration de matériel des non-salariés et des non-grévistes, etc.) et déontologiquement (en cas de divulgation d'informations sensibles, etc.) responsables de leurs actes. Cependant, durant la grève, l'employeur peut user de son pouvoir de licenciement pour faute lourde²⁹⁴, en cas de dégradation matérielle, pour autant que cette entrave soit effective²⁹⁵.

221. Selon la jurisprudence sénégalaise²⁹⁶, la faute lourde est celle intentionnellement dolosive ou inexcusable par sa maladresse et ses conséquences. Dès lors, la chambre sociale de la Cour suprême sénégalaise²⁹⁷ a considéré que c'était à bon droit que les juges du fond²⁹⁸

²⁹⁴ Cass. soc., 3 mai 2016, n° 869 FS, inédit. En l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute lourde, caractérisée par le refus d'exécution d'une décision judiciaire ordonnant l'expulsion de grévistes entravant le libre accès à l'entreprise en protestation contre la fermeture d'un site. Le salarié avait été nommément mis en cause par plusieurs constats d'huissier comme ayant personnellement poursuivi des actions de blocage. Les juges du fond avaient jugé le licenciement fondé sur une faute lourde. La Haute juridiction a considéré que les juges du fond avaient procédé à une appréciation exacte.

²⁹⁵ Cass. soc., 7 juillet 1983, n° 81-40.191, *Bull. V.* n° 423 : en l'absence d'une définition législative de la faute lourde, la jurisprudence a tracé les contours de la notion. La Chambre sociale a estimé que : l'exercice du droit de grève ne devant pas empêcher les salariés non-grévistes de travailler, ni entraver le libre accès à l'entreprise, le comportement personnel d'un gréviste constitutif d'une telle entrave est caractérisé de faute lourde ; Cass. soc., 30 juin 1993, n° 91-44.824, inédit : le barrage des accès à une usine, empêchant tout véhicule d'y entrer ou d'en sortir ; Cass. soc., 17 décembre 2002, n° 00-42.115, inédit ; Cass. soc., 5 décembre 1989, n° 86-44.301, inédit : constitue également une faute lourde le blocage des accès au parking d'une clinique ou d'un hôtel (Cass. soc., 15 avril 2001, n° 00-42.200, inédit). Cette grève avait empêché les salariés non-grévistes, les fournisseurs les clients d'y accéder

²⁹⁶ Trib. Du Travail Dakar, 16 avril 1963, *T.P.O.M.* n° 132 1963, p. 2930.

²⁹⁷ Cour suprême Sénégal, 7 du 11 février 2015, *Matar Kebe c/Sté SET* ; arrêt n° 10 du 11 février 2015, *Nathalie Chauvin c/Lycée français Jean Mermoz*, *Bull. des arrêts* n° 9-10, décembre 2016, p. 168 et 173.

²⁹⁸ Les juridictions sociales sénégalaises retiennent la faute lourde dans quatre catégories, à savoir : a) les actes de désobéissance (le refus d'un salarié d'exécuter les ordres du Directeur Général sous prétexte que celui-ci n'a pas respecté la voie hiérarchique puisqu'il n'est pas passé par le Directeur technique pour donner l'ordre : Trib. du Travail Dakar, 18 mars 1982, *TPOM*, n° 571, p. 28 ; le travailleur qui s'absente irrégulièrement et pour une longue durée de son lieu de travail et qui refuse de reprendre son activité sur ordre de son supérieur sauf s'il apporte la preuve contraire : C.A. Dakar, 25 avril 1984, *TPOM*, n° 634, p. 440) ; b) les insultes et menaces au supérieur (lorsqu'elles sont proférées plusieurs fois et devant témoins : Trib. du Travail Dakar, 17 juin 1982, *TPOM* n° 619, p. 74 ; le travailleur qui continue à insulter et à manquer de respect à son employeur, et même ce, après plusieurs avertissements : CA Dakar, 24 mars 1983, *TPOM* n° 642, p. 76 ; l'insolence envers un supérieur hiérarchique : Trib. du Travail Dakar, 31 janvier 1967, *TPOM* n° 235 du 2 juin 1968, p. 5207 ; CA Dakar, 8 février 1967, *TPOM* n° 242 du 2 octobre 1968, p. 5360) ; c) les actes frauduleux (les détournements ou vols opérés par le travailleur au préjudice de l'employeur : Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1963, *PENANT* n° 703 et 704, p. 585 du 8 fév.1965 ; Trib. du Travail de Kaolack, 24 avril 1963, *TPOM* n° 126 du 16 septembre 1963, p. 2796 ; la pratique de la concussion : Trib. du travail Dakar, 8 juin 1963, *TPOM* n° 129 du 2 novembre 1963, p.

n'avaient pas à qualifier de faute lourde tout fait réunissant ces trois éléments avec l'intention de nuire. Les salariés non-grévistes²⁹⁹ qui restent à la disposition de l'employeur doivent percevoir leur salaire, quand bien même ils ne pourraient exercer leur travail.

222. Quant à l'employeur, il est tenu au respect du droit de grève de ses salariés. Aucune sanction ne peut être prononcée à l'encontre des grévistes, aucune embauche de nouveaux salariés n'est possible, qu'elle soit à durée déterminée ou non, pour remplacer les salariés grévistes à défaut, ce qui serait une atteinte au droit de grève. Il importe de rappeler que l'employeur ne saurait voir sa responsabilité engagée envers ses clients, par exemple, pour le retard de livraisons, etc. Il ne peut non plus, être tenu responsable du risque financier (baisse du chiffre d'affaires) de son entreprise. Il n'en demeure pas moins que le droit de grève ne constitue pas un droit absolu, en ce qu'il connaît des limites fixées par la loi, de manière générale³⁰⁰.

223. Les conflits collectifs se traduisent également par le *lock-out*. Le Doyen Gérard CORNU définit ce terme comme une « *interruption de l'activité de l'entreprise ou d'une fraction de celle-ci sur décision de la direction, au cours d'un conflit du travail, soit pour prévenir une*

2867 ; le faux commis par le travailleur notamment la falsification des documents comptables en vue de dissimuler le manquant, que celui-ci résulte d'une erreur ou d'un détournement : Trib. du Travail Dakar, 30 mars 1963, *TPOM* n°126 du 16 septembre 1963, p. 2795 ; *CA Dakar*, 8 mars 1967, *TPOM* n°240 du 2 sept. 1968, p. 5311) ; -d) les écarts de conduite (les négligences graves dans le travail tel l'abandon de poste, le déficit de caisse, un manquant non expliqué : Trib. du Travail Dakar, 15 décembre 1966, *TPOM* n°217 du 2 septembre 1967, p. 4806 ; *CA Dakar*, 4 janvier 1974, *TPOM* n°397 du 16 juin 1973, p. 246 ; l'ébriété : Trib. du Travail Dakar, 23 mars 1964, *TPOM* n°153 du 16 novembre 1964, p. 3397 ; Trib. du Travail Dakar, 20 février 1967, *TPOM* n° 228 du 16 février 1968, p. 5051 ; - l'abandon de poste : Trib. du Travail Dakar, jugement n° 555/42 du 14 juin 2017).

²⁹⁹ Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-18.873, inédit : est encore constitutif d'une faute lourde, l'occupation d'un navire empêchant de prendre le large. Toutefois, la Haute juridiction considère que ne saurait constituer une faute lourde le *blocage symbolique* d'une entreprise qui ne constituerait aucun obstacle au travail des salariés non-grévistes : Cass. soc., 2 février 1992, n° 90-40.760, inédit ; Cass. soc., 9 mai 2012, n°10-26.497, inédit.

³⁰⁰ Cass. soc., 10 mai 2016, n° 14-26.700, inédit. En effet, la loi est de stricte application, notamment pour le droit de grève et la continuité du service public : « *en cas de grève, les salariés informent, au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève, le chef d'entreprise ou la personne désignée par lui de leur intention d'y participer ; la déclaration individuelle d'intention doit être portée à la connaissance de l'employeur au plus tard 48 heures avant que l'agent participe à la grève. Toutefois, les agents qui, pour des raisons avérées (congrès en cours au début du préavis et se terminant moins de 48 heures avant le début de la grève par exemple), n'ont pas été en capacité de transmettre leur déclaration en temps utile ne sont pas tenus au respect du délai de 48 heures. Ils doivent cependant établir dès que possible leur déclaration individuelle* ». En l'espèce, un agent, titulaire de mandats représentatifs, avait été sanctionné d'une mise à pied avec sursis pour avoir adressé tardivement sa déclaration individuelle d'intention. Les juges du fond l'ont débouté de sa demande au motif que, s'il était bien en congés 48 heures avant la grève, ceux-ci n'avaient débutés que postérieurement au dépôt du préavis de grève. Il semble que la jurisprudence de la Haute juridiction a établi une distinction entre le régime du préavis de grève et les prérogatives des salariés grévistes. Par conséquent, cet arrêt montre la position de la Chambre sociale pour qui, un agent peut rejoindre un mouvement de grève déjà engagé, dès lors qu'il en informe l'employeur au plus tard 48 heures à l'avance.

grève, soit pour y riposter »³⁰¹. Aucun texte ne prévoit le *lock-out*, sa légalité dans des cas précis est appréciée par la jurisprudence qui en fixe les règles. L'employeur doit justifier d'un cas de force majeure pour déclencher le *lock-out*. Les conflits collectifs du travail ont la particularité de présenter des dimensions qui, parfois, dépassent le cadre juridique quant à leur résolution, ce qui justifie nous semble-t-il, l'exclusion des procédures judiciaires, propres aux tribunaux du travail. En réalité, il ne s'agit que d'une exclusion relative, dans la mesure où, lorsque les salariés décident de se mettre en grève, leur contestation juridique entraîne la suspension de leur contrat de travail.

224. De même, ces derniers peuvent voir leur responsabilité retenue en cas de violence. Or, dans un État de droit, même en temps de grève, la loi doit être respectée, et à défaut, un recours a lieu auprès des juridictions de droit commun afin de tracer les contours du droit de grève, notamment la légalité d'une occupation d'entreprise³⁰². En fonction des critères du salarié, notamment géographiques, le litige individuel du travail peut être soumis à un juge qui n'est pas forcément spécialiste en la matière.

§ 2. Un juge de droit commun ou spécialisé

225. Les juridictions spécialisées, également appelées juridictions d'exception, désignent celles dont un texte spécial prévoit la répartition des compétences. Notons que contrairement aux juridictions de droit commun, les juridictions spécialisées ne peuvent juger que des litiges qui leur sont expressément attribués par un texte qui fixe les règles relatives à la composition de ce tribunal tout en précisant l'étendue des compétences qui lui sont conférées.

226. S'agissant des tribunaux du travail, ils sont aussi nommés juridictions paritaires en raison de leur composition, à savoir de représentants des salariés et des employeurs appelés « assesseurs », choisis parmi des personnes offrant toutes les garanties d'indépendance et possédant la capacité requise pour l'exercice de fonctions juridictionnelles. Il existe un principe clair selon lequel, le tribunal de travail est compétent pour connaître les contentieux

³⁰¹ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 624.

³⁰² Cass. soc., 30 avril 1987, n° 84-42.370, inédit ; Cass. soc., 31 mars 1998, n° 95-42.086, inédit ; Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-40.557, inédit : La Chambre sociale de la Haute juridiction admet systématiquement la caractérisation de la faute lourde résultant de l'entrave au libre accès de l'entreprise par les salariés non-grévistes lorsque cette entrave persiste en dépit d'une décision judiciaire exécutoire du juge des référés enjoignant aux salariés grévistes de cesser l'occupation des lieux.

liés aux litiges individuels, dès lors qu'ils sont issus d'un contrat de droit privé. C'est cette condition qui détermine la compétence matérielle d'une juridiction.

227. Toutefois, dans la plupart des pays d'Afrique francophone, ce principe connaît une exception, car, dans certaines circonstances, cette compétence revient à une juridiction de droit commun, c'est-à-dire, le tribunal de grande instance. C'est notamment les cas dans certains pays où la loi ne prévoit pas une instance distincte et permanente comme, par exemple, au Cameroun. Il en va de même dans les pays où la loi prévoit un tribunal du travail mais où l'installation de ces juridictions sur l'ensemble du territoire n'est pas encore effective, comme dans certaines provinces de la République démocratique du Congo **(A)**.

228. Pour ces deux pays, le tribunal de grande instance reste compétent en cas de litiges individuels du travail en raison de la nature du litige. Ainsi, il n'est pas rare d'observer des divergences de points de vue entre d'un côté, les réformistes qui déplorent des encombrements dans des tribunaux, de l'autre, de lourdeur de procédure. Certains auteurs, des magistrats pour la plupart, prétendent que les causes sont ailleurs, ce qui appelle à analyser les avantages et les inconvénients d'un tel choix **(B)**. Rappelons que les juridictions de droit commun ont une compétence générale de principe, contrairement aux juridictions spéciales qui ont une compétence définie par les textes.

A. La diversité des prévisions nationales

229. Une analyse comparative des législations du travail des pays d'Afrique subsaharienne nous montre que, durant l'époque coloniale, tous ne disposaient pas de tribunaux de travail, contrairement aux anciennes colonies britanniques africaines. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela, dont trois nous paraissent intéressantes : le caractère essentiellement agricole de l'économie, la faible importance du travail du salarié, et l'absence de mouvements syndicaux. Dans les territoires français, les problèmes de travail dépendaient du ministère de la France d'Outre-Mer. À la différence des autres fonctions de l'administration, le recrutement des inspecteurs du travail, tout comme le vote des lois sociales était différent.

230. Il en était de même dans l'ancienne colonie belge où les questions de travail relevaient de la compétence de l'inspection du travail³⁰³, laquelle dépendait du gouvernement général. Les premiers changements sont apparus après la Seconde Guerre mondiale, suite à l'apparition de problèmes techniques mais également du nombre de tâches confiées à ces services peu étoffés ainsi qu'à leur étendue. Ce contrôle a fait émerger l'idée de recourir à une administration spécialisée³⁰⁴ et autonome pour résoudre convenablement les questions liées au travail.

231. Toujours au Congo belge, en matière de conciliation et d'arbitrage, les textes législatifs³⁰⁵ marquaient la différence selon que les travailleurs étaient indigènes ou non-indigènes. Il a fallu attendre 1957 pour que cette législation soit remplacée par une ordonnance³⁰⁶ applicable à tous les salariés, à l'exception des agents de l'administration et de leurs auxiliaires. Toutefois, les dispositions de cette ordonnance se limitaient aux litiges collectifs.

232. S'agissant de la terminologie employée, Madame Charlotte BRAILLON rappelle que le terme d'« *indigène* » est un concept juridique omniprésent dans le droit du Congo belge, dans les mesures aussi bien législatives qu'exécutives adoptées par les directives administratives et la jurisprudence.³⁰⁷ Pendant les trois premières décennies de l'indépendance africaine, dans tous les pays d'Afrique subsaharienne, chaque juridiction de droit commun disposait d'une chambre sociale qui fonctionnait parfaitement. Certains pays se sont dotés de tribunaux du travail, inspirés du modèle des conseils de prud'homme français, à l'instar du Sénégal, avec la

³⁰³ Le décret du 16 mars 1950, *Bulletin officiel du Congo belge* « B.O. », 1950, p. 350, a institué l'inspection du travail au Congo belge.

³⁰⁴ Pour l'ex colonie belge, plusieurs textes étaient applicables : le décret du 27 juin 1944 a institué la Commission supérieure de conciliation, que le gouverneur général pouvait instaurer en cas de non conciliation, d'arbitrage et lors de la requête d'une des parties, à l'échelon provincial ; le décret du 20 décembre 1945 (*B.O.* 1945, p. 967) a institué une Commission coloniale des accidents du travail (il s'agissait d'un organisme consultatif chargé de donner des avis sur toutes questions qui lui étaient soumises par le gouverneur général et qui étaient relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles et aux invalidités dont étaient victimes des travailleurs non-indigènes), dépendant du Ministère des colonies (Arrêté ministériel du 3 janvier 1952, *B.O.* 1952, p. 1174).

Arrêté royal du 25 janvier 1952, modifié par un arrêté royal du 30 juin 1953 instituant une Commission de la main-d'œuvre et du travail indigènes relevant du Ministère des colonies.

³⁰⁵ Décret du 27 juin 1944 ; ordonnance n° 82 / AIMO / du 17 mars 1946 et ordonnance n° 100 /AIMO/ du 6 avril 1946, *Bulletin Administratif du Congo belge*, 1946, p.623 et s.

³⁰⁶ Ordonnance n° 22/65 du 15 mars 1957, *B.O.*, 1957, p. 531.

³⁰⁷ BRAILLON (Ch.), « Nouvelles perspectives sur le droit judiciaire du Congo belge et les acteurs de la justice coloniale : la procédure d'annulation des jugements indigènes », in *Droit et justice en Afrique coloniale*, PUSL 62 8, 2014, p. 146. Les tribunaux indigènes ont été établis par le décret du 15 avril 1926, *Bulletin officiel du Congo belge* 1926, p. 448.

loi n°84-19 du 2 février 1984 qui dispose en son article 2 : « *il est créé un tribunal du travail au chef-lieu de chaque région du Sénégal* ». Le tribunal du travail est une juridiction spécialisée composée d'un président et des juges. Il est spécialement et exclusivement compétent pour régler de différends individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail.

233. Les litiges individuels portés devant le tribunal du travail. L'organisation de cette juridiction : la formation de ce tribunal comprend : un président, un assesseur-travailleur titulaire et un assesseur-employeur titulaire, ainsi qu'un secrétaire qui fait office de greffier. Le président est un magistrat professionnel qui préside la juridiction et les audiences. Il assure l'administration du tribunal et la gestion des crédits de fonctionnement. En raison du volume des affaires, le président du tribunal du travail est assisté de plusieurs autres magistrats. Les assesseurs titulaires et les suppléants apportent à ces magistrats leurs expériences et particularités du monde du travail. Ils sont nommés par arrêté du ministre concerné et figurent sur les listes présentées par les organisations syndicales. Leur mandat est de deux ans renouvelables.

234. Sur le plan de la formation, le tribunal du travail est divisé en sections professionnelles présidées par des magistrats assistés par deux assesseurs. Le nombre de sections varie en fonction du volume de contentieux. Par exemple, le tribunal du travail hors classe de Dakar en compte treize. Ces sections ne sont pas des juridictions propres. Pour ce qui est de la compétence du tribunal du travail, elle est décrite par l'article L.229 de la loi du 1^{er} septembre 1997 qui dispose : « le tribunal du travail est compétent en matière de litiges individuels nés entre travailleurs et employeurs dans les cas suivants : contrat de travail ; contrat d'apprentissage convention collective, régime de sécurité sociale ». Cette loi précise que le tribunal du travail statue en premier et dernier ressorts, excepté du chef de la compétence et lorsque le taux du litige dépasse dix fois le montant du salaire mensuel ou que la demande a pour objet la remise de pièces à l'employeur.

235. Le Mali a procédé à l'institution de tribunaux du travail avec deux lois : la loi n° 88-39/AN-RM du 5 avril 1988 portant réorganisation judiciaire en République du Mali et la loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail. Les dispositions des articles L.190 à L.217 traitent de toutes les questions liées à l'organisation et à la compétence des tribunaux

du travail. L'organisation de ces juridictions au Mali, contient de nombreuses similitudes avec la loi sénégalaise.

236. Quant à la République démocratique du Congo, bien que la loi sur les tribunaux du travail soit récente, son organisation semble avoir des similitudes avec les lois sénégalaise et malienne, ce qui appelle à moins de commentaires et implique son examen avant la loi de la Guinée. En effet, la question concernant les tribunaux du travail figure à l'article 316 du Code du travail congolais issu de la loi n° 016-2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail. Rappelons qu'aux termes de l'article 1^{er} de ladite loi, est prévue la création d'un tribunal du travail dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

237. Il s'avère qu'avant le redécoupage des provinces ayant lieu 2015³⁰⁸, le pays comptait trente-sept tribunaux de grande instance. En d'autres termes, en application de la loi de 2002, il existe trente-sept tribunaux du travail mais uniquement en théorie. Or, force est de constater qu'à ce jour, faute de moyens de toute nature, l'on ne compte que deux tribunaux du travail, l'un à Kinshasa, et l'autre à Lubumbashi.

238. Concrètement, en dehors de ces deux villes citées, les tribunaux de grande instance continuent à connaître des litiges individuels liés au travail. La mise en place de ces tribunaux n'a débuté qu'en 2012, soit dix ans après la promulgation de la loi qui les avait créés, celle-ci n'étant pas encore effective sur l'ensemble du pays. Dans la mesure où le Congo est passé de onze à vingt-six provinces, il est fort à craindre que les tribunaux du travail, qui connaissaient déjà des difficultés au niveau de leur installation, risque de connaître un arrêt définitif à l'instar d'autres projets liés à l'appareil judiciaire congolais. En ce qui concerne la procédure devant le tribunal du travail, elle est similaire dans les trois pays : les dispositions du Code de procédure civile sont appliquées en matière de travail, sauf celles qui sont contraires aux lois

³⁰⁸ Jusqu'au mois de mars 2015, la République démocratique du Congo comptait onze provinces. Depuis cette date, le gouvernement a procédé à un redécoupage conformément aux exigences de la Constitution de 2006 pour doter le pays de vingt-six provinces. La principale conséquence est naturellement la multiplication des tribunaux de grande instance laquelle est à ce jour, plus théorique que réelle. De nombreux magistrats récemment affectés peinent à rejoindre leurs postes. Dans d'autres cas, on note une certaine désertion parce qu'il y a une absence totale de logistique qui manquait déjà sous l'ancien découpage.

instituant les codes du travail. C'est ainsi qui a été jugée irrecevable³⁰⁹ l'action du travailleur dirigée contre un établissement public non doté de la personne juridique.

239. Un autre point commun aux trois systèmes est que le tribunal du travail ne peut être saisi qu'après l'échec de la conciliation préalable ; il s'agit d'une condition de recevabilité de l'action. En outre, il existe une exigence pour les parties qui doivent attendre la signature du procès-verbal de non-conciliation signé par elles ainsi que par l'inspecteur du travail, avant toute saisine du tribunal concerné. Les juges du fond veillent à la régularité de l'action en justice. Un arrêt rendu par une Cour d'appel³¹⁰ est allé dans le sens, ayant considéré prématurée et irrecevable une action en justice au motif que le procès-verbal avait été signé deux jours après l'audience publique d'introduction. De même, le juge qui statue sur le fond d'un litige individuel du travail, non soumis à la procédure de conciliation préalable, doit relever d'office cette omission et déclarer l'action irrecevable³¹¹. Ainsi, dans pareille situation, la Cour suprême de justice n'hésite pas à casser sans renvoyer³¹².

240. L'organisation des tribunaux du travail en République de Guinée est régie par plusieurs textes législatifs : l'ordonnance n°003/PRG/SGG/88 du 28 janvier 1988 portant institution du Code du travail ; la loi L/95/21/CTRN du 6 juin 1995 portant réorganisation de la justice en République de Guinée ; la loi L/98/014/AN du mois de juin 1998 adoptant et promulguant la loi portant amendement de la loi L/95/21/CTRN du 6 juin 1995 ; le décret N/2001/031/PRG/SGG du 17 mai 2011 portant création de la Cour suprême, des juridictions ordinaires ou de droit commun et les juridictions d'exception et la loi L/2014/072/CNT du 10 janvier 2014.

241. Ces textes qui sont complémentaires prévoient l'existence d'un tribunal du travail uniquement pour la zone spéciale de la ville de Conakry. Cela sous-entend qu'en dehors de la capitale, les juridictions de droit commun restent compétentes pour connaître les litiges individuels du travail, à l'instar des tribunaux de première instance, et de justice de paix, dans les limites de leur ressort. Pour le reste, cette organisation n'est pas très différente de celle prévue au Sénégal, au Mali et en République Démocratique du Congo. L'on note deux points

³⁰⁹ RDC : *CA Mbuji mayi*, RTA 133/136 du 29 octobre 2004, *Hôpital général de référence Saint Camille de Kabinda c/ Ngeleka*, inédit, cité par MUKADI BONYI, in *Droit du travail*, p. 655.

³¹⁰ *C.A. Gombe du 20 février 2002, Bracongo c/ Kabamba*, inédit, cité par MUKADI BONYI in *Droit du travail* CDRS, p. 656.

³¹¹ *Idem*.

³¹² Cour suprême de justice (RDCongo), aff. sous *RC 259* du 23 janvier 1980, inédit.

de divergence par rapport aux législations des pays cités, notamment en ce qui concerne la saisine du tribunal du travail.

242. D'une part, il ressort de l'article 520.1 de l'actuel Code du travail de la Guinée, que « les différends individuels du travail sont soumis en vue de leur règlement à la juridiction du travail ». Les dispositions de cet article sont complétées par celles de l'article 523 qui énonce : « le travailleur ou l'employeur peut saisir directement la juridiction du travail en cas de litige (...) ». Une lecture de ces deux articles suppose qu'en cas de litiges individuels du travail, les parties ont la faculté de choisir l'instance qui leur convient le mieux pour la résolution de leur litige. Cela suppose également que la loi attribue à l'inspecteur du travail des pouvoirs accrus en cas de litiges individuels. Cette situation nous rappelle celle que connaissaient la plupart des pays Africains durant la période coloniale. Quelles sont les raisons de ce statu quo ? Sont-elles de nature budgétaire ? En l'absence de statistiques disponibles, il nous est difficile de connaître les points de vue des salariés et des employeurs sur l'« influence » de l'inspecteur du travail. D'autre part, la Guinée, contrairement aux autres pays, ne fait pas de la conciliation une exigence préalable avant la saisine du tribunal du travail.

243. À ce jour, le Cameroun est l'un des rares pays d'Afrique subsaharienne à ne pas avoir de tribunaux du travail permanents. Toutefois, en cas de litiges individuels du travail, la saisine du tribunal est classique, c'est-à-dire, similaire à celle applicable dans la plupart des pays précédemment étudiés. Afin de mieux comprendre l'actuel système judiciaire camerounais, il nous semble important de procéder avant à une analyse de son organisation judiciaire qui fournit des informations claires.

244. D'une part, le Cameroun est le seul pays d'Afrique subsaharienne à avoir opté pour une organisation judiciaire pluraliste, c'est-à-dire, dans laquelle cohabitent le bilinguisme judiciaire (*Common Law* et droit romano germanique), le droit écrit et le droit coutumier. D'autre part, la configuration actuelle date de 1996 où le pouvoir judiciaire a substantiellement été réformé, notamment avec les articles 37 à 42 de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996, modifiée par la loi n°2008/001/ du 4 avril 2008 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972.

245. En effet, l'article 37 al. 2 de la loi de 1996 précise que le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême, les cours d'appel et les tribunaux judiciaires. S'agissant des juridictions

implantées dans la partie anglophone, elles ont compétence générale pour tous les ressortissants. Leur répartition est prévue dans deux lois : la *Southern Cameroons' Magistrate's Court law* 1955 pour ce qui est de la *magistrate's Court* et la *Southern ' High Court law* 1955 pour la *High Court* et la *Court of appeal*. Comme dans les colonies britanniques d'Afrique, la pratique de ces juridictions englobe tout ce qui a trait à la *Common law*, à l'*Equity* et aux *Statutes*.

246. À ce jour, dans certains pays étudiés, il n'est pas rare de voir les litiges du travail portés devant les juridictions de droit commun. Par juridiction de droit commun, il faut entendre celle qui est dotée d'une compétence générale, à moins que la loi en ait décidé autrement, ainsi que d'une compétence particulière pour connaître des différentes catégories de litiges. Il en va de même pour le président du tribunal de grande instance qui dispose d'une compétence spécifique.

247. Au Cameroun, plusieurs lois et textes législatifs organisent les juridictions de droit commun et celles dites traditionnelles. Tel est le cas de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006, du décret n° 69/DF/544 du 19 décembre 1969 modifié par le décret n° 71/DF/607 du 3 décembre 1971 portant organisation des juridictions traditionnelles du Cameroun oriental, complété par la loi n° 79/4 du 29 juin 1979. Ces juridictions diffèrent selon qu'elles sont situées dans la partie francophone ou dans la partie anglophone. Dans les régions francophones, elles sont divisées en deux types, le tribunal de premier degré et le tribunal coutumier.

248. Le décret a fixé leur compétence matérielle, laquelle est relative aux actions en recouvrement des créances dans le ressort des collectivités traditionnelles, à l'état des personnes, à l'état civil, au mariage, au divorce, aux successions, ainsi qu'aux droits réels immobiliers. Ces juridictions telles qu'implantées dans la partie anglophone, sont nommées *Alkali Courts* et *Customary Courts*. Les premières *Alkali Courts* sont compétentes pour appliquer la coutume dans les litiges opposant les *natifs* musulmans. Jusqu'en 1979, le *district officer* et le *Senior district officer* étaient compétents pour connaître successivement le premier appel ou le second appel formé contre les décisions de l'*Alkali Courts*.

249. En effet, la réforme intervenue avec la loi n°79/4 du 29 juin 1979 a apporté une nouveauté importante, le rattachement des *Customary Courts* et des *Alkali Courts* au

ministère de la justice. Cette réforme illustre la volonté des pouvoirs publics d'élargir le champ de compétence des *High Courts*. Comme le note Monsieur Samuel TÉPI, « depuis cette loi, le régime des appels contre les jugements rendus en première instance par ces juridictions a été modifié. Les jugements rendus par les *Customary* et les *Alkalis* peuvent faire l'objet d'appel devant la Cour d'appel dans les mêmes formes et délais que les jugements civils rendus par les tribunaux de première instance »³¹³.

250. Quant aux *Customary Courts*, ce sont des tribunaux indigènes compétents pour appliquer la coutume dans les litiges opposant les « *natives* » non musulmans. Ils sont implantés sur l'étendue de la partie anglophone. Le Professeur Stanislas MELONÉ constate que « *le caractère ségrégationniste de ces juridictions est évident : tous les indigènes, c'est-à-dire la majorité de la population sont soumis aux coutumes et cette présomption n'est écartée que si l'une des parties rapporte la preuve devant la cour que son mode de vie ou son comportement au sujet de l'acte, objet du litige, entraîne l'application de la Common law* »³¹⁴. Dans la mesure où, ces juridictions ne connaissent pas de litiges individuels du travail, nous ne leur consacrerons pas d'importants commentaires, mais nous retenons leur compétence matérielle.

251. S'agissant de l'organisation judiciaire camerounaise, il semble que la cohabitation des droits applicables occupe une place non négligeable dans le choix des réformes à effectuer. Elle trouve un appui justifié, y compris chez les éminents auteurs, à l'instar du Professeur Stanislas MELONÉ qui considère que le pluralisme judiciaire est non seulement incontournable mais aussi inévitable³¹⁵. En effet, pour cette doctrine, la structure pluraliste judiciaire apparaît comme un cadre privilégié de différenciation statutaire des habitants d'un pays une technique de transition vers la modernisation du droit³¹⁶, n'étant ni nécessairement un handicap ni non plus la solution idéale pour bien appliquer le droit³¹⁷, tout dépend de la manière dont il fonctionne³¹⁸. Toutefois, le Professeur Stanislas MELONÉ admet que, la

³¹³ TÉPI (S.), L'ineffectivité de la représentation des coutumes devant les juridictions de droit traditionnel au Cameroun, p. 4 (article consulté en ligne sur www.afrique-gouvernance.net, le 12 octobre 2018).

³¹⁴ MELONÉ (S.), Les juridictions de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique : l'exemple du Cameroun, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n°2, 1986, p. 334.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 330.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 331.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 342.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 343.

consécration d'un système pluraliste en droit privé ne se fait pas de manière naturelle, et que le système du Code civil et celui des coutumes s'opposent fondamentalement³¹⁹.

252. Nous partageons l'avis de cet éminent auteur lorsque, à propos de la cohabitation de deux droits sur le plan continental, il affirme : « si le colonisateur a été amené à admettre la nécessité de maintenir les institutions traditionnelles de l'Afrique noire, c'est dans la mesure où elles ne gênaient pas sa politique et n'étaient pas incompatibles avec les valeurs morales de sa civilisation »³²⁰. Pour ce qui est des dispositions du droit du travail, on constate que le Cameroun, à l'instar des autres pays d'Afrique subsaharienne, dispose d'une panoplie de textes législatifs dont certains datent de la période coloniale. Il importe de rappeler que peu de temps avant son accession à l'indépendance, une réforme inspirée par les magistrats français encore en fonction avait abouti à deux textes essentiels³²¹, l'ordonnance n° 59-86 du 17 décembre 1959 et son décret d'application n° 59-246 du 18 décembre 1959 qui avaient pour particularité d'insister sur l'existence des juridictions de droit moderne.

253. L'intérêt de cette réforme, à notre avis, était déjà de créer des tribunaux du travail, au niveau de certaines localités³²². Toutefois, ces derniers connaîtraient une compétence territoriale restreinte³²³. Mais, comme le rappelle le Professeur Stanislas MALONÉ, cette ordonnance « ne prévoyait-elle pas qu'au cas où le gouvernement se trouverait dans l'impossibilité temporaire, soit d'installer toutes ou une partie seulement des juridictions nouvelles, soit d'appliquer certaines règles édictées par la présente ordonnance, « la date de mise en application pourrait être reportée par décret »³²⁴. Il est regrettable de constater que soixante ans plus tard, le Cameroun ne dispose pas des tribunaux du travail.

254. Les juridictions du droit commun connaissent encore des litiges relevant de la compétence matérielle de cette juridiction spéciale. Les partisans d'une organisation judiciaire moderne auraient dû incriminer l'article 62 de l'ordonnance n° 59-86 du 17 décembre 1959 laquelle, à notre sens constitue un prétexte « législatif » pour ne pas assurer la mise en place intégrale de la réforme. L'actuel Code du travail camerounais est issu de la loi n°92/007 du 14 août 1992. En effet, l'article 131 dispose : « *Les différends individuels pouvant s'élever à*

³¹⁹ *Ibidem*, p. 332.

³²⁰ *Idem*.

³²¹ *Ibidem*, p. 336.

³²² *Ibidem*, p. 337.

³²³ *Idem*.

³²⁴ *Idem*.

l'occasion du contrat de travail entre travailleurs et employeurs et du contrat d'apprentissage, relèvent de la compétence des tribunaux statuant en matière sociale, conformément à la législation portant organisation judiciaire ». L'organisation de ces juridictions est régie par la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire.

255. Ainsi, les litiges individuels du travail sont traités, soit devant le tribunal de première instance, soit, en cas d'appel, devant le tribunal de grande instance. De ce fait, notre examen se limitera à ces deux seules juridictions dont la composition et la compétence matérielle demeurent classiques, c'est-à-dire similaires aux tribunaux du travail. D'une part, l'article 133 du code du travail encadre leur composition, notamment lorsqu'elles siègent en matière sociale, seul cas exceptionnel où les assesseurs sont appelés à y figurer. D'autre part, concernant leur compétence matérielle, elle est régie par les articles 15 et 18 de la loi de 2006 sur l'organisation judiciaire, laquelle fixe également le taux des demandes pour lesquelles ces tribunaux sont compétents pour statuer et dont le maximum est de dix millions de francs CFA, d'autre part.

256. S'agissant des pouvoirs du président du tribunal de première instance, il dispose d'une compétence spécifique, notamment pour statuer sur le référé, sur l'ordonnance sur requête, sur le contentieux de l'exécution de toutes les décisions rendues par la juridiction dont il assure la présidence, autre que l'exéquatur. En revanche, le président du tribunal de première instance ne peut connaître les décisions rendues par les juridictions supérieures (tribunal de grande instance, cour d'appel et Cour suprême), alors que le président du tribunal de grande instance dispose d'une compétence spécifique classique.

B. L'évaluation des avantages et des inconvénients

257. Le modernisme conduisant à la création des tribunaux du travail a été bien accueilli dans la plupart des pays d'Afrique subsaharienne postcoloniale, malgré quelques débats chez les « *old fashioned* ». ³²⁵ Nous pensons que ces tribunaux représentent un apport positif en termes d'accessibilité des justiciables, en ce qu'ils ne sont compétents que pour les litiges individuels du travail, et en termes de rapidité dans les procédures. Ils offrent à la fonction

³²⁵ Expression anglaise qui désigne « les personnes qui n'aiment pas le changement, qui sont contre tout modernisme, des conservateurs ».

juridictionnelle une certaine plénitude sans risque de confusion avec les autres institutions existantes.

258. S'agissant de la République démocratique du Congo, le législateur qui s'est donné la peine d'expliquer clairement les raisons de cette création dans l'exposé des motifs de la loi sur les tribunaux du travail : « *La pléthore des doléances enregistrées au ministère du Travail et de la Prévoyance sociale accuse un nombre trop élevé de litiges non résolus, des condamnations disproportionnées, lesquels créent une problématique réelle pour la paix sociale. Cette situation est due notamment aux difficultés pour les travailleurs licenciés de bénéficier de l'assistance d'un avocat, aux divers recours des employeurs suite au mal jugé manifeste, au relâchement des institutions chargées d'examiner les litiges sociaux ainsi qu'à la lenteur d'une procédure déjà complexe. À ces causes, il convient d'ajouter que le juge chargé des affaires du travail est déjà lourdement occupé par les dossiers pénaux et civils ainsi que par le contentieux commercial. C'est pour remédier à cette situation et mettre à la disposition des partenaires sociaux une institution spécialisée et une procédure plus efficace pour le règlement de leurs conflits que le présent projet de loi a été conçu* »³²⁶. Cette loi n'est pas restée sans conséquence, y compris au sein de la doctrine qui, au départ, n'était pas unanime.

259. Pour Messieurs Nicolas MABEKA ne NIKU et Pierre EKUMBAKI IKELA, le choix de disposer de tribunaux du travail se justifie également par « *la longueur démesurée des procès en matière du travail, l'insatisfaction de la plupart des justiciables travailleurs estimant dérisoires les montants des dommages-intérêts alloués par les cours et tribunaux pour licenciements abusifs et partant des conflits et litiges individuels du travail, etc., montrent que le régime judiciaire actuel du travail est très loin de l'idéal de justice dans les relations sociales entre employeurs et travailleurs. Car la jurisprudence doit jouer le double rôle de rétablir l'équilibre social et aussi de prévenir les employeurs contre les licenciements abusifs. Cependant, compte tenu des ressources budgétaires tout de même limitées et surtout du manque d'infrastructure matérielle, il est tout à fait indiqué de revenir à la manière des*

³²⁶ L'exposé des motifs de la loi n° 016/2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail en République démocratique du Congo.

chambres spéciales du travail fonctionnant de manière autonome à côté des juridictions ordinaires »³²⁷.

260. Selon Monsieur Gustave BEYA SIKU, l'idée serait de « *mettre sur pied une juridictionnelle exclusivement compétente en matière du travail, présidée par un magistrat de carrière nommé parmi les spécialistes du droit du travail et assisté par des assesseurs nommés par le ministre du Travail sur la base d'une liste présentée par les organisations syndicales et patronales* »³²⁸. En effet, la composition des tribunaux du travail nécessite un collège avec, à sa tête, un président et des assesseurs, ce qui constitue un gage de confiance en ce que tout au long de la procédure, les parties ont l'occasion de participer activement à la recherche de résolution à leur litige.

261. Concernant les magistrats des tribunaux du travail, l'avantage est qu'il permet de maintenir un lien entre le point de vue des magistrats professionnels, bien rodés aux réalités socio-économiques, et celui des autres acteurs de la société, sans qui naissent les reproches quant à l'absence d'impartialité et d'incompétence sur les questions liées au droit du travail. Dans une espèce à laquelle nous avons pris part, quelle n'a pas été notre surprise de voir un juge du tribunal du travail se déclarer compétent dans un litige de consultance. Il avait été saisi par une personne X qui prétendait avoir été licenciée par une société Y à laquelle elle était liée non par un contrat de travail, mais par un contrat de consultance. Ainsi il a fallu convaincre le tribunal à partir de plusieurs exemples afin qu'il se déclare incompétent en faveur du tribunal du commerce, car, par définition, un consultant est un commerçant qui vend ses prestations à ses clients.

262. Dans cette situation, en aucune manière, l'on ne pouvait parler de contrat de travail, d'autant plus qu'il n'y avait pas de relation de subordination entre la personne X et la personne Y. Nous pensons qu'avec la mondialisation des économies des pays d'Afrique subsaharienne, la création de tribunaux du travail est devenue une voie naturelle vers la spécialisation des magistrats, comme c'est le cas dans l'espace de l'Organisation Africaine de Propriété Intellectuelle (OAPI). En effet, les magistrats s'intéressent de plus en plus à la

³²⁷ MABEKA ne NIKU (N.) et EKUTUMBAKI IKELA BOOLE (P.), cités par MUKADI BONYI, in *Droit du Travail*, CDRS 2008, p. 642.

³²⁸ BEYA SIKU (G.), cité par MUKADI BONYI, in *Droit du travail*, CDRS 2008, p. 643.

propriété intellectuelle, ce qui les incite à se spécialiser soit par le biais de la formation continue, soit par des séminaires et ateliers organisés par cette institution.

263. En droit, si la spécialisation est inévitable pour les avocats, elle l'est davantage pour les magistrats qui sont appelés à décider du destin des justiciables, dans la mesure où certains juges du tribunal de droit commun ont souvent tendance à vouloir tout faire, ce qui, à notre avis est source d'insécurité juridique. Il en est de même de la participation active des assesseurs, dont la formation, axée sur les réalités du monde du travail, leur permet d'améliorer la qualité des décisions à rendre, qui tiennent compte non seulement des besoins actuels, mais également des exigences futures, notamment dans le secteur où est né le litige.

264. Toutefois, d'autres auteurs arguent le fait que la création des tribunaux du travail occasionne la soustraction des attributions des juges, du fait de l'absence de ressources humaines, dans la mesure où les tribunaux du travail nécessitent également une équipe permanente de recherche documentaire. Nous ne partageons pas leur avis, car les tribunaux de droit commun qui connaissent les mêmes difficultés existentielles, parviennent malgré tout à fonctionner. Ailleurs, comme au Cameroun, au-delà des raisons budgétaires, l'on observe une forme d'impuissance face au *statu quo* causé par la mise en place de tribunaux du travail.

265. Comme nous pouvons l'observer, dans tous les pays d'Afrique subsaharienne, les causes sont les mêmes : le manque de moyens financiers et humains constitue la première raison de l'absence de telles institutions judiciaires. Ainsi, nous ne sommes que partiellement d'accord avec le premier président KABUMBU M'BINGA-BANTU lorsqu'il explique l'inutilité des tribunaux du travail, car le pays « souffre de la grande étendue de son territoire, d'absence de routes, de moyens de communication en général, d'infrastructures d'accueil pour de nouvelles juridictions, du nombre insuffisant de magistrats et de personnel judiciaire et des conditions précaires de leur travail »³²⁹.

266. Le moins que l'on puisse dire c'est que la question liée à la création des tribunaux du travail demeure entière, ayant refait surface à la fin de l'année 2018, notamment avec l'application de la loi sur la configuration des provinces en République démocratique du Congo, par exemple. En effet, il y a eu plusieurs nominations de magistrats (moyens humains)

³²⁹ KABUMBU M'BINGA-BANTU, premier président de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, cité par MUKADI BONYI in *Droit du travail*, CDRS 2008, p. 643.

mais, en raison du manque de moyens financiers, leur affectation pose problème. En fin de compte, soit c'est l'absence de moyens financiers qui fait défaut, soit c'est le manque de moyens humains, et dans certains cas, ce sont les deux, entraînant la même conséquence : le dysfonctionnement de l'appareil judiciaire.

267. Le Professeur MUKADI BONYI affirme : « *il va sans dire que la mise sur pied d'une telle structure est tributaire d'un recrutement de personnels adéquats : il faut, d'ores et déjà, que la formation des juristes spécialisés en droit du travail ou, d'une manière générale, en droit social, soit assurée, de la même façon que les organisations professionnelles, appelées à présenter des candidats assesseurs au tribunal d'arrondissement, section sociale, s'emploient déjà à expliquer à ces derniers à assumer correctement leur charge, en leur assurant une formation qui leur permette de suivre et de comprendre la procédure* »³³⁰.

268. Compte tenu des réalités dans les pays d'Afrique, il nous semble que la création des tribunaux du travail est d'abord une question de volonté qui, incontestablement, doit se traduire par la collaboration tripartite des principaux acteurs, à savoir, d'un côté, des représentants des travailleurs et des employeurs, de l'autre, l'État, et en particulier, des délégués du Ministère de la justice et de celui du travail. La saisine du tribunal de travail est, dans la grande majorité des cas, initiée par le salarié, selon les règles procédurales.

Section 2. L'engagement de l'action devant un juge

269. Pour être recevable, toute action en justice doit tenir compte des préalables et modes de saisine du juge (§ 1). Toutefois, le demandeur doit aussi justifier d'un intérêt à agir pour avoir recours au juge (§ 2).

§ 1. Les préalables et modes de saisine

270. À l'instar de la *Common law* britannique, la réforme du *Civil Procedure Rules 1998*, « *Part 8 Alternative Procedure for Claims* »³³¹ prévoit un mécanisme d'incitation des parties à régler elles-mêmes leurs litiges à l'amiable, sans faire intervenir le juge, notamment avec

³³⁰ MUKADI BONYI, *Droit du travail*, op. cit., p. 645.

³³¹ *New Code of Civil Procedure for the civils Courts Rules 1998* « *These days the court take the view litigation should be a last resort and, therefore, parties are encouraged to resolve their dispute at an early stage by communicating with each other (...). This is an Alternative Dispute Resolution Procedure* ».

l'usage obligatoire de la « *Letter Before Action* », où la saisine du juge devient le dernier rempart. En effet, le mécanisme est d'une efficacité incontestable, car, dans un délai de vingt-huit jours à compter de l'envoi par voie postale, avec avis de réception, de la *Letter Before Action*, si le défendeur refuse une solution à l'amiable, le demandeur peut saisir le tribunal, lequel, généralement, constate avec sévérité la mauvaise foi de l'autre partie.

271. La pratique de la *Letter Before Action* a ainsi permis aux juridictions britanniques de désengorger les tribunaux et d'accélérer les délais de procédure pour les litiges qui nécessitent l'intervention du juge. Tandis que dans le système juridique romano germanique, la culture est plutôt la saisine systématique du tribunal, même pour des litiges de faible importance, souvent sans aucune tentative de résolution à l'amiable, la conciliation préalable de l'inspecteur du travail est devenue une simple formalité, fréquemment boycottée par les parties mal intentionnées. Pendant longtemps, cette culture est restée l'une des causes pratiques d'encombrement des greffes et de lenteur des procédures d'audience, notamment dans les pays d'Afrique francophone.

272. Cependant, durant ces deux dernières décennies, sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence, et récemment du législateur³³² l'encouragement à une conciliation préalable a été rendu obligatoire. En effet, la clause de conciliation préalable à la saisine du juge tend à éviter le recours à ce dernier pour mettre fin à un litige. Elle est purement contractuelle, du fait de sa force contraignante, imposant aux parties d'un contrat de « tout faire pour se concilier avant de saisir le tribunal ». Et, en application du principe de la liberté contractuelle, le législateur n'exige aucune condition pour sa validité, ladite clause demeurant autonome au contrat, même en cas de nullité. Toutefois, en s'interdisant mutuellement de ne pas saisir le juge avant toute tentative de conciliation, les parties souhaitent créer, à travers cette clause, une obligation de résultat³³³. Par conséquent, la démarche à entreprendre va indiscutablement

³³² Le législateur français est intervenu dans le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends ayant modifié les mentions obligatoires de toute demande en justice en obligeant les parties à indiquer « *les démarches de résolution amiable précédemment effectuées* ». En outre, ce décret prévoit uniquement que « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance (...) des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation (Article 127 CPC)* ».

³³³ Elle est « *dite parfois obligation déterminée. Obligation pour le débiteur de parvenir à un résultat déterminé, de telle sorte que la responsabilité du débiteur est engagée sur la seule preuve que le fait n'est pas réalisé, sauf à se justifier, s'il peut, en prouvant que le dommage vient d'une cause étrangère* » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 703).

générer chez chacune d'elles, une autre obligation, celle de moyen³³⁴. C'est-à-dire, en incluant dans leur contrat la clause de conciliation préalable, les parties s'engagent à tout faire pour privilégier une issue extrajudiciaire à leur litige. Cependant, le respect de l'engagement de chacune d'elles ne signifie pas pour autant l'obligation de mettre fin au litige.

273. Cette clause est valable devant le juge, ce qui implique que, si l'une des parties au contrat ne la respecte pas, l'autre peut le saisir et soulever ainsi une fin de non-recevoir de l'action intentée. Selon ce moyen de défense, l'adversaire tend à déclarer sa demande irrecevable, sans examen au fond, pour défaut d'agir et il peut être invoqué en tout état de cause³³⁵. Le juge ainsi saisi devra observer l'irrecevabilité de la demande. Toutefois, la fin de non-recevoir peut faire l'objet d'une éventuelle régularisation³³⁶, notamment par la mise en œuvre de la clause qui prévoit la procédure amiable en cours d'instance, sous certaines conditions.³³⁷ Néanmoins, loin de faire l'unanimité auprès des justiciables, la clause de conciliation préalable à la saisine du juge se trouve à la base d'un contentieux important, en particulier concernant sa licéité, sa mise en œuvre, voire les effets qu'elle produit.

274. La jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation, par un arrêt rendu en date du 14 février 2003³³⁸, a décidé qu'il « *résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées* », et que, « *licite, la clause d'un contrat instituant une procédure une clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ». Cet arrêt a ainsi mis fin à une longue divergence de jurisprudence.

³³⁴ Elle est « *dite aussi obligation générale de prudence et de diligence. Obligation, pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités de telle sorte que la responsabilité du débiteur n'est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence* » (CORNU (G.), *op. cit.*, p. 703).

³³⁵ Article 122 du Code de procédure civile.

³³⁶ Cass. 2^{ème} Ch. civ., 16 décembre 2010, n° 09-71.575, *Bull.* 2010, II, n°212 ; Cass. com., 3 mai 2011, n°10-12.187, inédit (les deux Chambres avaient jugé que la fin de non-recevoir pouvait être régularisée en cours d'instance).

³³⁷ Cass. Ch. mixte, 12 décembre 2014, n°13-19684, *Bull.* n°3. En l'espèce, la jurisprudence étant venue prévenir une divergence, énonce que « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers n'était pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* ».

³³⁸ Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, *Bull.* n°1, Rapport 2003, p. 473.

275. S'agissant du domaine d'application de cette clause, bien qu'elle puisse valablement s'appliquer à tous les litiges liés à l'obligation du contrat ou au contrat lui-même, il connaît des limites qui peuvent être relevées par la jurisprudence. Ainsi, en matière sociale, l'application de la clause de conciliation préalable et obligatoire a mis fin à son unanimité, créant ainsi une division entre la jurisprudence de la Chambre mixte et celle de la Chambre sociale. En effet, dans un arrêt rendu en date du 5 décembre 2012, riche en apports, cette dernière a considéré que « *l'existence d'une clause de conciliation dans un contrat de travail n'interdisait pas la saisine directe de la juridiction de travail* ».

276. En l'espèce, une femme médecin a été engagée par un établissement pour personnes dépendantes, en qualité de médecin coordinateur à temps partiel. Le contrat de travail comportait une clause de conciliation préalable selon laquelle, « *en cas de désaccord sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du présent contrat, les parties s'engagent préalablement à l'action contentieuse à soumettre leur différend à deux conciliateurs, l'un désigné par Mme X... parmi les membres du Conseil de l'ordre, l'autre par le directeur d'établissement* ». La salariée, après avoir pris acte de la rupture de son contrat de travail, a saisi la juridiction du travail, lequel a jugé que la rupture s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond avaient déclaré irrecevables les demandes de la salariée, bien que la clause de conciliation préalable obligatoire ait été licite. À l'issue de son pourvoi en cassation, la salariée a soutenu, d'une part, que la compétence de la juridiction du travail pour connaître des litiges, à l'occasion de tout contrat de travail, entre employeur et salarié était exclusive et d'ordre public, d'autre part, que toute clause ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'accès à la juridiction du travail était nulle et qu'il en allait ainsi de la clause subordonnant la saisine de la juridiction du travail à une conciliation préalable obligatoire.

277. Faisant allusion aux dispositions de l'article L1411-1 du Code du travail selon lesquelles « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges, lorsque la conciliation n'a pas abouti* », la Haute juridiction a cassé l'arrêt attaqué. Elle a ainsi considéré qu' « *en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat* ».

n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal sur leur différend »³³⁹. Le présent arrêt confirme la position de la jurisprudence française, qui, tout en laissant aux parties la possibilité de prévoir dans un contrat de travail une conciliation préalable et obligatoire, veille à ce que celle-ci n'ait pas force obligatoire.

278. Il est clairement établi que les juridictions du travail ont une compétence exclusive pour connaître les litiges liés à un contrat de travail, quels que soient la forme et le motif retenus. Ainsi, après échec de conciliation obligatoire, la partie la plus diligente prendra l'initiative de saisir la juridiction de travail, déclencher ainsi l'action en justice **(A)**, mais seulement si certaines conditions sont remplies requises, selon les modes classiques de saisine **(B)**.

A. Le déclenchement de l'action en justice

279. Traditionnellement, l'action en justice, est formée devant une instance spécialisée, disposant d'un monopole attribué par la loi. C'est en 1296, sous le règne de Philippe Le bel, que furent constitués les premiers conseils de prud'hommes (tribunaux du travail). Après leur suppression sous la Révolution, notamment avec la loi Chapelier de 1791, ils furent réinventés par la loi du 18 mars 1806 promulguée par Napoléon 1^{er}, complétée par le décret du 3 juillet de la même année. L'originalité de ces juridictions réside en ce qu'elles sont composées de magistrats non professionnels choisis sur des listes d'organisations syndicales du monde du travail. Contrairement aux juridictions ordinaires, leur saisine repose, avant tout, sur la recherche d'une issue à l'amiable, notamment par la conciliation des parties, en fonction des intérêts mutuels. Le succès qu'elles ont connu a permis son maintien dans le Code de 1952 applicable dans les T.O.M.

280. Au cours du XX^e siècle, la théorie de *l'action en justice* a été profondément développée en détail par le Professeur Henri MOTULSKY³⁴⁰. Le caractère fondamental du principe dispositif est confirmé par la protection dont fait l'objet l'action en justice³⁴¹. Cette dernière

³³⁹ Cass. soc. 5 décembre 2012, n°11-20004, *Bull.* 2012, V, n°326.

³⁴⁰ MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Archives de la Philosophie du Droit*, 1964, p.215 à 230, repris in *Écrits. Études et notes de procédure civile : Tome I*, Dalloz, 1973, p.85.

³⁴¹ BRUS (Fl.), *op. cit.*, p. 261.

est un droit autonome³⁴² qui contient des caractères propres en ce qu'elle se réalise au regard des rapports qu'elle entretient avec le droit subjectif.

281. Il n'en demeure pas moins que, traiter des rapports entre le droit subjectif et l'action en justice revient à accumuler les difficultés³⁴³ car, dans sa réalisation, cette dernière encourt deux conséquences : s'intégrer, ou se distinguer de la demande. S'agissant des litiges individuels du travail, cette dernière suppose pour le salarié, le droit d'agir devant le tribunal du travail, pour autant que soit reconnue sa compétence matérielle.

282. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Haute juridiction opère un contrôle sévère, dès lors que l'existence d'un contrat de travail est établie. C'est ce qu'elle l'a affirmé par un arrêt rendu le 11 septembre 2012³⁴⁴. En l'espèce, un salarié, engagé en qualité de conseiller aux affaires financières, a pris acte de la rupture de son contrat de travail. Estimant avoir été privé de tout accès au capital social de la société à la différence d'autres cadres, il a saisi la juridiction prud'homale qui a considéré qu'il s'agissait d'un licenciement sans cause réelle, et sérieuse, et a été condamné en paiement de diverses sommes dont des dommages-intérêts pour violation de l'égalité de traitement.

283. De son côté, l'employeur soutenait que le litige relevait de la compétence du tribunal de commerce, excepté dans l'établissement de l'existence d'un lien entre la prétention du salarié à participer au capital de ces sociétés et son contrat de travail. Pour la Chambre sociale, « *la demande en paiement de dommages-intérêts d'un salarié en réparation du préjudice causé par l'inégalité de traitement alléguée dans l'octroi d'actions de la société à certains de ses salariés constitue un différend né à l'occasion du contrat de travail* ».

284. S'agissant de la compétence des juridictions de travail pour connaître les litiges nés lors de la formation, de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail, la Haute juridiction l'a étendue aux contentieux relatifs « *aux accessoires du contrat de travail dès lors que la*

³⁴² Henri VIZIOZ est celui qui, le premier a développé l'idée d'autonomie de l'action en justice, lorsqu'il affirma que « l'action en justice était un pouvoir général, impersonnel et permanent de saisir les tribunaux » (VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Bordeaux, éd. Brière, 1956, p. 142). Il en est de même pour René MOREL qui a avancé que l'action en justice était « la voie de droit par laquelle une personne s'adresse aux tribunaux pour obtenir la reconnaissance et, s'il y a lieu, la protection de son droit » (MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile : organisation judiciaire, compétence, procédure*, Paris, Recueil Sirey 1949, 2^{ème} éd. p. 24).

³⁴³ MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Archives de la Philosophie du Droit*, 1964, p.215 à 230, repris in *Écrits. Études et notes de procédure civile* : Tome I, *op. cit.*, p. 85.

³⁴⁴ Cass. soc., 11 septembre 2012, n°11-26.045, inédit.

demande présente un lien direct et nécessaire avec celui-ci ». Ainsi, il a été jugé que : le litige entre un employeur et un salarié, qui consiste essentiellement en une demande en restitution du trop perçu par le salarié et en remboursement d'un prêt octroyé à titre d'avances sur salaire, constituait un différend né à l'occasion du contrat de travail³⁴⁵. Un tel cas entre dans la compétence de la juridiction prud'homale³⁴⁶. L'octroi par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions dites *stock options*, constitue un accessoire du contrat de travail dont la connaissance relève de la compétence du conseil de prud'hommes.

285. En revanche, la Haute juridiction considère que si le litige ne trouve pas sa source dans un contrat de travail, la juridiction prud'homale est incompétente. Si l'attribution au salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions constitue un accessoire du contrat de travail dont la connaissance relève du conseil de prud'hommes, les différends pouvant ensuite avoir lieu dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence de la juridiction commerciale³⁴⁷. Le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour statuer sur les conditions de mise en œuvre d'un pacte d'actionnaires qui ne constitue pas un accessoire au contrat de travail³⁴⁸. Cependant, l'action en justice requiert, de la part du plaideur, une série de conditions³⁴⁹ ; il doit d'abord formuler une prétention³⁵⁰, puis justifier d'un intérêt pour agir³⁵¹ pourvu qu'il soit né et actuel³⁵², et enfin de la qualité^{353 354} pour agir³⁵⁵.

³⁴⁵ Cass. soc., 6 novembre 1968, *Bull. V*, n° 486.

³⁴⁶ Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-45.479, *Bull. V*, n° 207.

³⁴⁷ Cass. soc., 16 septembre 2008, n° 07-20.444, *Bull. V*, n° 161.

³⁴⁸ Cass. soc., 18 octobre 2007, n° 06-45.331, *Bull. V*, n° 165.

³⁴⁹ Cour suprême du Sénégal, ch. civ. et com., 4 juin 2014, 59 : « (...) alors qu'il est de principe que le juge ne fait droit à la demande d'un plaideur que s'il l'estime régulière, recevable et bien fondée ».

³⁵⁰ Il s'agit d'une « affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur et dont l'ensemble détermine l'objet du litige » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 800).

³⁵¹ Il s'agit de « l'importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice et à défaut de laquelle le demandeur est sans droit pour agir » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 565).

³⁵² Une partie de la doctrine dominante affirme que « l'intérêt existe pour une personne lorsque la situation litigieuse lui cause un trouble et lorsque le jugement sollicité serait de nature à le faire cesser pour elle. En d'autres termes, il y a deux manières d'établir le défaut d'intérêt : démontrer que le demandeur se plaint sans avoir mal ou que la décision sollicitée, si elle était obtenue, ne serait pas un remède à son mal, qu'elle serait inopérante à son égard » (CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, 3^{ème} éd. 1996, Puf, n°78, p. 338).

³⁵³ Cass. soc., 16 février 1999 : s'est posée la question de l'intervention d'un syndicat des salariés dans des litiges individuels du travail. La Haute juridiction a tranché : « un syndicat est recevable à intervenir dans une instance lorsque celle-ci soulève une question de principe dont la solution, susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble de ses adhérents, est de nature à porter un préjudice, même indirect, à l'intérêt collectif de la profession », n° 98-81.621, *Bull.* 1999, n°18. Cet arrêt de principe a ouvert la voie à d'autres où l'action du syndicat est jugée recevable car conforme à sa vocation de défendre les intérêts collectifs de la profession. Voir

286. Néanmoins, si elle aboutit, une condition supplémentaire doit en pratique être prise en compte : le plaideur doit être présent à l'audience. Lorsqu'une demande est ainsi déposée au greffe, il faut notamment s'assurer de sa recevabilité. La jurisprudence de la Chambre commerciale de la Haute juridiction ayant rappelé une règle constante a considéré que la recevabilité d'une demande devait s'apprécier dès lors le jour où elle est formée, indépendamment de l'apparition des raisons pouvant intervenir plus tard : « *l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures* »³⁵⁶.

287. S'agissant de la notion de l'action en justice, nous partageons la thèse de Madame Florence BRUS lorsqu'elle observe, à juste titre, qu'elle « ne semble faire l'objet d'aucun consensus »³⁵⁷, y compris dans les récentes thèses publiées, à l'instar de Laëtizia LOPEZ qui reconnaît à l'action en justice « une nature d'un véritable droit subjectif qui se caractérise par sa finalité immuable »³⁵⁸. Madame Stéphanie MEIS-MAAS, pour sa part, admet qu'il s'agit « *d'une notion difficile à appréhender, qu'il y a une confusion classique entre action et droit substantiel ; car il n'est pas concevable d'imposer la preuve de l'existence d'un droit subjectif pour intenter une action en justice, alors que c'est précisément celui-là que l'on cherche à reconnaître, protéger ou garantir* »³⁵⁹. Nous la rejoignons lorsqu'elle estime que, « considérer l'action en justice doit être assimilé au droit subjectif substantiel, revient à affirmer que, dès qu'une action est recevable, elle est nécessairement fondée »³⁶⁰.

également : Cass. soc., 23 février 2005, n° 02-40.913, *Bull.* V, n° 71 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, n° 07-44.132, *Bull.* V, n° 243.

³⁵⁴ Cour suprême du Sénégal, Ch. soc., 25 décembre 2013, 55 : Il ressort de l'article 72-1 al. 2 de la Loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 de la Cour suprême que, pour former un pourvoi au nom et pour le compte d'un travailleur, le représentant doit, à peine d'irrecevabilité de ce pourvoi, produire un mandat écrit et être agréé par le président de la chambre sociale de la Cour suprême. « *Dès lors, est irrecevable le pourvoi introduit par un mandataire syndical qui n'a produit ni mandat écrit du travailleur, ni agrément du président* ».

³⁵⁵ L'intérêt est défini comme étant un « *titre auquel est attaché, dans certaines actions, le droit d'agir en justice. Plus généralement, il s'agit d'une qualification pour agir en justice exigée à peine d'irrecevabilité, du demandeur et du défendeur, qui résulte soit de la qualité requise par la loi, dans les actions réservées à certaines personnes, soit, dans les actions ouvertes à tout intéressé, de la justification d'un intérêt ; conditions d'existence de l'action en justice et donc de recevabilité de la demande* » (CORNÜ (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 838).

³⁵⁶ Cass. com., 6 décembre 2005, *Bull.* IV, n° 245.

³⁵⁷ BRUS (Fl.), op. cit., p. 261.

³⁵⁸ LOPEZ (L), *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon III, 2016, p. 22.

³⁵⁹ MEIS-MAAS (S.), *Pour renouvellement de la notion d'action en justice*, Thèse, Université de Metz, 2004, p.

7.
³⁶⁰ *Idem*.

288. De son côté, Madame Florence BRUS, dans sa thèse, se place implicitement dans le rang de ceux qui voient en l'action en justice un véritable droit subjectif³⁶¹, affirmant que « la nature de l'action en justice a toujours intrigué la doctrine ; si aujourd'hui on s'accorde pour dire que l'action et le droit substantiel se distinguent, il ne reste pas moins qu'ils entretiennent des relations privilégiées ; il suffit de rappeler le classement des différents types d'action en justice en fonction du droit en cause »³⁶².

289. Nous pensons que l'action en justice ne constitue pas un droit subjectif, elle donne simplement au salarié le droit d'être entendu sur le fond de l'affaire qu'il porte devant le juge. Elle est la conséquence de la demande formulée. Elle ne constitue un succès ni un échec du droit subjectif, celui-ci dépendant de l'issue de l'affaire par la décision du juge. Pour le défendeur, l'action en justice est le droit de discuter du bien-fondé de la prétention.

289. Le législateur, par l'article 30 du Code de procédure civile en donne une définition complète : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ». Malgré cette intervention du législateur, la question de la nature de l'action en justice n'est pas claire³⁶³. Sa qualification a même fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine, qui ne voit en elle qu'une prérogative légale³⁶⁴, sans toutefois nier son influence réelle en droit judiciaire privé.

B. Les modes classiques de saisine

290. Les modes de saisine de la juridiction de travail sont ceux applicables devant les juridictions compétentes en matière civile³⁶⁵, à savoir, l'assignation et la requête. Ils constituent la phase ultime ouvrant voie à un procès, après l'échec des démarches de

³⁶¹ BOLARD (G.), « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur de Georges WIEDERKEHr*, p. 17, spéc. p. 20 ; HEBRAUD (P.), « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *op. cit.*, p. 237 ; TERRÉ (F.), *Introduction au droit*, Précis, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012, p. 590, n° 724.

³⁶² BRUS (Fl.), *op. cit.*, p. 261.

³⁶³ *Ibidem.*, p. 263.

³⁶⁴ VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, p.147 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *op. cit.*, p. 120, n° 93.

³⁶⁵ Article 153 de l'ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaire (R.D.Congo).

résolution à l'amiable. Concrètement, la partie la plus diligente devra adresser à son adversaire par l'intermédiaire d'huissier de justice par une convocation à comparaître³⁶⁶ devant la juridiction appelée à trancher le litige : il s'agit de l'assignation³⁶⁷.

291. En pratique, l'huissier de justice ainsi mandaté par le salarié se présente à l'adresse de l'employeur telle qu'indiquée par ce dernier, afin de lui remettre une copie de l'acte d'assignation. Toutefois, sous peine de nullité de l'exploit, l'assignation en tant qu'acte introductif d'instance doit contenir les mentions suivantes : « *les noms, profession et domicile du demandeur et demeure du défendeur ; il énonce sommairement l'objet et les moyens de la demande et indique la juridiction devant laquelle la demande est portée, ainsi que le lieu, le jour et l'heure de la comparution* »³⁶⁸. Les juridictions font application du principe selon lequel « *pas de nullité sans texte et pas de nullité sans grief* ». L'on constate que la question liée au respect des mentions obligatoires dans l'assignation divise aussi bien la doctrine qui reste silencieuse, que la jurisprudence de la haute juridiction, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si la délivrance de l'acte pour une date d'audience erronée existe ou non.

292. Par l'arrêt rendu le 4 janvier 2005 la jurisprudence de la Chambre commerciale a répondu par l'affirmative³⁶⁹. En l'espèce, il s'agissait d'un contentieux de transport par voie maritime et il fallait déterminer les effets sur le cours de la prescription annale d'une assignation délivrée pour une comparution à une audience « fantôme », c'est-à-dire que la date correspondait à un samedi. Le défendeur a soutenu que cet acte était nul au motif que la date d'audience était erronée. Ayant examiné le pourvoi du demandeur, la Chambre commerciale a qualifié d'inexistante la citation à comparaître, ayant relevé que, dès lors que les dispositions de l'article 114 du NCPC n'étaient pas applicables à cet acte, les juges du fond auraient dû prononcer la nullité de l'acte. Par conséquent, elle a cassé l'arrêt examiné. Loin de faire l'unanimité, la question est restée entière, s'agissant notamment de savoir si l'acte ainsi entaché devait être annulé ou s'il était simplement inexistant.

³⁶⁶ Article 32 du Code de procédure civile sénégalais.

³⁶⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 90.

³⁶⁸ Article 2 du Code de procédure civile congolais ; articles 6-8 du Code de procédure civile camerounais ; articles 43 et 45 du Code de procédure civile guinéen ; article 1^{er} du Code de procédure civile malien.

³⁶⁹ Cass. com., 4 janvier 2005, n° 03-16.486, inédit.

293. Nous rejoignons les juges de la Chambre civile qui, par l'arrêt rendu le 15 novembre 1995³⁷⁰, lorsqu'ils ont estimé qu'un tel acte étant réellement constitué ne devait pas disparaître du seul fait de l'erreur de la date d'audience. En effet, selon la Chambre civile, « *l'analyse du contenu formel de l'acte d'assignation révèle qu'il renferme tous les éléments nécessaires à son identification* » et qu'il correspond, par sa forme, au type procédural qui devait être employé eu égard aux données du litige. Ainsi, il a été jugé que « *l'assignation pour une date à laquelle il n'est pas tenu d'audience était non pas inexistante, mais frappée de nullité* ».

294. Dans une autre espèce riche d'apports, la jurisprudence de la Chambre mixte a retenu la même solution.³⁷¹ En vue de respecter le droit de la défense, entre la date de la signification de l'assignation et celle de l'audience, il doit y avoir une certaine période dite de délai d'ajournement. Ces délais dépendent de la situation du défendeur et varient selon qu'il réside dans le territoire national ou à l'étranger.

295. De manière générale, lorsque ces délais n'ont pas été respectés, l'exploit d'assignation doit être purement et simplement annulé. Il en va de même de l'hypothèse où le demandeur de l'instance n'a pas obtenu d'ordonnance abrégative de délai, mettant ainsi son adversaire dans l'impossibilité de comparaître, donc de ne pas exercer sa défense. Dans ce cas, le salarié peut également introduire une requête³⁷². On constate que la saisine des juridictions civiles est, pour le moins, similaire : en cas de procédure gracieuse ou des litiges dont l'intérêt en jeu est faible, le demandeur introduit une requête écrite signée par ses soins ou son mandataire. Il peut comparaître en personne et déposer sa déclaration dont le procès-verbal est dressé par le greffier.

296. Comme pour l'assignation, la requête doit contenir toutes les mentions nécessaires, à peine d'irrecevabilité. Elle est ensuite signifiée à l'employeur par le biais d'un exploit d'huissier de justice au siège social, conformément aux règles relatives au délai

³⁷⁰ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 15 novembre 1995, *Bull.* 1995, II, n°280, p.165.

³⁷¹ Cass. Ch. mixte, 7 juillet 2006, n° 03-20.026 La Haute juridiction a considéré qu'une assignation établie pour une date d'audience inutile ou erronée devait être sanctionnée par la nullité pour vice de forme, et que c'était à tort que les juges du fond avaient annulé cet acte pour inexistence, en violation des articles 56, 856 et 112 du NCPC.

³⁷² Article 2 du Code de procédure civile sénégalais.

d'ajournement³⁷³. Dans les deux cas, l'écrit est obligatoire, parce qu'à l'appui de sa demande au greffe de la juridiction du travail, le salarié devra la chiffrer et joindre les pièces justifiant ses prétentions. Avec la saisine du tribunal et l'obligation des parties de se constituer (Conseil), l'affaire portée à la connaissance de la juridiction permettra soit l'interruption de certains délais de prescription, soit leur suspension.

§ 2. L'intérêt du recours au juge

297. Cet intérêt est l'illustration d'une forme de contrat social dans un État de droit, où en cas de conflit, les prétentions des parties auront la même importance devant le juge qui, tout en respectant le principe du contradictoire, devra les dire bien ou mal fondées. En effet, la problématique du recours au juge en matière de litiges individuels du travail conduit indiscutablement à la question de l'office du juge en droit du travail, laquelle, comme l'avait avancé le Président Jean-Yves FROUIN « *est en elle-même singulière car elle laisse supposer qu'il y aurait un particularisme dans le rôle du juge en droit du travail alors qu'à priori, l'office du juge en droit du travail, c'est l'office de tout juge : trancher les litiges qui lui sont soumis en appliquant les règles applicables au vu des moyens de droit et des éléments de fait et de preuve apportés par les parties* »³⁷⁴. Afin de permettre au juge d'assurer sa mission et de respecter les règles de procédure civile, la loi doit procéder à une délimitation du type de litige et des demandes relevant de la compétence des juridictions du travail (A) ; le cas échéant, le juge ne peut écarter la possibilité d'intervenir en amiable compositeur en vue d'une résolution pacifique du litige (B).

A. La délimitation des demandes

298. Comme le souligne une doctrine, la délimitation du litige par les parties s'exprime uniquement par la formulation de demandes substantielles et non par celle de défenses au

³⁷³ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 27 septembre 2018 ; la Haute juridiction a estimé que concernant la délivrance de l'assignation pour le jour fixe sans joindre à l'assignation copie de la requête, conformément aux dispositions de l'article 920 du Code de procédure civile, où « *l'appelant assigne la partie adverse pour le jour fixe. Une copie de la requête, de l'ordonnance du premier président, et un exemplaire de la déclaration d'appel visée par le secrétaire ou une copie de la déclaration d'appel dans le cas mentionné au troisième alinéa 919, sont joints à l'assignation* », ne constitue qu'une irrégularité de forme susceptible d'être régularisée et n'entraîne pas la nullité de la procédure qu'à la condition d'avoir été soulevée *in limine litis* et d'avoir causé un grief à l'intimé (Arrêt n°17-21833, inédit).

³⁷⁴ FROUIN (J.-Y.), « L'office du juge en droit du travail », in « *l'intervention des juges dans les relations de travail* », Rencontre annuelle des juristes du travail, 8 décembre 2006, p. 2.

fond³⁷⁵. En matière sociale, il ne suffit pas de saisir le tribunal de travail pour un litige, il doit s'agir d'un litige individuel du travail sauf disposition légale contraire. Certaines juridictions de travail connaissent à la fois des litiges individuels et collectifs du travail. En réalité, la partie qui émet une prétention délimite le litige.

299. Monsieur le Professeur Bernard BEIGNER affirme : « les règles de compétence sont des règles impératives, donc d'ordre public par principe »³⁷⁶. Le juge joue un rôle actif en ce sens qu'il ne s'enferme pas dans l'argumentation des parties, obligation lui est faite de vérifier, même d'office, le fondement juridique des prétentions de ces dernières. De plus, cette compétence matérielle obéit à la fois au sacro-saint principe de double degré de juridiction : la partie lésée ne peut user de son droit de faire appel que lorsque le litige a été jugé en première instance (tribunal de travail, selon les cas, tribunal d'instance ou tribunal de grande instance).

300. Au Cameroun, par exemple, où il n'existe pas de tribunaux du travail, les juridictions de droit commun sont d'une part, le tribunal de grande instance au premier degré, d'autre part, le premier a une plénitude de juridiction lui permettant de connaître tous les litiges tant qu'un texte particulier n'en confie pas la connaissance à une autre juridiction. Ce tribunal est doté d'une compétence générale mais également de compétences exclusives, ce qui suppose qu'aucune juridiction ne peut les connaître. Quant à la cour d'appel, elle a le monopole de l'appel de tous les jugements de première instance, sauf disposition légale contraire. Elle est dotée d'une compétence générale, voire de compétences spéciales pour statuer sur les appels. Ces juridictions sont compétentes pour connaître des litiges du travail, que leur caractère soit individuel ou collectif.

301. La seconde compétence d'attribution porte sur la territorialité de la juridiction compétente (*compétence ratione loci*). En fait, elle ne concerne que les juridictions du premier degré car, en cas d'appel, la Cour compétente est celle dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal du premier degré. Il est une règle selon laquelle, le salarié doit porter son action devant le tribunal du siège social. Cependant, dans l'hypothèse où l'adresse des organes de direction est différente de celle du siège social telle que mentionnée dans les statuts de la société, la jurisprudence de la chambre sociale de la Haute juridiction considère

³⁷⁵ DESDEVISES (Y.), « Variations sur le fond en procédure civile », in *Études offertes à Henri-DANIEL COSNARD*, Économica, 1990, p. 325.

³⁷⁶ BEIGNER (B.), « Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, P.U.S.S.T., 1996, p.100.

que le salarié a le choix celui d'assigner une succursale de la société pourvu que deux conditions soient réunies : d'une part, la présence dans ladite succursale d'un cadre doté de la capacité d'engager l'établissement, par exemple, le chef d'agence, d'autre part, l'existence d'un lien entre la succursale et le litige concerné, ou de saisir le tribunal du travail de son domicile.

302. Par conséquent, pour toute matière liée à la compétence d'attribution (*ratione materiae et ratione loci*), les règles sont d'ordre public : la Cour de cassation considère que c'est à bon droit que les juges du fond, faisant application d'une disposition légale, selon laquelle « *le conseil de prud'hommes du lieu de l'établissement ou travaille un salarié est compétent pour connaître des litiges entre commettants et préposés, toute clause contraire du contrat de travail étant frappée de nullité* »³⁷⁷, ont écarté une clause insérée dans un avenant à un contrat de travail.

303. L'analyse comparée des législations des pays d'Afrique francophone montre que toutes stipulent expressément que les juridictions du travail sont compétentes pour connaître « des litiges individuels survenus entre le travailleur et son employeur dans ou à l'occasion du contrat de travail, des conventions collectives ou de la législation et de la réglementation du travail et de la prévoyance »³⁷⁸. De même, sont inclus dans ce champ de compétence, des litiges portant sur l'existence même d'un contrat de travail ainsi que d'autres survenus après la rupture d'un tel contrat, à partir du moment où ils sont en relation avec ce dernier.³⁷⁹ Il s'agit d'une attribution de compétence³⁸⁰ matérielle (*ratione materiae*)³⁸¹ qui est exclusive³⁸²,

³⁷⁷ Cass. soc., 26 novembre 1975, *Bull.*, V, n° 567.

³⁷⁸ Article 15 de la loi n° 016-2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de travail (R. D. Congo).

³⁷⁹ Cass. soc., 31 octobre 2000, *Bull.* V, n° 356.

³⁸⁰ Article 521.1 de la loi n°1/2014/072/CNT du 10 janvier 2014 : « *Les juridictions chargées du travail connaissent des différends individuels qui naissent entre employeur et salarié à l'occasion de la conclusion de l'exécution de la suspension de la modification, de la rupture ou de la cessation du contrat de travail. Elles connaissent également des litiges relatifs au droit disciplinaire et au règlement intérieur. Les juridictions chargées du travail connaissent des différends individuels nés entre salariés à l'occasion du travail* ».

³⁸¹ Article L.192, de la loi n° 92-20 du 23 septembre 1992 portant Code du travail du Mali : « *Les tribunaux du travail connaissent des différends individuels pouvant s'élever à l'occasion du travail entre les travailleurs et leurs employeurs. Ces tribunaux ont qualité pour se prononcer sur tous les différends individuels relatifs aux conventions collectives ou aux décrets en tenant lieu au contrat d'apprentissage. Leur compétence s'étend également : aux différends nés entre les travailleurs ou employeurs à l'occasion du travail et aux litiges relatifs à l'application des dispositions du Code de prévoyance sociale* » ; Article L.229, de la loi sénégalaise n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 : « *Les tribunaux du droit connaissent des différends individuels pouvant s'élever entre les travailleurs et leurs employeurs à l'occasion du contrat du travail, du contrat d'apprentissage, des conventions collectives, des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité, du régime de sécurité sociale* ».

³⁸² Article 131, de la loi n°92-007 du 14 août 1992 : « *Les différends individuels pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les travailleurs et employeurs et du contrat d'apprentissage, relèvent de la compétence*

quel que soit le montant de la demande ; elle n'est partagée dans certains cas qu'avec les tribunaux d'instance et ceux de grande instance, pour une meilleure accessibilité des justiciables.

304. Les tribunaux du travail ne sont pas compétents pour tout litige dans lequel sont mis en cause certains établissements publics de l'État, lesquels relèvent de la compétence des juridictions administratives. Ils ne sont pas compétents non plus pour certains litiges dans lesquels sont impliquées les agences du système des Nations Unies qui, par principe, bénéficient de l'immunité de juridiction. Ainsi, la procédure de conciliation préliminaire devant les juridictions du travail reste gratuite, ce que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Haute juridiction a récemment réaffirmé.³⁸³

305. En l'espèce, un salarié a eu un accident de la circulation alors qu'il conduisait un véhicule de service appartenant à son employeur. Ce dernier saisit le tribunal de proximité en réclamation de paiement du montant de la franchise de ce sinistre. Le tribunal a alors soulevé une exception d'incompétence d'attribution de la juridiction de proximité. Ayant examiné le pourvoi de la défense, la Cour de cassation a considéré que les conseils de prud'hommes étaient les seuls compétents pour connaître les différends individuels susceptibles de survenir à l'occasion de tout contrat de travail entre employeur et salarié. Par conséquent elle cassé et annulé, en toutes ses dispositions, le jugement rendu, entre les parties, par la juridiction de proximité. On considère que la compétence des tribunaux de travail est une règle d'ordre public « absolu », dans la mesure où le principe n'est que pour l'essentiel des autres règles de compétence d'ordre public, le juge n'étant pas obligé de les relever.³⁸⁴ Elle s'impose tant aux parties au litige qu'aux juridictions de travail.

306. À l'égard des parties, cette compétence a pour corollaire l'impossibilité de prévoir des dispositions contractuelles y dérogeant.³⁸⁵ Concrètement, du fait de cette compétence, il y a inopposabilité à l'égard des salariés pour des clauses compromissaires, tout comme des compromis d'arbitrage³⁸⁶ insérés dans le contrat de travail³⁸⁷, fût-il international.

des travaux statuant en matière sociale conformément à la législation portant organisation judiciaire. » (Cameroun)

³⁸³ Cass. soc., 26 janvier 2016, 14-22.907, inédit.

³⁸⁴ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 29 novembre 1978, *Bull.*, II, n° 252.

³⁸⁵ Article 1^{er} de la loi congolaise n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail.

³⁸⁶ Cass. soc., 30 novembre 2011, *Bull.*, V, n° 277.

307. Comme l'affirme un auteur, « (...) sur le terrain de l'arbitrage, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que les clauses compromissoires stipulées dans un contrat de travail ou un avenant au contrat de travail sont inopposables aux salariés en application de l'article L.1411-4 du Code du travail, qui pose la compétence exclusive du conseil de prud'hommes dans les litiges relatifs à la formation, l'exécution ou la rupture du contrat de travail.³⁸⁸ Il est intéressant de relever que la sanction n'est pas la nullité mais l'inopposabilité. Une stricte application des textes ne pouvait permettre de retenir comme sanction la nullité de la clause compromissoire, car l'article 2061 du Code civil précise que celle-ci est valable sauf dispositions législatives particulières (...) »³⁸⁹. L'inopposabilité non entendue dans son sens traditionnel comme l'inefficacité de l'acte à l'égard des tiers seraient neutralisés, y compris à l'égard des parties à l'acte aurait ainsi pour conséquence que seul le salarié aurait le pouvoir de mettre en œuvre une clause compromissoire »³⁹⁰.

308. À l'égard des juridictions du travail la jurisprudence, par l'arrêt de la Chambre sociale de la Haute juridiction rendu le 28 juin 1995³⁹¹ a considéré que la juridiction du travail était incompétente dans l'hypothèse où la loi attribuait à une autre juridiction le contentieux de certains contrats de travail, à l'instar de ceux qui lient un employeur particulier à une assistance maternelle. En l'espèce, une assistante maternelle a saisi le conseil de prud'hommes en réclamation du paiement d'un solde d'indemnités de ses congés payés. Les juges du fond s'étant déclarés incompétents pour connaître de ce litige, la salariée non satisfaite, a fait un pourvoi en cassation. La Chambre sociale de la Haute juridiction a ainsi considéré que « la cour d'appel, après avoir énoncé que, par application de l'article L.511-1 du Code du travail, les conseils de prud'hommes ne peuvent connaître les litiges dont la compétence est attribuée par la loi à une autre juridiction et que l'article R.321-6, 3 du Code de l'organisation judiciaire attribue compétente au tribunal d'instance pour connaître des contestations entre les assistantes maternelles ou les personnes et établissements prenant des

³⁸⁷ Cass. soc., 5 décembre 2012, n°11-20004, *Bull.*, V, n° 326. La Chambre sociale de la Haute juridiction considère : « cependant qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend ».

³⁸⁸ Cass. soc., 30 novembre 2011, inédit.

³⁸⁹ CLAY (T.), « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélemy ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930 et s., spéc. p. 941.

³⁹⁰ FRANÇOIS (G.), « L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail », *JCP éd. E*, n°8, 21 février 2013, p. 1127.

³⁹¹ Cass. soc., 28 juin 1995, *Bull.* 1995, n° 93.

enfants en garde ou en pension et ceux qui les leur confient, a exactement décidé que le litige relevait de la compétence du tribunal d'instance »³⁹².

309. Cette déclinaison s'applique à toutes les juridictions, lesquelles relèvent de l'ordre administratif ou judiciaire. Ainsi, la jurisprudence de la Chambre sociale, dans un arrêt du 19 décembre 2000, a estimé que devrait d'office se déclarer incompétente, toute juridiction de travail, dès lors qu'elle est saisie d'un litige ne relevant pas de sa compétence. Il en va de même de lorsqu'une autre juridiction est saisie d'un litige individuel du travail. Celle-ci doit se déclarer incompétente d'office quand bien même ledit litige serait connexe à un autre. Tel est le sens d'une espèce que nous retenons pour son apport, la Chambre sociale de la Haute juridiction, dans un arrêt en date du 15 mai 1974 : un ancien salarié « directeur des achats » d'une société spécialisée dans la vente par correspondance « 3 Suisses » a été embauché par une entreprise concurrente. L'ancien employeur, reprochant au salarié d'avoir violé la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail qui les unissait, a auparavant saisi le tribunal de grande instance afin que le salarié et son nouvel employeur soient condamnés *in solidum* à des dommages-intérêts.

310. Après avoir examiné le pourvoi en cassation, la Chambre sociale a décidé « *qu'en statuant ainsi, alors que les demandes dirigées contre Delbecq et 3 Suisses avaient des causes différentes et n'étaient pas indivisibles et alors que le conseil de prud'hommes avait été institué pour terminer par voie de conciliation les différends pouvant s'élever, notamment, à l'occasion du contrat de travail entre patrons et employés et qu'ils étaient seuls compétents pour connaître en premier ressort de ces différends, peu importe leur connexité avec un autre litige non susceptible de leur être soumis, Delbecq pouvant simplement être retenu dans la cause aux fins de déclaration de jugement commun pour que la déclaration à intervenir vis-à-vis de son employeur lui soit opposable, la cour a violé les textes susvisés* »³⁹³.

311. La problématique de la validité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de travail international reste posée, notamment avec la mondialisation de l'économie, un même salarié étant appelé à exécuter son contrat de travail dans différents établissements, souvent situés dans divers pays. Ce type de contrats de travail est à l'origine d'un contentieux abondant car, dans la majorité des cas, la conciliation préliminaire échoue, même s'il n'y a

³⁹² *Idem.*

³⁹³ Cass. soc, 15 mai 1974, *Bull.* 1974, V, n° 297.

pas de clause attributive de juridiction, le salarié lésé invoquant son inopposabilité afin de faire valoir ses droits d'indemnités. La jurisprudence n'adopte pas de position unique de protection du salarié. Ainsi, dans deux arrêts rendus le 30 janvier 1991, la chambre a d'abord considéré qu'une clause attributive de juridiction n'était pas valable, alors qu'elle l'avait validé dans une autre espèce. Dans le premier cas³⁹⁴, un ressortissant français avait été engagé par une société de droit de l'État de New York pour exercer son travail aux Émirats Arabes Unis. À la suite de son licenciement, le salarié a décidé d'assigner son employeur devant le conseil de prud'hommes de Paris afin d'obtenir le paiement de diverses indemnités. Les juges du fond s'étaient déclarés compétents. Après avoir examiné le pourvoi en cassation, la Chambre sociale de la Cour de cassation considéra « *que l'éventuelle soumission du contrat à la loi des Emirats Arabes Unis ne valait pas, à elle seule, renonciation à la compétence des tribunaux français ; que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision* ». On constate donc que, si la clause attributive de juridiction est valable dans l'ordre international, il en va autrement lorsqu'elle fait échec à une règle de compétence impérative.

312. En revanche, dans la seconde espèce, la Chambre sociale a refusé de valider la clause attributive de juridiction. En l'espèce, un pilote de nationalité française avait été engagé par la compagnie *Air Zaïre*, en vertu d'un contrat de travail conclu à Kinshasa en 1973. À la suite de son licenciement, il avait saisi le conseil de prud'hommes de son domicile en France. La Cour d'appel avait déclaré incompétente la juridiction française en s'appuyant sur l'existence, dans le contrat de travail, d'une clause désignant expressément les juridictions de Kinshasa. Pour la Chambre sociale de la Haute juridiction, « *d'une part, la cour d'appel n'a pas fait dépendre la compétence juridictionnelle de la loi applicable au contrat de travail mais s'est bornée à relever son caractère international ; (...) que d'autre part, en l'état de ses constatations, elle a pu décider que la clause attributive de compétence, incluse dans un contrat conclu entre le salarié français et une société étrangère pour être exécuté à l'étranger, et désignant*

³⁹⁴ Cass. soc., 30 janvier 1991, *Société Chemical Bank USA c/ Rousselet*, RJS 11/91, p. 624. Voir dans le même sens : Cass. soc., 29 septembre 2010, Royaume du Maroc, n° 09-40.688, *Bull.* 2010, V, n° 204. Cet arrêt confirme la position de la Chambre sociale d'écarter la clause attributive en consacrant le *caractère impératif* des dispositions du Code du travail français dans l'ordre international, se dotant ainsi d'une compétence exorbitante. En l'espèce, une salariée a été engagée par le Royaume du Maroc pour exercer ses fonctions de secrétaire au sein de l'ambassade du Maroc à Paris. Son contrat de travail attribuait expressément la compétence aux juridictions marocaines en cas de litiges nés de l'exécution du contrat. Après son licenciement, elle a saisi les juridictions françaises qui l'ont débouté. Dans son pourvoi, elle a invoqué la compétence des juridictions françaises, en raison de l'inapplicabilité de la clause attributive insérée dans son contrat. La Haute juridiction a considéré que la salariée « *travaillait à l'ambassade du Maroc à Paris, ce dont il résultait que le conseil des prud'hommes de Paris était compétent* ».

*expressément les juridictions de Kinshasa, était valide (...) et qu'elle emportait renonciation du salarié au bénéfice des dispositions du Code civil »*³⁹⁵.

313. En droit comparé, la problématique de la clause attributive de juridiction semble avoir été réglée. En effet, après plusieurs années d'hésitation, la jurisprudence française adopte aujourd'hui une position ferme et claire, considérant que, lorsque la clause attributive de juridiction n'a que des liens de rattachement avec l'étranger, elle est valable. En revanche, elle est écartée lorsque des liens étroits sont présents entre le contrat de travail et les juridictions françaises. En effet, cette position jurisprudentielle correspond à la plupart des lois des pays d'Afrique subsaharienne qui sont protectrices des intérêts des salariés considérés comme « faibles » face aux employeurs, surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises de grande taille³⁹⁶.

B. La possibilité d'une amiable composition

314. L'équité. Cette possibilité est devenue une tendance depuis plusieurs décennies. Le juge est encouragé à statuer en équité, tant du côté du Code civil de 1804³⁹⁷, autrefois très opposé à l'équité et qui n'accorde que peu de place à sa notion, y ayant parfois recours sans expressément la mentionner³⁹⁸, que de la jurisprudence, qui tend à la favoriser, comme en témoigne le nombre de lois³⁹⁹ et d'arrêts relatifs à l'équité. Il n'en demeure pas moins que la notion d'équité, vaste, est difficile à définir, étant également lourde de sens. Toutefois, on sait qu'en elle-même, l'équité contribue à réaliser la justice, voire au-delà de ce que prévoit la loi.

³⁹⁵ Cass. soc., 30 janvier 1991, Bernheim c/ Sarl Air Zaïre, RJS11/91, n°87-42.086, p. 621.

³⁹⁶ Article 1^{er}, loi n°015/2002 du 15 octobre 2002 portant Code du travail (RDC) : « *Le présent Code est applicable à tous les travailleurs et à tous les employeurs...quels que soient (...) la nationalité des parties, la nature des prestations, le montant de la rémunération ou le lieu de conclusion du contrat, dès lors que ce dernier s'exécute en République démocratique du Congo* ».

³⁹⁷ L'article 565 alinéa 1^{er} du Code civil inchangé dispose : « *le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle* ».

³⁹⁸ L'article 1244-1 du Code civil dispose : « *toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments* ».

³⁹⁹ L'article 700 alinéa 4 du NCPC dispose : « *Dans tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée* ». Voir aussi l'article 1474 du même code qui dispose « *l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur* ».

Cependant, le recours à l'équité est et il remonte à des temps anciens. On le retrouve dans les écritures saintes, notamment dans *l'Ancien Testament* où l'on peut lire le roi Salomon adresse ainsi ses prières à Dieu : « *Accorde donc à ton serviteur un cœur intelligent pour juger ton peuple, pour discerner le bien du mal, car qui pourrait juger ton peuple, ce peuple si nombreux ?* »⁴⁰⁰.

315. Au fil des siècles, la notion d'équité a été évoquée par des philosophes, comme Aristote qui a établi⁴⁰¹ la relation entre le droit et l'équité et défini l'équité comme la rectification du droit quand celui-ci comporte des failles en raison de son universalité⁴⁰². S'agissant de la définition donnée par Aristote, le Professeur Ralph Newman affirme : « *quand Aristote formula la distinction fondamentale entre le droit strict et l'équité, l'intérêt principal du droit était sa fonction de police : toutefois, l'accent mis sur l'application stricte des règles de droit public se transférait aux règles destinées à concilier des intérêts privés opposés, par lesquels l'ordre juridique n'était pas directement affecté* »⁴⁰³.

316. De même, des théologiens chrétiens, comme Saint Thomas d'Aquin ont évoqué l'équité à leur manière, avant qu'elle soit récupérée par de célèbres *juriconsultes* qui l'ont ardemment défendue, dont les rédacteurs du Code civil, à l'instar de *Portalis* qui, à l'occasion du discours préliminaire sur le projet de ce code civil, a énoncé : « *Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* »⁴⁰⁴.

317. Toutefois, le Code de 1804 ne consacre que peu des dispositions au recours à l'équité. L'article 12 alinéa 1er est clair : « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cependant, certains systèmes juridiques accordent une certaine souplesse à la notion d'équité. Tel le cas du Code civil du Québec, dont l'article 1434 dispose : « *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les*

⁴⁰⁰ La Sainte Bible : 1 Rois chapitre 3, verset 9.

⁴⁰¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre 3, ch.10 : « Et voici la nature de ce qui est équitable, une correction du droit lorsque celui-ci est imparfait à cause de son universalité ».

⁴⁰² NEWMAN (R.A.), « La nature de l'équité en « droit civil », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 16, n° 2 1964, p. 289.

⁴⁰³ *Ibidem*, 290.

⁴⁰⁴ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} Pluviôse an IX.

usages, l'équité ou la loi ». De même, le Code suisse, en son article 4 qui dispose : « (...) les règles de droit et de l'équité lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation (...) », ou encore la *Common law* du Royaume-Uni admet l'équité comme partie intégrante de son système : elle y joue un rôle beaucoup plus important qu'ailleurs, comme en témoignent les principes judiciaires traditionnels développés dans les juridictions qui servent de justification au recours à l'*Equity* : *Equity will not permit a statute to be used as an instrument of fraud*⁴⁰⁵; *Equity follows the law*⁴⁰⁶; *Equity acts in personam*⁴⁰⁷; *Those who come to equity must come with clean hands*⁴⁰⁸; *Those who come to equity must do equity*⁴⁰⁹.

318. En effet, au XVII^e siècle, à la suite du conflit⁴¹⁰ qui opposait *Chief Justice* au *Lord Chancellor*, et il a fallu le Roi *Jacques I^{er}* intervint. Ce dernier, suivant les recommandations de *Sir Francis Bacon*, alors procureur général et conseiller personnel du roi, prit une décision en faveur de *Lord Ellesmere (Chancellor)*. Ce fut à cette occasion que fut établie la maxime : « *where equity and common law conflict, equity shall prevail* ». Depuis cette date, les tribunaux britanniques font référence à l'*Equity* et la défendent, à l'instar du célèbre juge *Sir George Jessel Mr* qui a affirmé « *There are not two estates as there were formerly (...). There is only one Court, and the equity rules prevail in it* »⁴¹¹.

319. Au XVIII^{ème} siècle, la doctrine d'*Equity* s'est développée de manière complémentaire à la *Common law*, à la *modern trust doctrine* ainsi qu'à la *mortgage doctrine*. Malgré cela, l'*Equity* demeure distincte de la *Common law*. Dans une espèce dont l'apport est riche d'enseignement, le juge a ainsi considéré : « *equity is a branch of law and not a branch of morality. Equitable'morality'is limited to the restraint of unconscionabily in legal context. Equity will not enforce a bare moral promise...* »⁴¹². Ainsi, le Professeur Gary WATT souligne : « *the whole point of equity in a court of law is to prevent the law itself from being turned into an instrument of abuse* »⁴¹³.

⁴⁰⁵ L'Affaire *Rocheffoucauld v Boustead* {1897} 1 Ch 196 ; *All ER* 133 and *Lyus v Prowsa Development* 1 WLR 1044.

⁴⁰⁶ Affaire *Leech v Schweder* (1873) 9 LR App 463.

⁴⁰⁷ Affaire *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarries SA* (1975) 2 Lloyd's Rep 509, (1980) *A All ER* 2.

⁴⁰⁸ Affaire *Lee v Haley* (1869) 5 LR Ch App 155

⁴⁰⁹ Affaire *Williams v Staite* (1979) Ch 291

⁴¹⁰ Affaire *Earl of Oxford's Case* (1615) 1 Rep Ch 1.

⁴¹¹ Affaire *Walsh v Lonsdale* (1882) 21 ChD 9, pp.14-15

⁴¹² Affaire *Buttle v Saunders* (1950) 2 *All ER* 193.

⁴¹³ WATT (G.), *Equity and trusts law*, Oxford University Press, 3rd edition 2012, p. 4.

320. En fait, la réception de l'équité dans un système juridique dépend de l'espace, souvent limité, qu'on veut bien lui accorder. Ainsi, dans les pays de *Common law*, l'*equity* est restée largement individualisée dans un système distinct⁴¹⁴, mais la préservation de son autonomie, pendant une période de plus de cinq cents ans, l'a rendue capable de fonctionner en tant que catalyseur pour apercevoir la nature équitable des autres systèmes juridiques⁴¹⁵. Les principes fondamentaux de l'équité, ainsi révélés, sont assez identiques dans la plupart des systèmes juridiques, bien que la manière de les appliquer ait pris des directions fort variées, au cours des siècles, dans les différents systèmes et d'innombrables situations⁴¹⁶, à l'instar du droit civil québécois qui consacre une notion large de l'équité.

321. Ainsi, nous rejoignons Madame le Professeur Anne-Françoise DEBRUCHE lorsqu'elle souligne que « *Equity is unrelated to its common law counterpart meaning the body of law pertaining to such « equitable remedies » as injunctions, estoppel, and trust ;⁴¹⁷ it must be emphasized that when the CCQ speaks of « equity » or the « principles of equity » ; it is in reference to this broad notion of fairness in decision making and not any regime associated with the Common law ; the CCQ's usage of « equity » remains distinct from its counterpart in French civil law as well. The Napoleonic Code reflects the post-Revolutionary goal of eliminating any law-making power on the part of judges, whose roles were to be limited to the direct application of the law, to this day, équité in the French legal system carries with it the somewhat negative connotation of judges derogating from written law in the name of and independent, or subjective, notion of fairness; by contrast, « equity » is generally not regarded with suspicion in Quebec »⁴¹⁸.*

322. Au regard de ce qui vient d'être développé, nous pouvons nous demander si l'équité constitue-t-elle encore une fonction importante dans un système juridique ? Monsieur le Professeur Ralph Newman répond, par l'affirmative : « *la fonction de l'équité dans le droit moderne est de définir les éléments distinctifs que l'équité a apporté au concept de la justice : la bonne foi, le souci du malheur, et un rapprochement raisonnable, en raison de l'époque et*

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁴¹⁵ *Idem*.

⁴¹⁶ *Idem*.

⁴¹⁷ DEBRUCHE (A.-F.), *Équité du juge et territoires du droit privé – Le paradoxe de l'emprise immobilière dans les systèmes romanistes et de common law*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 359.

⁴¹⁸ DEBRUCHE (A.-F.), *Equity*, Paul-André Crépeau Centre for Private and Comparative Law, McGill Faculty of Law (consulté le 7 avril 2019 sur : www.mcgill.ca/CentreCrepeau/projects/terminology/guide/equity).

des circonstances, des intérêts opposés »⁴¹⁹. Généralement, c'est au législateur de fixer les bases fonctionnelles de l'équité. Toutefois, du fait de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent également y avoir recours c'est le sens de l'amicable composition.

323. Une adhésion mitigée. Il arrive que les parties à un litige choisissent que la décision soit prise en équité plutôt que selon les règles traditionnelles, l'on parle alors d'amicable composition. Cette hypothèse est prévue par la loi. En effet, l'article 12, alinéa 4 du Code de procédure civile énonce en ces termes : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

324. Le Doyen Gérard CORNU définit l'amicable composition comme « *une mission de statuer que les parties à un procès peuvent, devant les juridictions étatiques, conférer au juge saisi par convention expresse dans les matières dont elles ont la libre disposition* »⁴²⁰. La personne qui accepte cette mission est appelée « *arbitre amiable compositeur* ». Il peut s'agir d'un arbitre ou d'un juge étatique, son choix n'est nullement sujet à caution, dans la mesure où c'est à bon sens que les parties s'en remettent. La décision rendue en équité a la même valeur que si elle l'avait été en droit, elle lie les parties concernées. Par conséquent, elle n'est pas, en principe, susceptible d'appel, « *à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage* ». ⁴²¹ Il ne leur reste que le recours en annulation pour faire disparaître la sentence.

325. Néanmoins, la notion d'amicable composition se distingue difficilement de celle de l'équité ou d'*ex æquo et bono*. La tâche a été simplifiée par la doctrine, voire par la jurisprudence qui considère que les deux dernières notions rapportent à une forme d'équité. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans lequel elle considère que « *la clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des*

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 291.

⁴²⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 62.

⁴²¹ Article 1482 du NCPC.

stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige »⁴²².

326. Traditionnellement, le recours à l'amicable composition requiert *trois conditions*, somme toute classiques, à savoir : La convention des parties doit résulter d'un accord exprès. En outre, ledit accord doit revêtir une forme suffisamment expresse pour être certain, ce qui exclut naturellement, tout accord implicite ; Les parties doivent avoir la libre disposition de leurs droits, c'est-à-dire qu'il est impossible d'avoir d'amicable composition sur des droits qui relèvent de l'ordre public ; Les parties ne peuvent signer d'accord que pour un litige né. Ceci distingue l'amicable composition de l'arbitrage en ce sens qu'elle n'a pas vocation à prévenir un litige éventuel.

327. Le recours à l'amicable composition remonte à une époque où la règle de droit n'était pas véritablement encadrée. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir ainsi conféré à l'amicable compositeur n'est pas, comme l'affirme à juste titre, Monsieur le Professeur Charles JARROSSON « *un rejet du droit, il ne dispense pas l'arbitre de raisonner en droit, mais lui permet de corriger la solution à laquelle il parvient au terme d'un raisonnement en droit, si cette solution ne lui apparaît pas équitable* »⁴²³. Pour cette doctrine, l'amicable composition est un correctif⁴²⁴. Ce terme illustre, de la manière la plus exacte, la spécificité de l'amicable composition. Toutefois, dans le système romano-germanique, ce rôle correctif demeure très limité, dans la mesure où la loi n'en fait pas référence. Ainsi, en matière contractuelle, l'on peut observer que les juges du fond appliquent rigoureusement les dispositions de l'article 1103 du Code civil, lesquelles reconnaissent l'accord des parties comme leur « loi ». Dans certaines situations, au nom de l'équité, le contenu de cet accord peut être complété par une décision judiciaire.

328. L'amicable composition est aussi un supplétif, en ce sens qu'elle vient compléter ce que la règle de droit n'a pas prévu. Tel est le sens de l'article 700 du Code de procédure civile qui autorise le juge « *à condamner la partie perdante aux dépens à payer à l'autre partie, la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens* ». En

⁴²² CA de Paris, 28 novembre 1996, *Rev. Arb.* 1997, p.381, note Locquin E. ; CA de Paris, 4 novembre 1997, *Rev. arb.* 1998, p.704, obs. Derains Y.

⁴²³ JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage interne. Le contrôle de la sentence », in Conférence à la Cour de cassation, le 14 juin 2002, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, hors série, p. 1 (disponible en ligne, consulté le 5 mars 2019).

⁴²⁴ *Idem.*

conférant au juge la faculté d'apprécier le caractère inéquitable de la situation de la partie condamnée, les dispositions de l'article précité peuvent être considérées comme un moyen de lutter contre un déséquilibre économique entre les parties à un litige. Le recours à l'amiable composition suppose une société de confiance et non de défiance, ce qui explique son faible recours au profit de l'arbitrage. Elle apparaît, en définitive, dans sa fonction primordiale, comme un facteur d'apaisement ⁴²⁵. Elle offre un certain nombre d'avantages consistant d'éviter une interprétation trop stricte des clauses du contrat, à maintenir les liens existants après la résolution du litige, ce qui constitue un point de ressemblance avec la conciliation. S'agissant du juge, étant donné que dans la plupart des cas, les divergences entre l'équité et le droit sont minimales, il peut trancher le litige pour lequel il est saisi selon les règles de droit qui lui semblent équitables, dès lors que l'ordre public est respecté.

329. L'amiable composition a « *pour effet typique de conférer à l'arbitre, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle certains pouvoirs particuliers, sans s'enfermer lui-même dans le droit strict en se privant du pouvoir dérogatoire dont il est investi* » ⁴²⁶. Le domaine d'application de l'amiable composition est très large, en ce sens que quasiment tous les litiges peuvent être tranchés selon cette notion, à l'exception de ceux relatifs aux droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, par exemple, les droits attachés à la personne (divorce). Il s'agit d'une exclusion réelle, car l'amiable composition a pour fondement l'accord des parties, ce qui est tout à fait logique, car à défaut pour celles-ci d'avoir la libre disposition de leurs droits, elles ne pourront disposer du mode de jugement. Bien que la décision soit prise sans fondement juridique, l'amiable compositeur est tenu au respect des garanties propres à une bonne justice, à savoir : les droits de la défense, le principe du contradictoire et l'indépendance du juge choisi.

330. En outre, le juge ne doit violer aucune règle d'ordre public et motiver sa décision. ⁴²⁷ Ainsi, c'est cette garantie qui permet tant à un arbitre qu'à un juge étatique d'être choisi comme amiable compositeur. S'agissant de la motivation de la sentence, la jurisprudence de

⁴²⁵ JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage interne. Le contrôle de la sentence », *op.cit.*, p.469.

⁴²⁶ CORNU (G.), *op.cit.*, p. 468.

⁴²⁷ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 10 juillet 2003, n° 01-16964, inédit : s'ils motivent leur sentence par l'application de la règle de droit, ils doivent alors préciser en quoi celle-ci est conforme à l'équité.

la Cour de cassation est de stricte application⁴²⁸, notamment lorsque le juge du fond omet de faire référence à l'équité ou à la mission de l'amiable compositeur qui lui avait été confiée. Toutefois, lorsque l'arbitre fait référence à l'équité plutôt qu'à la règle de droit, la jurisprudence se montre souple⁴²⁹, n'annule pas la sentence, pour autant que ladite référence n'ait pas modifié au fond la solution « théorie de l'équivalence des solutions ». En cas d'irrégularité soulevée par l'une des parties, l'amiable composition donne à la cour d'appel le pouvoir qu'avait l'arbitre en première instance⁴³⁰, c'est-à-dire qu'elle doit, à son tour, également statuer comme amiable compositeur.

331. Le choix des parties de recourir à l'amiable composition du juge est caractérisé par la simplicité du procédé, une simple déclaration au juge chargé de trancher leur litige suffit. Pourtant, on constate que de nombreux justiciables font appel à l'arbitre plutôt qu'au juge, amiable compositeur. Les raisons peuvent être multiples, nous semble-t-il : nous pensons que l'obligation d'attendre que le litige soit déjà né en constitue une, et non la moindre. La réalité est qu'en respectant pareille obligation, l'on peut s'attendre à ce que le litige soit jugé en équité. Or, s'agissant d'un litige individuel né du travail, par exemple, les prétentions des parties sont différentes. Par conséquent, celle qui estime avoir plus de chance de gagner aurait plutôt tendance à ce que la décision soit rendue en droit qu'en équité.

⁴²⁸ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 17 décembre 2008, n° 07-19915, inédit ; Cass. 1^{ère} Ch. civ., 1^{er} et 2 février 2012, n° 11-11084, inédit.

⁴²⁹ C.A. Paris, 1^{re} Ch. civ., 28 février 1980, *Rev. arb.*, 1980, p. 538 ; Cass. 2^{ème} Ch. civ., 30 septembre 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 431 ; C.A. Versailles, 13 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995 p. 495.

⁴³⁰ Cass. 1^{ère} Ch. civ., 11 février 2015, n° 13-21478, inédit.

Conclusion du Chapitre 2

332. La loi qui crée une juridiction fixe le champ de compétence. Le principe de double degré de juridiction demeure une exigence, y compris dans les litiges individuels du travail. Nous avons montré que toutes les législations des cinq pays d'Afrique francophone étudiés disposent de règles propres à la procédure civile. L'étude de la délimitation du litige nous a permis de relever que, en raison du principe de l'unité du litige, interdiction est faite aux parties de modifier le fait juridique initial ayant donné lieu à l'ouverture du procès, et que, lorsqu'une partie forme une prétention, celle-ci délimite le litige. Par conséquent, il est interdit aux parties à un litige de présenter des demandes étrangères au litige initial.

333. Dans un premier temps, il ne suffit pas qu'il y ait un litige lié au contrat de travail. Ce dernier doit surtout démontrer l'existence d'un lien de subordination afin de le distinguer des autres types de contrat dont le règlement judiciaire échappe à la compétence des tribunaux du travail, notamment le contrat de consultance qui relève de la compétence du tribunal de commerce. Cette exigence est d'une importance notable, parce qu'en l'absence d'une spécialisation des magistrats, il n'est pas exclu qu'en pratique, il y ait une tentative d'attribution de compétence inexistante. Toutefois, sensible aux conséquences de la mondialisation des économies sur le droit du travail, la jurisprudence a élaboré, ces dernières années, un concept nouveau, le « *co-emploi* », qui permet de réduire la marge de manœuvre de certains employeurs lors des litiges impliquant les multinationales.

334. Dans un second temps, nous avons démontré que l'absence de tribunaux du travail dans certains pays d'Afrique francophone est l'un des facteurs qui contribuent à l'engorgement des tribunaux du droit commun ainsi qu'à la lenteur des procédures, en plus de l'insécurité juridique. Plus exactement, le monopole des tribunaux du droit commun de connaître plusieurs affaires favorise, à certains égards, la perte de confiance des justiciables. Nous avons également démontré que la spécialisation des magistrats professionnels était le seul moyen d'améliorer la qualité des décisions rendues et de restaurer la confiance en la justice étatique.

335. L'analyse des prévisions et des prescriptions nous a également permis de relever qu'aujourd'hui, le procès n'est plus la seule voie pour résoudre les litiges individuels du travail, et que le recours aux modes alternatifs du litige est une alternative efficace. En effet,

les parties sont certaines d'être fixées sur leur sort dans un délai raisonnable. Aussi, les négociations se tiennent en toute confidentialité contrairement au procès dont la date d'audience est soumise à la publication par tous les moyens reconnus par la loi.

336. Nous pensons que, dès lors que le constat est fait quant aux limites des procédures classiques de règlement des litiges individuels du travail, sans suggérer la suppression des juridictions étatiques, le renforcement de la procédure de conciliation obligatoire telle qu'utilisée dans le système de la *Common Law* britannique est plus que nécessaire. D'autre part, dans la mesure où la société africaine francophone est, en général, fondée sur la culture de parole, la justice, fût-elle étatique, doit demeurer la condition nécessaire d'harmonie sociale.

Conclusion du Titre 1

337. Généralement, on constate que la culture de règlement des litiges individuels, par voie du procès et de règlement à l'amiable est ancienne dans les cinq pays d'Afrique francophone concernés par notre étude. Durant l'époque coloniale, elle coexistait avec les juridictions européennes dont les dispositions étaient applicables dans les colonies. Sa particularité était qu'elle ne connaissait que des litiges entre indigènes. Ailleurs, comme au Congo belge, la surveillance générale de ces juridictions indigènes était confiée à un magistrat relevant de l'organisation judiciaire principale du pays : le juge du tribunal du parquet. Ce dernier, non seulement contrôlait leur activité, mais il donnait aussi aux tribunaux toutes les directives nécessaires pour une bonne administration de la justice. Si au Cameroun, elles existent encore aujourd'hui, leur compétence n'inclut pas les litiges individuels du travail.

338. En Guinée, au Mali et au Sénégal, en particulier, elles ont fait leur réapparition en force, en raison de deux motifs : d'une part, sous l'impulsion du droit OHADA, la plupart des États membres⁴³¹ encouragent avec succès le transfert des activités du secteur informel vers le formel. Ainsi, on constate durant ces dernières années, l'accroissement du nombre d'entreprises créées du fait de la réduction du montant du capital social et une certaine facilité dans les procédures de déclaration de recrutement des salariés. Or, la réalité africaine est que le « *business* » est avant tout une affaire de famille, voire de communauté. On peut penser qu'en cas de litige individuel du travail entre l'employeur et son salarié, tous deux membres d'une même communauté, la partie la plus diligente, par respect des valeurs propres à sa famille ou à sa communauté, sera tentée de saisir l'autorité traditionnelle « *patriarche* » dotée d'une compétence juridictionnelle pour un règlement à l'amiable, plutôt que la juridiction étatique, dans le souci de préserver la cohésion sociale de la communauté. En conséquence, la justice étatique n'est sollicitée que dans le pire des cas. D'autre part, l'institution judiciaire paraît éloignée des perceptions et des préoccupations communautaires et quotidiennes des populations⁴³².

⁴³¹ Le Sénégal, à travers la loi du 6 mai 2014, est le premier État membre à avoir procédé à la réduction du capital social en vue de la création de la SARL (le capital social est passé de 1.000.000 F CFA à 100.000 F CFA). Le Mali, avec la loi de mai 2015, fixe le capital à 500.000 F CFA, et au Cameroun, la loi n°2016/017 du 14 décembre 2016 fixe le capital social à 100.000 F CFA. La surprise est venue de la R.D.Congo, notamment avec les arrêtés ministériels n° 002/CAB/MIN/J et n° 243/CAB/MIN/FINANCE/2014, qui laissent la liberté quant à la fixation du montant du capital social. Ainsi, à ce jour, on observe un réel accroissement de créations d'entreprises, fussent-elles de petite taille.

⁴³² KONDE (K.) et *alii*, Demandes de justice et accès au droit en Guinée, *Droit et société* 2002/2, n° 51-52, p. 387.

339. L'analyse de la modernisation des juridictions traditionnelles nous a montré qu'elles avaient besoin d'une refonte qui permettrait le désengorgement des greffes des tribunaux du travail. Les prévisions générales n'ont pas encore atteint leurs objectifs, dans la mesure où, pour pallier l'absence des tribunaux du travail, les tribunaux de droit commun continuent à connaître des litiges individuels liés au travail. Ainsi, nous avons indiqué que, le recours au juge ne consacrait qu'une exclusion relative, car son intervention reste de mise, soit pour interpréter l'accord des parties, soit pour l'homologuer. De plus, les mécanismes de ces prévisions, à l'instar de la transaction, de la conciliation, de la médiation et de l'arbitrage sembleraient être d'une réelle efficacité. Leur application rassure le prononcé de décision, dans le délai raisonnable et procure une certaine confiance entre les parties au litige. D'autre part, dans l'hypothèse où le recours au juge est requis, c'est l'office des parties qui délimite le litige, notamment en formulant des prétentions, celles-ci devant respecter le principe de l'unicité du procès. Toutefois, le juge ne s'enferme pas dans les prétentions des parties, il propose de plus en plus d'être amiable compositeur pour un règlement pacifique et rapide d'un litige.

Titre 2 – LE TRAITEMENT JURIDICTIONNEL DU LITIGE

340. Comme l'écrit le Professeur Jean-Pierre LABORDE, dans une logique de distinction, on peut rappeler d'emblée que le terme de litige ne peut être assimilé purement et simplement à celui de conflit⁴³³. S'il y a conflit, celui-ci porte sur un point de droit qu'il convient de faire trancher par un tiers⁴³⁴. Lorsque l'on s'intéresse à la gestion juridictionnelle d'un litige en matière sociale, de prime abord, la tendance est à considérer que l'étude échappe aux règles traditionnelles de procédure civile. Or, en raison de l'appartenance du droit du travail au droit privé, la compréhension, tout comme l'analyse des principes directeurs du litige, nécessite un intérêt qui dépasse les frontières de la seule branche de droit privé. Dès lors, sont également examinés les droits de l'homme qui, par nature, tirent leur origine des normes internationales.

341. Bien que confrontés à un phénomène de multiplicités d'instances de règlement de litiges, les demandeurs en cause sont appelés à choisir la juridiction compétente devant laquelle ils peuvent introduire leur action. Il va sans dire qu'avec un tel choix, les conséquences les plus importantes sont celles liées aux règles procédurales. L'intégralité du contentieux relatif aux litiges individuels du travail relève de la compétence exclusive du juge judiciaire. Cette compétence d'attribution est due à la nature du litige né à la suite d'un contrat de travail. C'est la loi et, dans une certaine mesure, la jurisprudence, qui reconnaissent au juge civil une telle compétence, le droit du travail renvoyant aux règles qui le régissent.

342. La doctrine affirme que le droit du procès ne peut plus se contenter, de nos jours, d'une approche strictement juridique limitée à la seule comparaison des différentes procédures traditionnelles de procédure civile. Le développement des sources du droit procédural, en particulier, appelle, sinon un dépassement, du moins un élargissement de l'analyse comparative par l'approche plus synthétique des principes généraux de procédure⁴³⁵. L'articulation entre droit du procès et philosophie de la justice impose l'élaboration d'une authentique théorie générale, non strictement juridique, dédiée à l'ensemble des modes de

⁴³³ LABORDE (J.-P.), « Quels modes de règlement pour les litiges sociaux en France ? », in Ph. AUVERGNON (dir.), *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, Bordeaux, 2002, pp. 149 et s.

⁴³⁴ *Idem.*

⁴³⁵ CADIET L., *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*, *Ritsumeikan Law Review* n° 28, 2011, p. 127

règlement des conflits, juridictionnels ou non, que l'évolution contemporaine tend à coordonner entre eux dans un système global de justice plurielle⁴³⁶.

343. Nous pensons que cette nouvelle théorie proposée par le Professeur Loïc CADIET a l'avantage de dépasser les limites traditionnelles de la théorie du procès, car le droit ne se réduit pas au procès. De plus, la justice n'est pas la seule finalité qu'il poursuit et le droit des autres manières de se réaliser autres que le procès, qui peut être tenu comme frange pathologique de la vie sociale⁴³⁷. En réalité, la gestion juridictionnelle du litige individuel ne dépend pas seulement de la place que le juge veut bien qu'il occupe. Il convient donc, dans un premier temps, de mettre en évidence que le juge doit prendre en compte les principes fondamentaux du procès afin de garantir l'instance dans laquelle il intervient (**Chapitre 1**), pour, dans un second temps, montrer que la solution du litige en dépend (**Chapitre 2**).

⁴³⁶ *Idem.*

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 130.

Chapitre 1 – Le juge et les garanties procédurales

344. Comme l'enseigne Monsieur le Professeur Jean RIVERO, la justice est un service public dont la raison d'être est l'usager⁴³⁸. L'intervention du juge doit être réaliste et ferme en vue d'assurer les garanties procédurales, essentielles, voire fondamentales, à la préservation d'un procès équitable, exempt de tout soupçon de la part de la partie pour qui le jugement n'a pas été favorable. Il faut, en effet, que ces garanties procédurales soient souples mais efficaces, afin de permettre aux parties concernées d'être plus à l'aise pour fournir les éléments nécessaires à la bonne conduite de l'instance, et au juge de mettre en balance, de manière adéquate les intérêts divergents en jeu, en vue de bien trancher.

345. Le droit à un procès équitable et à garanties procédurales est une manifestation de la volonté des peuples civilisés d'imposer une équité dans la relation entre les parties, une tentative de faire en sorte qu'un équilibre soit respecté⁴³⁹. Est aussi concernée la matière sociale, où le niveau de protection dont bénéficie le défendeur en vertu des garanties du procès équitable dépend de la portée des droits de la défense, tels qu'interprétés et appliqués par un juge indépendant et impartial, premier garant de l'État de droit. Ainsi, par exemple, le juge doit maximiser la force protectrice des droits fondamentaux du procès, tels que les droits de la défense, en les interprétant comme des droits minimaux qui interdisent absolument certaines conduites⁴⁴⁰, susceptibles de nuire à la bonne marche de l'instance. Il serait irréaliste, nous semble-t-il, d'interpréter et d'appliquer les garanties du procès équitable *in abstracto* en appliquant des règles strictes qui ne permettent pas de mettre en balance, comme il se doit, les intérêts divergents des parties concernées⁴⁴¹. Ainsi donc, le juge sans tomber dans une partialité qui nuirait à l'essentiel de son intervention, se doit d'être vigilant et d'appliquer sans faille les garanties procédurales fondamentales.

346. Un procès équitable n'est possible qu'en vertu du respect du principe dispositif, socle de la fonction juridictionnelle. En cela, nous rejoignons la thèse de Florence BRUS qui affirme que, lorsque le juge est saisi d'un litige, son office peut être régi non uniquement par les

⁴³⁸ RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

⁴³⁹ SPANO (R.), « Droit à un procès équitable et terrorisme : règles strictes ou garanties procédurales souples ? », Séminaire d'ouverture de l'année judiciaire, Strasbourg, le 29 janvier 2016, (consulté en ligne le 13 juin 2019 sur www.echr.coe.int/Documents/speech_20160129_Spano_JY_FRA.pdf).

⁴⁴⁰ *Idem.*

⁴⁴¹ *Idem.*

dispositions du Code de procédure civile, mais également par les dispositions du Code civil⁴⁴². Dans la première hypothèse, le juge est saisi d'un litige qui prend sa source indépendamment de tout contrat, alors que dans la seconde, le litige prend sa source dans un contrat⁴⁴³. Dans chacun des cas, il s'agit bien d'un litige, mais sa cause diffère, ce qui justifie l'application des dispositions du Code de procédure civile ou du Code civil.

347. Il est clair que le juge est tenu de veiller et d'appliquer les principes fondamentaux du procès, de manière à assurer les garanties procédurales appropriées aux parties concernées. Il s'agit d'un défi que doit relever le juge africain aujourd'hui ; le juge français, par exemple, semble être sorti définitivement de sa « fonction pratiquement nulle » que Montesquieu lui avait assignée. Après une expérience de plusieurs années, les États africains, dans leur grande majorité, sont aujourd'hui en pleine mutation⁴⁴⁴. La mise en place de la CCJA, sous la bannière de l'OHADA, espace commun aux États parties, est la preuve de l'effectivité des garanties procédurales. Il n'est pas question, dans la présente étude, de faire une recherche sur tous les principes fondamentaux s'agissant seulement de mettre en évidence le fait que les variations du droit procédural (**Section 1**) et le respect d'exigences procédurales lient le procès (**Section 2**).

Section 1. Les variations du droit procédural

348. Au sens strict, les variations sont des modifications, des changements, écarts, différences entre deux États⁴⁴⁵. Prises dans le contexte de l'organisation d'un procès⁴⁴⁶, elles expliquent des situations susceptibles d'entraîner des faits nouveaux au cours d'une procédure⁴⁴⁷ de justice. À l'origine, on retrouve le droit processuel dans tous les domaines aussi bien civil,

⁴⁴² BRUS (Fl.), *op. cit.*, p. 257.

⁴⁴³ *Idem*.

⁴⁴⁴ BADARA FALL (A.), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politique en Afrique » (Consulté le 13 juin 2019 sur <https://core.ac.uk/download/pdf/79122022pdf>).

⁴⁴⁵ Dictionnaire de français Larousse (consulté en ligne).

⁴⁴⁶ Selon M. le Professeur Loïc CADIET, il s'agit d'un « *mécanisme social destiné à assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts divergents. Ainsi, le procès remplit-il une double fonction : rendre la justice et résoudre les litiges* » (Cf. CADIET (L.), *Pour une Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 139). Le terme « variation » renvoie à l'idée d'une bataille entre deux parties qui s'affrontent devant une juridiction étatique à l'initiative de l'une d'elles (demandeur), qui formule des prétentions à l'encontre de l'autre (défendeur) lequel cherche à les contester.

⁴⁴⁷ Du latin « *procedere* » qui signifie « avancer vers un jugement ». Il s'agit de l'ensemble des actes ou des règles qui, une fois accomplis, vont permettre à une juridiction de trancher une question de droit.

pénal qu'administratif. En tant que discipline, ce dernier a été officiellement créé par un arrêté à l'initiative d'Henri MOTULSKY.⁴⁴⁸ Il s'agit d'une discipline de recherche qui, plus qu'une branche du droit, est une science comparative fondée sur le rapprochement des procédures et l'étude des thèmes communs à tous les procès⁴⁴⁹.

349. En effet, le droit processuel d'aujourd'hui dépasse la simple comparaison des trois principaux contentieux et se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu importe qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale⁴⁵⁰. Dans la mesure où la bataille engagée par les parties devant le juge a pour finalité le prononcé d'un jugement, chacune d'entre elles est tenue d'observer, les règles propres à la juridiction saisie, tel est le sens de la « *procédure* ». L'objet principal de la procédure est, avant tout, d'éviter le risque de voir les parties se faire justice elles-mêmes. Ainsi, elle fixe un cadre commun applicable à tous les litiges en fonction de leur nature d'une part, et assurer la bonne garantie contre l'arbitraire du juge saisi, d'autre part.

350. En pratique, la procédure « orale » devant le tribunal de travail du fait de son caractère formaliste, connaît des limites qui témoignent sa désacralisation relative (§1). Pour autant, les parties au procès, sous la supervision du juge, sont tenues de respecter les principes fondamentaux (§2). Comme l'indiquent des auteurs, « *il est donc permis de se demander si l'oralité ne devrait pas se résumer à la seule exigence de comparution* »⁴⁵¹.

§ 1. La désacralisation relative de l'oralité

351. De manière traditionnelle, la procédure orale⁴⁵² est la règle devant toutes les juridictions civiles d'attribution, y compris devant le tribunal de travail⁴⁵³. Elle suppose l'existence d'un procès, lequel apparaît comme le lieu d'expression de la parole⁴⁵⁴. Cette dernière peut

⁴⁴⁸ Arrêté du 28 mars 1966 portant réforme destinée aux étudiants intéressés par la profession d'avocat et qui devaient passer le CAPA (Certificat d'aptitude à la profession d'avocat), *JORF* mars 1966, p. 2180.

⁴⁴⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 812.

⁴⁵⁰ GUINCHARD (S.), « *Belles pages 28 : Le droit processuel, droit commun et comparé du procès équitable* », www.sergeguinchard.blogspot.com, (consulté en ligne le 24 avril 2019).

⁴⁵¹ TRAVIER (B) & CROSS (R.), *Procédures*, n° 4, avril 2007, p. 6.

⁴⁵² Article 60 al. 2 du Code de procédure civile sénégalais : « *sauf dispositions légales contraires, les jugements en toute matière sont prononcés publiquement et doivent être motivés, à peine de nullité* » ; article 38 du CPC camerounais, article 41 du CPC malien, article 96 du CPC guinéen, article 15 du CPC congolais.

⁴⁵³ Loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant Code du travail au Cameroun ; loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail au Congo RDC ; loi n° 1/2014/072/CNT du 10 janvier 2014 portant Code du travail en Guinée ; loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail au Mali ; loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant Code du travail au Sénégal.

⁴⁵⁴ ROBIN (C.), *La langue du procès*, thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 11.

emprunter les supports de l'écriture, de l'oralité, du langage des signes ou des technologies de l'information et de la communication⁴⁵⁵. Élément clé dans une instance en justice, la parole entendue, comme l'oralité, suscite des débats parmi les auteurs dont certains l'opposent à l'écrit, tandis que d'autres estiment qu'elle génère une insécurité procédurale et des inégalités entre les plaideurs qui paraissent peu compatibles avec un procès équitable⁴⁵⁶. D'autres encore considèrent que son opposition avec l'écrit est devenue artificielle⁴⁵⁷. Devant les juridictions traditionnelles des pays d'Afrique francophone, la parole⁴⁵⁸ est la seule voie de résolution des litiges, d'où la qualification de « juridiction de parole »⁴⁵⁹.

352. D'autre part, la procédure orale est caractérisée par l'absence de représentation⁴⁶⁰ obligatoire⁴⁶¹ des parties par un avocat, c'est-à-dire, qu'elles se présentent devant le tribunal pour y exposer oralement leurs arguments. Néanmoins, elles peuvent se faire assister⁴⁶² par une autre personne comme un délégué syndical, un collègue, etc., si elles le souhaitent. D'autre part, cette procédure ne requiert pas la présentation de conclusions écrites.

353. Il n'en demeure pas moins que, devant le juge, les parties sont tenues au respect de l'un des principes directeurs du procès. Elles doivent avoir, au préalable, pris connaissance, et dans un délai leur permettant de s'organiser pour répondre le cas échéant, de l'argumentation ainsi que de toutes les pièces produites par la partie adverse. Ainsi, il n'est pas exclu que la tâche soit difficile à la partie qui choisit d'assurer seule sa défense. S'agissant de la prise en compte de l'oralité, elle est plus réelle au Cameroun, notamment devant les juridictions

⁴⁵⁵ CADIET (L.), « Renouveler la parole du justiciable, La parole », in *L'écrit et l'image en justice-quelle procédure au XXIème siècle ?* PULIM, 2010, p.17.

⁴⁵⁶ AUCLAIR (N.), JCP 2000 II. 10291, pp. 696 et s.

⁴⁵⁷ CROZE (H.), JCP 2002 II. 10129

⁴⁵⁸ Etienne LE ROY rapporte que la parole constituait le support primordial de la vie juridique (Cf. LE ROY (E.), *Les Africains et l'institution de la justice*, Dalloz, Paris, 2004, p. 284).

⁴⁵⁹ LE ROY (E.), *op. cit.*, p. 44 et s.

⁴⁶⁰ Il s'agit d'une « Mission d'origine conventionnelle (mandat ad litem) qui confère au mandataire pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant (le plaideur) les actes de la procédure et emporte, sauf dispositions ou convention contraire. Exemple de représentation (obligatoire) réservée aux avocats devant le tribunal de grande d'instance ou aux avoués devant la cour d'appel, représentation (facultative) ouverte à d'autres personnes habilitées par la loi devant certaines autres juridictions (au délégué syndical devant le conseil de prud'hommes, etc.) à charge de justifier d'un pouvoir spécial » (CORNU (G.), *op. cit.*, p. 908).

⁴⁶¹ En principe, l'avocat est dispensé d'avoir à justifier, à l'égard du juge et de la partie adverse, un mandat de représentation comprenant notamment le pouvoir spécial d'accepter ou de donner des offres (Cf. not. Cass. civ., 1^{ère} Ch., Avis du 8 septembre 2014, n°14-70005, Bull. 2014, Avis n° 5).

⁴⁶² Il s'agit d'une « Mission en général confiée par le plaideur lui-même à un avocat (ou devant certaines juridictions, à d'autres personnes habilitées par la loi) qui emporte pour celui qui est chargé pouvoir et devoir de conseiller la partie (d'où le nom de conseil des parties) et de représenter sa défense sans l'obliger (d'où le nom de défenseur), l'assistance n'emportant pas, par elle-même, mandat de représentation alors que celle-ci emporte, sauf exception, mission d'assistance d'où, même devant les juridictions où la représentation est obligatoire, l'éventualité d'une assistance confiée à un autre que le représentant, et devant les autres juridictions, celle d'une assistance existant seule, sans représentant » (CORNU (G.), *op. cit.*, p. 92).

traditionnelles, les *Alkali Courts*⁴⁶³ et les *Customary Courts*⁴⁶⁴ qui font partie intégrante de l'arsenal juridique national. Le maintien des juridictions traditionnelles, apparaissant comme un prolongement de la justice traditionnelle, donne une opportunité à la survie de la parole judiciaire⁴⁶⁵. Dans l'ex-Cameroun oriental, l'oralité est également une forme d'expression admise devant le juge civil⁴⁶⁶. Cette option législative peut se déduire des termes de l'article 2 du Code de procédure civile et commerciale⁴⁶⁷, applicable depuis 1954 dans cette partie du territoire⁴⁶⁸.

354. Dans son application, la procédure orale n'interdit en rien la faculté des parties de présenter leurs conclusions écrites : il s'agit d'actes judiciaires dont l'objet principal est d'exposer l'argumentation d'une partie au procès. S'agissant d'un contrat de travail, un acte écrit et son contenu permettent au juge de rechercher la commune intention de l'employeur et du salarié, car ce dernier émet des prétentions pour espérer avoir gain de cause après son licenciement. Dans la pratique, deux situations peuvent se produire : la première vise le cas où le juge se sert d'éléments extrinsèques à la convention pour percevoir le sens des termes employés.

355. Le juge se fonde sur ces éléments extérieurs à l'acte pour mieux comprendre son contenu ; dans ce cas, il respecte la prééminence de l'écrit et ne viole pas la teneur du contrat⁴⁶⁹. La seconde situation, en matière de litiges individuels du travail, dans la mesure où la gratuité se limite à la seule phase de conciliation préalable, et du fait de l'engorgement des tribunaux, on se rend compte que partout en Afrique francophone, l'écrit s'impose de plus en plus dans les procédures orales, allant même jusqu'à la dispense de comparution. Le recours à l'écrit concrétise la passivité du rôle des parties, confirmant sa prééminence sur l'oral tout au long de la procédure **(A)**. Ainsi, l'on constate qu'il est rare qu'une affaire soit plaidée et jugée

⁴⁶³ Il s'agit des juridictions compétentes pour connaître des litiges dans lesquels les parties sont de confession musulmane. Loi n° 79-04 du 29 juin 1979 portant rattachement des *customary courts* et *Alkali courts* au Ministère de la justice.

⁴⁶⁴ Ce sont des instances judiciaires indigènes, compétentes pour trancher des litiges entre non musulmans pour autant qu'ils soient soumis à la fois aux droits et aux coutumes locales : V. loi précitée.

⁴⁶⁵ WAGUE TCHOKOTCHEU (D.-C.), *L'oralité dans le procès civil*, Thèse, Ngaoundéré et Nantes, 2016, p. 14.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁶⁷ Il s'agit du texte applicable dans l'ex-Cameroun oriental, entré en vigueur en 1958, par arrêté n° 67 du 16 décembre 1954 portant codification et réglant la procédure en matière civile et commerciale devant les tribunaux français du Cameroun, plusieurs fois modifié, notamment par le décret 68/DF/441 du 8 novembre 1968, par l'ordonnance n°72/21 du 19 octobre 1972 et la loi n° 89/019 du 26 décembre 1989 (Cité par WAGUE TCHOKOTCHEU (D.-C.), *op. cit.*, p. 14.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 604.

au cours de la première audience, toutes ces étapes étant précédées par l’instruction ; autrement dit, sa mise en œuvre attribue des pouvoirs étendus au juge **(B)**.

A. Le litige individuel, consécration de la prééminence de l’écrit

356. La notion d’écrit est vaste et varie en fonction des domaines utilisés. L’écrit est l’expression de la parole ou de la pensée par des signes,⁴⁷⁰ ensemble foisonnant d’éléments de preuve matérialisés sur un support papier, que le document émane de la personne qui s’en prévaut ou d’un tiers. Il peut également apparaître sous forme d’un support électronique et constitue une preuve s’il est revêtu de la signature manuscrite de son ou ses auteurs⁴⁷¹.

357. Si l’écrit apposé sur support électronique est admis en droit comparé⁴⁷², force est de constater qu’il ne s’est pas encore répandu dans la procédure relative aux litiges individuels du travail portés devant le tribunal concerné dans les pays d’Afrique subsaharienne, où seul le support traditionnel est accepté, non par conservatisme mais pour des raisons de logistique. Il n’en demeure pas moins que dans quelques rares cas, les conseils des parties s’échangent des conclusions écrites par voie électronique. L’écrit est souvent confondu avec le support papier, tout simplement parce qu’en droit, l’exigence de la règle de la preuve⁴⁷³ fait référence à la preuve écrite sur papier.

358. La jurisprudence opère un contrôle sévère, et n’hésite pas à sanctionner toute irrégularité constatée. Tel est le sens d’une espèce rendue par la Cour suprême du Cameroun : « *Attendu au surplus qu’en énonçant d’une part que jusqu’à l’audience de ce jour le Sieur Doumbe n’a pas rapporté la preuve qu’il a respecté ses engagements envers Kamdem en signant devant le notaire l’acte notarié convenu dans la convention du 13 août 1973 et en décidant, d’autre*

⁴⁷⁰ LARRIEUR (J.), « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l’identification des documents requis à des écrits sous seing privé », *Cahiers Lamy Droit de l’informatique*, 1988.

⁴⁷¹ CORNU (G.), *op. cit.*, pp. 385-386 ; arrêt n° 7 du 26 octobre 1978. *Bull. des arrêts de la Cour suprême du Cameroun*, n° 40, p. 6131.

⁴⁷² La loi française n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique (*JORF* du 14 mars 2000). Cette nouvelle disposition a considérablement modifié la législation existante, notamment en ce qui concerne la preuve. Elle met le support numérique au même pied d’égalité que le support traditionnel (papier), pour autant qu’un certain nombre de conditions soient respectées. Il convient de noter que ladite loi a été influencée par le modèle de la *loi type* adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (*C.N.U.D.C.I.*) sur le commerce électronique, en 1996 (*Cf. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, article 5 bis tel qu’ajouté dans la version de 1998 : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>).

⁴⁷³ Le droit civil camerounais consacre les dispositions relatives à la preuve littérale dans les articles 1317 à 1332 du code civil. Ainsi, l’article 1317 de ce code dispose : « *l’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ».

part, que le présent jugement vaut acte de vente au profit de Kamdem Moïse de l'immeuble litigieux, le premier juge et après lui le juge d'appel, ont suffisamment justifié leur décision, à laquelle ils ont donné une base légale »⁴⁷⁴.

359. Comme pour l'assignation, les conclusions sont soumises au même formalisme, à savoir la formulation des moyens en fait et en droit. Il en va de même pour l'obligation de comparution des parties lors de l'audience⁴⁷⁵, au cours de laquelle elles reprennent leurs conclusions réciproques afin que le juge les prenne en considération. Le recours à l'écrit a lieu plus facilement grâce au consensus entre les Conseils des parties et la composition. La raison est que, dans la mesure où les conclusions écrites sont déposées lors de l'audience, elles valent plaidoirie, en ce sens que, quand bien même l'avocat, au cours de son intervention, n'aborderait pas tous les éléments évoqués dans ses conclusions écrites, elles y rattachent le juge. Ainsi, en pareille hypothèse, une jurisprudence constante⁴⁷⁶ considère qu'il n'y a pas abandon de ces dernières⁴⁷⁷.

360. En fonction des enjeux liés au litige, à partir du moment où l'une des parties se fait représenter par un avocat, le recours à l'écrit s'impose dans la procédure, constituant ainsi un frein à la représentation personnelle. Nous pensons que l'augmentation du recours à l'écrit devant le tribunal du travail montre les limites de la procédure sans représentation obligatoire, et par voie de conséquence, de l'oralité des débats. En réalité, l'écrit ne porte pas atteinte au principe du contradictoire, car les conclusions écrites, lorsqu'elles sont échangées, ont autant de valeur que l'exposé oral pour autant que les parties se mettent d'accord. De cette manière, lorsque les conclusions écrites sont déposées ou confirmées verbalement à la barre, elles lient valablement le juge et doivent ainsi être prises en compte⁴⁷⁸.

361. L'écrit n'affecte pas non plus la primauté de l'oral en cas de contradiction entre les conclusions écrites et les conclusions orales développées à l'audience. D'une part, les parties ne sont pas engagées par leurs écritures, ce qui laisse entendre qu'elles peuvent adopter des

⁴⁷⁴ Cour suprême du Cameroun, 22 mai 1979, inédit.

⁴⁷⁵ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 18 février 2016, n° 14-29242, inédit. La jurisprudence considère que la comparution à minima des parties est requise afin qu'elles se réfèrent à leurs écrits. Le non-respect par l'une d'elles s'apparente à l'absence de soutien de ses demandes. Par conséquent, cela entraîne leur irrecevabilité.

⁴⁷⁶ Cass. soc., 17 juillet 1997, n° 96-44.672, inédit. En l'espèce, le conseil de prud'hommes a été sanctionné pour avoir débouté le demandeur de sa demande d'exécution provisoire de la décision au motif que celle-ci n'avait pas été évoquée oralement, alors qu'elle était sollicitée dans les conclusions déposées par son Conseil.

⁴⁷⁷ Cass. soc., 10 juillet 1990, n° 87-40.677, inédit ; Cass. soc., 25 octobre 1989, Bull. V, n° 618, p. 373.

⁴⁷⁸ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 16 septembre 2003, Bull. II, n° 260, p. 214.

positions différentes de celles exposées dans leurs conclusions écrites⁴⁷⁹. D'autre part, il convient de relever l'absence d'unanimité entre la jurisprudence et la doctrine quant à la reconnaissance du « poids » de l'écrit, y compris dans la procédure devant les juridictions du travail.

362. En effet, force est de constater la prévalence de l'oral sur l'écrit par la jurisprudence⁴⁸⁰. Globalement, l'écrit aurait supplanté l'oral pour devenir, finalement, le mode principal d'expression devant les juridictions civiles⁴⁸¹. Ainsi, dans bon nombre de contentieux, l'essentiel de l'oralité semble, en définitive⁴⁸², incarné par le juge lui-même dans le cadre de l'administration de la justice. Autrement dit, vu de l'extérieur, et de façon quelque peu caricaturale, le juge civil a tendance à se faire écouter, plutôt qu'à écouter les parties⁴⁸³.

363. Nous rejoignons la position du Professeur Emmanuel JEULAND lorsqu'il affirme : « *la question de la place de l'écrit dans la procédure orale est difficile et importante. Elle est importante car les procédures orales concernent plus de la moitié des procédures de première instance ; or le Nouveau Code de procédure civile n'a pas prévu en détail le régime de la procédure orale ; il s'est contenté de répéter une même formule pour tous les tribunaux auxquels la procédure orale s'applique* »⁴⁸⁴. Le même auteur souligne que « *la procédure orale pose aujourd'hui de nombreuses difficultés. Elle a de nombreux défauts qui ne tiennent pas seulement à des questions ou pratiques mais à sa philosophie d'ensemble* »⁴⁸⁵. On sait que, le plus souvent, la procédure liée aux litiges individuels du travail est caractérisée par la complexité des argumentations des parties. Ainsi, l'oral ne suffit pas pour garantir une bonne défense à la partie qui prétend comparaître seule.

364. Le Professeur Emmanuel JEULAND souligne qu' « *il ne faut pas sacraliser l'oral, ce qui est le meilleur moyen de ne pas profiter des avantages de l'écoute que sont la mise en valeur de la parole et de l'écoute, autrement dit de la vie, c'est la vie qui est recherchée, elle*

⁴⁷⁹ Cass. soc., 13 mars 1991, *Bull. V*, n° 136, p. 85.

⁴⁸⁰ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 26 novembre 1998, *Bull. II*, n° 285, p. 171.

⁴⁸¹ WAGUE TCHOKOTCHEN (D.-C.), *L'oralité dans le procès civil*, thèse, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ *Idem.* L'auteur s'appuie notamment sur la circulaire n° 9051/DAJS du 18 novembre 1976, MINJUSTICE, relative à la tenue des audiences au Cameroun.

⁴⁸⁴ JEULAND (E.), « La place de l'écrit dans la procédure orale - La recherche de pistes pour améliorer la procédure orale » (consulté en ligne le 19 avril 2019 sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/proc_dur_18684.html).

⁴⁸⁵ *Idem.*

peut s'exprimer par des instruments techniques autres que la parole »⁴⁸⁶. Cette doctrine émet une suggestion que nous partageons, selon laquelle « *il faut maintenir la procédure orale qui est liée à l'absence de représentation, mais il faut qu'elle reste une procédure souple qui met l'accent sur l'oralité mais pour de bonnes raisons, non parce que l'oralité serait sacralisée* »⁴⁸⁷.

365. Au fond, c'est le souci du bon fonctionnement de l'institution judiciaire qui, jusqu'ici, semble justifier la marginalisation de l'oralité. Dans ce cas, les vertus de justice s'appliqueraient uniquement à des institutions plutôt qu'à des individus⁴⁸⁸. Si la procédure est réputée, fondamentalement, basée sur l'écrit, notamment avec échange des conclusions et des pièces entre les parties (1), les avantages de l'oralité restent considérables (2).

1. L'écrit, un mode de preuve essentiel en droit du travail

367. L'écrit, preuve littérale. C'est l'un des modes de preuve dits « parfaits ». Le droit de la preuve définit plus les moyens d'emporter la conviction du juge que ceux d'atteindre la vérité⁴⁸⁹. En pratique, on reconnaît une plus grande importance à l'écrit qu'à d'autres modes de preuve tels que l'aveu judiciaire⁴⁹⁰ et le serment décisoire⁴⁹¹.

368. Si en droit français, par exemple⁴⁹², l'écrit n'a été défini que récemment, notamment du fait de l'usage d'écrits électroniques, les Codes civils des pays d'Afrique subsaharienne n'ont

⁴⁸⁶ *Idem*

⁴⁸⁷ *Idem*.

⁴⁸⁸ WAGUE TCHOKOTCHEU (D.-C.), *L'oralité dans le procès civil*, thèse, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸⁹ THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve », in *La preuve*, Droits, n° 23, 1996, pp. 41-52, spéc. p. 46.

⁴⁹⁰ AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, t. XII, 6^e édition, par EISMAN (P.), § 751, p. 81. Il s'agit d'une : « *Déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques* » ; pour le Doyen Cornu, il s'agit de « *l'aveu fait au cours de l'instance par une partie ou son fondé de pouvoirs, devant les juges ou arbitres ou devant l'un d'eux* », *op. cit.*, p.112. Il va de soi que devant le tribunal de travail, le sort du procès dépend en bonne partie de cette déclaration et en raison de sa force probante, celle-ci constitue une preuve complète en ce qu'elle lie le juge aux parties.

⁴⁹¹ GHESTIN (J.) & GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1980, n°653 à 664, p.635. Également appelé *litis - décisoire* : « *c'est la déclaration par laquelle un plaideur affirme d'une manière solennelle et devant le juge, la réalité d'un fait qui lui est favorable* ». Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un type de serment qui est très rare en pratique, en raison de son caractère pour le moins dangereux pour celui qui serait tenté de l'utiliser. Ainsi, le serment décisoire n'est admis que pour les personnes capables de disposer de leurs droits.

⁴⁹² En France, il s'agit de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, ayant modifié l'article 1316 du Code civil, lequel dispose « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur*

pas encore consacré de définition à ce terme. À ce jour, la plupart de ces Codes civils se contentent plutôt de parler de preuve littérale, laquelle doit être écrite⁴⁹³. Toutefois, des réformes parallèles ont été mises en place, notamment dans le domaine du commerce électronique.

369. En ce qui concerne les écrits en tant que modes de preuve, certains ont une plus grande force probante que d'autres. Ainsi distingue-t-on les écrits préconstitués, des autres écrits. D'une part, les écrits préconstitués sont spécialement rédigés pour constater un acte ou un fait juridiques lorsqu'ils sont utilisés comme preuves. Ce sont des « actes » instrumentaires. On cite communément l'exemple de l'acte de naissance. Dans ces écrits préconstitués, on trouve l'acte authentique et l'acte sous seing privé.

370. Le Doyen Gérard CORNU parle d'acte sous seing privé ; celui-ci est doté d'une force probante inférieure à celle de l'acte authentique, et n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que sous conditions⁴⁹⁴. D'autre part, on trouve des écrits dont le but initial n'est pas d'apporter la preuve future mais, à certains égards, ils peuvent être utilisés comme preuve. C'est notamment le cas d'un SMS, d'une fiche de poste ou d'une copie de courriel produits par le salarié au cours du procès et qui ne sont recevables en tant que preuves que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige qui l'oppose à son employeur⁴⁹⁵. La preuve électronique et le pouvoir du juge en matière sociale : l'insertion du support électronique en procédure civile n'est pas sans conséquence. En effet, le contraste entre la preuve électronique et la juridiction de travail se repère également dans la confrontation entre l'homme et la technologie, car cette juridiction revêt un caractère particulièrement anthropologique⁴⁹⁶.

modalité de transmission ». Une précision est donnée par l'article 1316-1 de ce code civil français : « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* » ; En Belgique, c'est la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique, en son article 16 §2, qui consacre une définition par les fonctionnalités et dont l'exigence d'un écrit est satisfaite « *par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ».

⁴⁹³ Articles 1317 à 1331 du Code civil camerounais ; article 2 du décret n°2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016 fixant les modalités d'application de la loi n°2015-036 du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali.

⁴⁹⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 23.

⁴⁹⁵ Cass. soc., 30 juin 2004, n° 2-41720, inédit ; cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24410, inédit.

⁴⁹⁶ TERNYNCK (E.), *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique. Essai sur l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, Thèse, Université de Lille 2, 2014, p. 14.

371. La procédure devant le tribunal du travail est dotée d'une valeur humaine ou anthropologique ; elle exige la comparution personnelle des parties et insiste donc sur la constitution corporelle. Le corps a une valeur fondamentale en droit du travail. En effet, le corps du salarié est son objet de travail en qualité de vecteur de la prestation de travail (il est à la fois objet et sujet du contrat). Sur ce point, les technologies de l'information et de la communication (TIC) entrent en contradiction totale avec l'essence de la procédure prud'homale, parce qu'elles entraînent la dématérialisation des rapports humains et, de ce fait, la déshumanisation de la procédure⁴⁹⁷. La recevabilité de preuves écrites sur support électronique en matière de litiges individuels du travail n'est pas très ancienne.

372. On y voit un double inconvénient : d'une part, l'absence d'un encadrement législatif, d'autre part, la difficulté d'établir la frontière entre vie professionnelle et vie privée des salariés dans les entreprises. Toutefois, cela n'a pas empêché la jurisprudence sociale de la Haute juridiction de prendre de l'avance, de manière isolée comme source de droit dans ce domaine particulier. Ainsi, le juge s'est vu octroyer un large pouvoir d'appréciation en cas de litige relatif à des preuves écrites. Il conserve ainsi son pouvoir d'interprétation de la loi pour s'assurer de la validité des documents électroniques produits au cours de la procédure.

373. Dès lors, on constate que le recours à l'expertise devient un élément important du travail du juge, car il ne peut fonder sa décision que par des moyens objectifs. Dans une espèce riche d'apports, un employeur a fait installer sur le lieu de travail une caméra dissimulée dans une caisse, dans le but de surveiller le comportement des salariés à leur insu, prétextant que l'appareil était disposé de façon à enregistrer uniquement les incidents susceptibles de se produire à la caisse dans le magasin, lieu accessible au public, et au cours du travail. La Chambre sociale de la Haute juridiction a considéré que, « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* »⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ TERNYNCK (E.), *op. cit.*, p. 14.

⁴⁹⁸ Cass. soc., 20 novembre 1991, n°88-43120, *Bull.* V 1991, n° 519, p. 323.

374. Les cinq pays d'Afrique francophone étudiés, également membres de l'espace OHADA, sont soumis à une pluralité de règles relevant des législations internes⁴⁹⁹ et du droit OHADA. Or, s'agissant de ce dernier, l'Acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG) consacre dans sa version révisée⁵⁰⁰, des dispositions relatives au support électronique⁵⁰¹. Il reconnaît la même valeur probante à l'écrit, qu'il soit établi sur support électronique ou sur support papier, pourvu qu'il remplisse des conditions de fiabilité, d'authenticité et d'intégrité.

375. Toutes ces législations nationales accordent une place importante au support électronique à condition qu'il remplisse les exigences de forme et d'archivage. La loi sénégalaise sur les transactions électroniques, en son article 27, dispose : « *L'écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transaction* » ; « *Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la*

⁴⁹⁹ Cf. not. loi n° 2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique et son décret d'application n° 2011/1521 du 15 juin 2011 au Cameroun ; décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016 fixant les modalités d'application de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali ; loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques au Sénégal ; loi L/2016/035/AN/28 juillet 2016 relative aux transactions électroniques en Guinée.

⁵⁰⁰ Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo).

⁵⁰¹ L'article 5 de l'AUDCG dispose : « *Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants. Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant. Les livres de commerce tenus en application des dispositions du présent Acte uniforme sont admis par le juge pour constituer une preuve dans les conditions ci-dessus. Les livres de commerce et les états financiers de synthèse constituent des moyens de preuve. Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres de commerce et des états financiers de synthèse peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige* ».

⁵⁰¹ Article 79, al. 1 de l'AUDCG : « *Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux formalités ou aux demandes prévues par le présent Acte uniforme, par tout autre acte uniforme ou par toute autre réglementation. Ces demandes ou formalités peuvent être effectuées par voie électronique, dès lors qu'elles peuvent être transmises par cette voie par leurs destinataires* ».

⁵⁰¹ Article 80 de l'AUDCG : « *Dans chaque État Partie, le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et le Fichier National peuvent être tenus et exploités soit sur support papier, soit sur support électronique. Le Fichier Régional est tenu et exploité soit sur support papier, soit sous forme électronique* ».

⁵⁰¹ Article 82 de l'AUDCG : « *Les formalités accomplies auprès des Registres du Commerce et du Crédit Mobilier au moyen de documents électroniques et de transmissions électroniques ont les mêmes effets juridiques que celles accomplies avec des documents sur support papier, notamment en ce qui concerne leur validité juridique et leur force probatoire. Les documents sous forme électronique peuvent se substituer aux documents sur support papier et sont reconnus comme équivalents lorsqu'ils sont établis et maintenus selon un procédé fiable, qui garantit, à tout moment, l'origine du document sous forme électronique et son intégrité au cours des traitements et des transmissions électroniques. Les procédés techniques fiables et garantissant, à tout moment, l'origine des documents sous forme électronique ainsi que leur intégrité au cours de leurs traitements et de leurs transmissions électroniques sont reconnus valables par le présent Acte uniforme ou par le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme* ».

fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret »⁵⁰².

376. On constate à travers ces dispositions, que la conclusion d'un contrat peut se faire par écrit, soit sous forme papier, soit sous forme électronique, à condition que l'offre demeure accessible de son fait⁵⁰³. Il en va de même pour la transmission par voie électronique des documents ou actes administratifs⁵⁰⁴. Ainsi peut-on observer, en droit français, une récente réforme⁵⁰⁵ relative au contentieux du travail rendant obligatoire, en cas d'appel, la transmission de l'ensemble des actes de procédure par voie électronique à peine d'irrecevabilité⁵⁰⁶.

377. Toutefois, cette insertion de la preuve électronique engendre des paradoxes, comme l'affirme Madame Élise TERNYNCK : « *la preuve électronique est indéniablement présente dans le discours juridique, elle occupe une place subsidiaire dans les textes de droit positif ; la réception de la preuve électronique n'est pas identique dans l'ensemble des domaines du droit ; la réaction des juges est en effet, bien plus ambivalente et complexe que celle adoptée par la doctrine ou par le législateur ; s'agissant du contentieux prud'homal, la preuve électronique est confrontée tantôt à la reconnaissance, tantôt à la défiance* »⁵⁰⁷.

378. En témoigne une autre espèce récente, dans laquelle la même Chambre sociale de la Haute juridiction a déclaré recevable la preuve par TIC. En effet, force est de constater que le développement des technologies d'information et de communication a conduit à recadrer le régime de la preuve, voire à transformer l'office du juge, notamment en matière sociale. Tel est le cas des SMS (short message service) que la Haute juridiction a qualifié de « *messages écrits téléphoniques adressés* ».

⁵⁰² Loi L/2016/035/AN/du 28 juillet 2016 (Guinée).

⁵⁰³ Articles 24 et 25, loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques ; décret n°2008-720 du 30 juin 2008 relatif à la certification électronique pris pour l'application de la loi n°2008-08 du 25 janvier 2008 ; décret n°2008-718 du 30 juin 2008 relatif au commerce électronique pris pour l'application de la loi n°2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques (Sénégal).

⁵⁰⁴ Article 43 de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 : « Tous les échanges d'information, de documents ou d'actes administratifs peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique ».

⁵⁰⁵ Cf. Décret français n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

⁵⁰⁶ Article 930-1 du Code français de procédure civile : « *À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. Lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe ou lui est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. (...)* ».

⁵⁰⁷ TERNYNCK (E), *op. cit.*, p. 16.

379. Dans une espèce, une salariée embauchée comme négociatrice immobilière se disait victime de harcèlement sexuel de la part de son employeur. Elle avait alors produit en justice la retranscription des SMS qui lui avaient été adressés par ce dernier. La Haute juridiction a accepté ce mode de preuve en considérant que, « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »⁵⁰⁸.

380. Cependant, l'arrêt précité nous interpelle en ce sens qu'il va à l'encontre de la jurisprudence constante selon laquelle, ne peut être reçu comme preuve en justice, tout enregistrement d'une conversation téléphonique d'ordre privé ainsi que sa transcription dactylographique, déloyalement obtenue à l'insu de l'auteur des propos invoqués⁵⁰⁹. Il s'agit, ni plus ni moins d'un alignement du SMS, voire de la création d'une nouvelle forme de preuve orale susceptible d'être transmise sous forme écrite. Ainsi, en pratique, la production d'un SMS comme preuve est admissible, sous réserve que sa transcription par voie d'huissier ait été effectuée. Dès lors, il appartient au défendeur, fut-il employeur, d'apporter la preuve contraire de la fausseté. Le juge peut souverainement procéder à toute réquisition devant les organes compétents (opérateurs téléphoniques) pour vérifier certains détails susceptibles d'éclairer sa lanterne.

381. Dans ce domaine, la Guinée, le Mali et le Sénégal bénéficient également de l'apport de la réglementation sous régionale qui est d'une importance non négligeable (CEMAC, CEDEAO, UEMOA, etc.). Avec l'admission des TIC et leur avancée dans les procédures devant les juridictions civiles, y compris celles habilitées à connaître des litiges individuels du travail, on constate que l'oralité, prise dans sa dimension de libre accès à la justice, recule.

⁵⁰⁸ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V n°85. Voir aussi : Cass.Ch. 2° civ., 7 octobre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 447 (À propos d'un enregistrement téléphonique entre les héritiers d'un créancier décédé et la débitrice concernant un prêt. La Chambre civile a refusé de considérer recevable un tel procédé déloyal bien qu'il ne portât pas atteinte à la vie privée de l'auteur des propos invoqués).

⁵⁰⁹ Cass. com., 25 février 2003, n° 01-02913, inédit.

2. L'oralité : ses avantages et les raisons de son maintien

382. L'origine de l'oralité est ancienne, probablement aussi ancienne que le droit lui-même. Ainsi trouve-t-on dans la Bible l'exemple de deux mères qui se disputaient la paternité de l'enfant survivant⁵¹⁰ ; de même le célèbre orateur CICERON dans sa défense Pro MILONE accusé de meurtre⁵¹¹. Généralement, on attribue à la procédure orale les avantages liés à la simplicité du contentieux auquel elle s'applique : favoriser le dialogue entre les parties, faciliter l'accès au juge et être peu coûteuse. En outre, l'oralité offre la possibilité aux parties de se défendre seules, sans recourir à un tiers, fût-il avocat, proche, etc., exception faite des hypothèses selon lesquelles la représentation s'avère obligatoire. D'aucuns considèrent que l'oralité en matière sociale est une occasion, pour le salarié moins instruit (illettré), de mieux faire connaître ses prétentions.

383. Il n'en demeure pas moins qu'en droit comparé, les débats autour du maintien de l'oralité concernent tant le système romano-germanique que celui de *la Common Law* (Anglo-américain et anglais), pourtant réputé être favorable à l'oralité. Ainsi, l'on constate que, même si la doctrine dominante reste favorable à ce maintien elle ne rejette pas pour autant les avantages de l'écrit qui engendre des coûts similaires, à l'instar du Professeur Jay TIDMARSH qui, en examinant l'oralité en droit US américain affirme : « *Oral argument also holds certain advantages : dynamism, flexibility, and responsiveness in presenting the argument ; efficiency ; attention to non- rational (and often emotional) aspects of a decision ; a greater sense of transparency, litigant participation, and judicial engagement ; and, in multi-member courts, channeling discussion for the benefit of other judges on the bench* »⁵¹².

384. Cependant, tout comme devant les juridictions sociales des pays examinés, l'oralité présente des inconvénients en ce qu'elle requiert la présence physique des parties et donc des coûts financiers importants dont elles ne sont pas sûres de recouvrer à l'issue du procès. Ainsi, nous rejoignons l'éminent auteur lorsqu'il observe que « *the fees and travel expenses for a single oral argument might cost the parties thousands of dollars. The cost is clear, but*

⁵¹⁰ I Rois 3 : 16-28, Bible Louis SEGOND, 1910, éd. Alliance Biblique de la RDC, p. 358.

⁵¹¹ Cité par TIDMARSH (J.), *The Future of Oral Arguments*, volume 48, *Loyola University Chicago Law Journal* 475 (2016), p. 476.

⁵¹² *Ibidem*, p. 477.

the benefit is uncertain »⁵¹³. Ces arguments prouvent à suffisance les limites de l'oralité aux litiges importants, quand on sait ce que représentent les frais de justice en droit américain.

385. L'oralité est un principe fondamental de la *Common Law* anglaise qui lui accorde une place importante à tous les degrés de procédure, comme le rappelle Monsieur le Professeur Jack JACOB: « *The advantage of orality is that it fosters the « principle of immediacy », and together orality and immediacy have the effect of enabling the Court to conduct the kind of direct, immediate and dialectical investigation into the relevant facts and the applicable law and by the this process of « cross-fertilisation, » they promote the ascertainment of the truth and the production of the correct decision* »⁵¹⁴. On constate un intérêt similaire au Cameroun, uniquement dans la région anglophone qui applique la *Common law*⁵¹⁵.

386. De même, en procédure administrative, l'oralité a tendance à refaire surface. Ainsi, nous rejoignons le vice-Président Jean-Marc SAUVÉ lorsqu'il met en avant les raisons qui concourent au développement de l'oralité : « *d'abord du fait de la nécessité de traiter les contentieux urgents. L'extrême brièveté de certains délais de recours et de jugement et les contraintes propres aux procédures d'urgence elles-mêmes sont incompatibles avec le « tout écrit » : l'instruction doit nécessairement se poursuivre à l'audience ; ensuite, il procède de la volonté d'améliorer encore la qualité de la justice rendue par la contribution de l'oralité à la manifestation de la vérité et à la mise en valeur des questions posées par un dossier complexe. Cela peut être vrai en plein contentieux, notamment dans les contentieux à forts enjeux économiques générés par la véracité des autorités administratives indépendantes.*⁵¹⁶ *L'oralité peut permettre encore de décanter les vraies questions, d'évacuer des moyens artificiellement gonflés et de mesurer les vraies intentions du requérant. La possibilité d'interroger les parties peut aussi constituer une véritable aide à la décision plus souple, plus efficace et plus rapide qu'une mesure d'instruction écrite ; enfin, cela touche à l'essence*

⁵¹³ *Ibidem*, p. 482.

⁵¹⁴ Sir JACK I.H. JACOB Q.C., *The Fabric of English Civil Justice*, The Hamlyn Trust, London 1987, p. 20.

⁵¹⁵ L'article 2 du Code de procédure civile camerounais dispose qu'« *en matière civile et commerciale, les parties pourront, devant toutes les juridictions, agir et se défendre elles-mêmes, verbalement ou par le ministère des avocats-défenseurs (...) les parties pourront se faire représenter devant cette juridiction par un mandataire de leur choix, muni d'un pouvoir écrit et exprès et agréé par le juge (...)* ».

⁵¹⁶ C.E. arrêt *Centre du château de Gléteins* du 16 février 2001 : « *où était en cause la légalité d'un arrêté ministériel fixant l'évolution des tarifs des prestations des établissements privés de santé non soumis au régime de la dotation globale. Sur cet enjeu de plusieurs milliards de francs, les échanges de mémoires écrits s'éternisaient et, loin de clarifier les choses, ne faisaient qu'ajouter à la confusion. Le président de la formation d'instruction décida alors de ressusciter l'audience d'instruction qui produisit les effets escomptés* » (Cité par le vice-président SAUVÉ, *op. cit.*, p. 8).

*même de la justice : il ne peut y avoir de publicité des audiences sans oralité. Instiller de l'oralité permettrait aussi de mieux comprendre le raisonnement du juge, ce qui favoriserait en retour la confiance du justiciable, l'acceptation de la décision juridictionnelle et, par conséquent, sa légitimité »*⁵¹⁷.

387. Toutefois, selon l'éminent juriste, « *de telles orientations, justifiées dans leur principe, ne peuvent être mises en œuvre sans une claire conscience des contraintes qu'elles entraînent : d'abord les contraintes procédurales, notamment le respect du contradictoire qui passe en particulier par la rédaction de procès-verbaux ou l'enregistrement des échanges en cas d'audience d'instruction ou d'instruction à la barre (en séance de jugement). Il convient aussi de conjurer le risque d'une dérive systématique de l'instruction à l'audience : c'est la raison pour laquelle le recours à l'oralité devrait être soigneusement choisi et encadré, notamment en séance de jugement (détermination précise des questions à poser). Il ne peut aussi être envisagé que s'il se combine avec un exercice effectif de la police de l'audience. Il convient également de mesurer attentivement les contraintes matérielles liées à l'oralité : le recours à celle-ci ne doit pas nuire à l'efficacité de la prise de décision et, notamment, ne pas bouleverser le déroulement des audiences. Bref, les changements ne peuvent être que progressifs et mesurés* ».⁵¹⁸ Si, en pratique, l'oralité n'a pas perdu de son importance en matière sociale, elle fait face à l'accroissement de la mise en état, soutenant ainsi l'écrit dont la qualité tout au long de la procédure reste indéniable.

B. L'accroissement de la mise en état

388. Le Doyen Gérard CORNU définit la mise en état, règle soumise à la volonté des parties, comme « *la phase préparatoire de la procédure principalement ordonnée à l'instruction approfondie de l'affaire et, le cas échéant, au jugement de contestations incidentes ou à la prise de mesures provisoires qui, applicable à toutes les affaires non directement renvoyées à l'audience, se développe sous le contrôle d'un magistrat spécialement investi de cette mission depuis le moment où celui-ci est saisi jusqu'à l'ordonnance de clôture* »⁵¹⁹. Il s'agit d'une procédure indispensable en ce qu'elle concerne la majorité des litiges, quelles que soient leur nature et la juridiction saisie.

⁵¹⁷ SAUVÉ (J.-M.), Vice-président du Conseil d'État, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative ? » *In entretiens d'Aguesseau* Limoges, 7 mars 2008.

⁵¹⁸ SAUVÉ (J.-M.), *op. cit.*, p. 6.

⁵¹⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 662.

389. La complexité et le grand nombre de dossiers ne se retrouvent pas uniquement devant le tribunal de grande instance, juridiction devant laquelle la procédure écrite avec mise en état est organisée textuellement. Cette mise en état est elle-même assurée par une formation juridictionnelle spécifique : le *juge de la mise en état*⁵²⁰. À cet égard, ces dernières années, la grande majorité des dossiers dévolus aux juridictions commerciales et sociales présente indéniablement un enjeu important, appelant à l'examen de règles de droit substantiel complexes, sans oublier les règles de procédure, dont il ne faut pas négliger l'impact sur l'issue de l'instance (règles de comparution, de placement, délais, exceptions de procédure, fins de non-recevoir, etc.)⁵²¹.

390. Les dérives de l'oralité des débats affectant le respect du principe du contradictoire, la loyauté de ces derniers, le contrôle du juge ainsi que l'exercice habituel des voies de recours ont conduit à la création d'une mise en état effective devant les juridictions du tribunal de commerce, du conseil des prud'hommes et du tribunal d'instance⁵²².

391. En matière pénale, la mise en état correspond à l'instruction. Or, la procédure pénale congolaise ne prévoit pas la fonction de juge d'instruction. C'est un magistrat (officier) du ministère public ou du parquet qui, en plus des poursuites, exerce les attributions réservées au juge d'instruction. Bien évidemment, ne fait aucun doute qu'un tel cumul de fonctions n'est pas exempt des risques d'atteintes aux droits de la défense.

392. Nous rejoignons Monsieur le Professeur Nicolas BAYONA-BA-MEYA dans son affirmation : « *les conséquences de cette double mission confiée au ministère public sont les suivantes : partagé entre la mission d'instruire à charge et à décharge, tâche qui est inconciliable avec la mission de poursuite qui lui demande de préparer le dossier de l'accusation, le ministère public va imprimer à sa mission d'instruction une allure unilatérale, c'est-à-dire, il va privilégier la mission d'accusateur public, de partie poursuivante . Pour ce faire, il va essentiellement poursuivre à charge ; car il s'agit pour lui de préparer le dossier de l'accusation, violant ainsi gravement le principe constitutionnel de la présomption d'innocence. Mais ce n'est pas tout. Les juges vont à leur tour violer ce*

⁵²⁰ RASKIN (E.), L'oralité de la procédure battue en brèche ?, *Gazette du Palais* n° 13400, 8 octobre 2010, p. 1.

⁵²¹ *Idem.*

⁵²² *Idem.*

*principe parce qu'ils vont poser leurs questions au prévenu sur la base d'un dossier qui contient uniquement des éléments à conviction, à telle enseigne que l'analyse attentive de ces questions fait voir qu'aux yeux des juges, le prévenu est présumé coupable et il doit, par ses réponses, démontrer qu'il est innocent »*⁵²³.

393. Ainsi définie, la mise en état doit être distinguée de la « remise en état », qui est une mesure conservatoire, ordonnée par le juge de référé afin que soit rétablie une situation de fait qui lui est soumise par l'une des parties et dont il estime qu'elle comporte un trouble. Contrairement à la pratique en droit français et en droit belge, qui prévoient une communication à distance par le biais du *Réseau Privé Virtuel des Avocats*, les audiences de mise en état en Afrique francophone requièrent la présence physique des avocats. Cela confère au juge des pouvoirs étendus durant l'instance **(1)**. D'autre part, l'exigence de célérité et l'impératif de gestion juridictionnelle expliquent la compétence exclusive que reconnaît au juge la loi actuelle **(2)**.

1. Une extension des pouvoirs du juge de la mise en état

394. On constate que l'insertion de la mise en état dans le droit positif des pays d'Afrique francophone étudiés est ancienne et réelle, bien que tous ne l'aient pas encore expressément insérée dans leur arsenal juridique, à l'instar du Sénégal dont le législateur est intervenu à travers un décret qui a institué le « juge de la mise en état chargé de la mise en état des affaires »⁵²⁴. En droit comparé, le juge de la mise en état est né avec le nouveau Code de procédure civile, est entré en vigueur en France en 1976 et ayant connu, depuis lors, de nombreuses transformations. Ce juge est lui-même le fruit d'une lente maturation : il est en effet l'héritier du juge chargé de suivre la procédure, qui avait été instauré par le décret-loi du 30 octobre 1935, mais dont les pouvoirs étaient limités, puis du juge des mises en état des causes qui avait été créé à titre expérimental grâce au décret du 13 octobre 1965⁵²⁵, et dont les

⁵²³ BAYONA-BA-MEYA (N.), « Regard estimatif sur les problèmes saillants du fonctionnement de la justice congolaise », in *Lukuni Lwa yuma (revue interdisciplinaire)*, Presse de l'Université Libre de Luozi, vol. 2, n° 3, 1998, p. 36.

⁵²⁴ Décret n° 2001-115 du 31 décembre 2001 a récemment été complété par un décret n° 2013-1071 du 6 août 2013 modifiant le décret n°64-572 du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile, modifié, qui renforce les pouvoirs du juge de la mise en état, notamment afin d'accélérer le traitement des procédures juridictionnelles.

⁵²⁵ MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès civil », in *Écrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, Préface de G. BOLARD, p. 136 et s.

prérogatives, très étendues, étaient celles du juge de la mise en état lorsque ce dernier a été mis en place⁵²⁶.

395. En pratique, les audiences de mise en état se déroulent entre les dates d'assignation et de plaidoirie. Elles permettent d'une part, aux parties de produire leurs conclusions écrites et de s'échanger des pièces, d'autre part, au juge de vérifier l'état d'avancement de la procédure, le cas échéant, de régler les difficultés existantes. Ainsi, lorsque chacune des parties aura déposé au greffe toutes les conclusions écrites exposé les faits, moyens et arguments qui soutiennent sa demande, fait valoir l'ensemble de ses prétentions ou répliqué aux arguments de la partie adverse), afin qu'elles soient à la disposition du juge, celles-ci devront en même temps se communiquer mutuellement lesdites conclusions, et par la suite, la juridiction saisie devra clôturer la phase de la mise en état.

396. Le juge de la mise en état est désigné lors de la mise au rôle. Cheville ouvrière du système procédural⁵²⁷, il a pour mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. Il fixe au fur et à mesure les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire par rapport à sa nature, à son urgence et à sa complexité. L'instruction ne se confond pas avec le juge de la mise en état, mais elle n'en est pas indissociable⁵²⁸. Le juge de la mise en état a en outre une compétence exclusive dans certains cas pour prendre des décisions qui ont un caractère juridictionnel. Il peut, au cours de l'instruction, se transformer en véritable juge. Il est clairement établi que l'objet premier du dépôt des conclusions est d'assurer la contradiction entre les parties. Dès lors se pose la question du sort des conclusions communiquées tardivement à l'autre partie : doivent-elles être écartées pour atteinte au droit de la défense ? La réponse semble être positive, dans la mesure où le juge devra apprécier le degré de cette atteinte au cas par cas.

397. Nous pensons que le dépôt des conclusions au greffe dans le délai fixé par l'ordonnance de clôture, mais communiquées à la partie adverse un mois après l'expiration dudit délai, n'affecte pas le principe du contradictoire. En matière sociale, l'encombrement des rôles des

⁵²⁶ MINIATO (L.), « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », in *La spécialisation des juges*, Actes du colloque des 22 et 23 novembre 2010, organisé à l'Université Toulouse 1 Capitole (consulté en ligne le 13 juin 2019) sur <https://books.openedition.org/putc/529>, p. 1.

⁵²⁷ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, p. 136.

⁵²⁸ MINIATO (L.), « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », *op. cit.*, p. 3.

juridictions saisies est la conséquence de lenteur de la mise en état des affaires. Or, il existe un moyen efficace d'y mettre terme, sinon de le réduire considérablement, notamment par l'extension des pouvoirs du juge de la mise en état. Ceci a l'avantage d'accélérer le délai de traitement des dossiers avec toute la rigueur attendue par les justiciables.

2. La justification d'une compétence exclusive

398. Le rôle du juge de la mise en état est établi par le fait que ce dernier, n'est pas un juge spécialisé en matière d'instruction civile, mais un juge intervenant au premier, comme au second degré (ou conseiller de la mise en état en appel), chargé de l'instruction devant les juridictions, et ce pour les litiges les plus complexes. Nous pensons par ailleurs que les flux des demandes en justice justifient la reconnaissance à ce juge de cette compétence exclusive actuelle. Cependant, si la plupart des législations des pays concernés, prévoient un juge de la mise en état, c'est sans compter la loi congolaise ; plus qu'elle ne prévoit pas le juge d'instruction.

399. La doctrine parle du passage d'une *justice artisanale*, où les parties disposaient d'une grande liberté dans la conduite de l'instance, où la parole prédominait dans le procès et où l'audience tenait la place principale, à la *justice managériale*, où elles ne sont plus tout à fait libres de conduire le procès comme bon leur semble⁵²⁹. Ainsi, la réforme du Code de procédure civile mise en place au Sénégal, par exemple, consacre des dispositions incitatives et dissuasives telles que l'introduction d'un « *rôle d'attente* » concernant les affaires qui ne sont pas susceptibles d'être instruites immédiatement, notamment celles qui ont fait l'objet et dont les jugements ne sont pas disponibles, ou encore celles dans lesquelles une expertise a été ordonnée, cette réforme permet ainsi de ne maintenir au rôle que les affaires susceptibles de recevoir un traitement diligent⁵³⁰ ; l'obligation, pour les parties, de déposer et de communiquer les pièces à la première audience fixée dans l'assignation⁵³¹ et l'obligation de fixer la date de la première audience en appel au plus tard trente jours à compter de l'exploit de l'huissier par lequel l'appel est formé⁵³². De même, cette réforme innove dans le droit positif en introduisant le « *contrat de procédure* » lequel donne la possibilité aux parties de

⁵²⁹ *Idem*, p. 5.

⁵³⁰ Décret n° 2001-115 du 31 décembre 2001 modifiant le Code de procédure civile, *op. cit.*, article 45 al. 3 du CPC sénégalais.

⁵³¹ Article 33 al. 3, CPC sénégalais.

⁵³² Article 266, CPC sénégalais.

fixer, dès le début de la procédure, et en accord avec le juge de la mise en état, des délais précis pour l’instruction des dossiers⁵³³.

400. La loi précise, outre la fixation des délais, que la nature et la complexité des affaires devront être prises en compte. Concrètement, les pouvoirs du juge de la mise en état sont renforcés. Celui-ci devra faire respecter rigoureusement ces délais⁵³⁴, vider les litiges de tous les incidents procéduraux afin que la formation collégiale parvienne à se consacrer exclusivement à l’examen des problèmes de fond. Il va sans dire que, le fait que le juge de la mise en état se voit reconnaître le pouvoir de toutes les exceptions de la procédure, constitue, nous semble-t-il, une bonne réponse face à l’augmentation considérable du nombre de litiges individuels du travail et de leur complexité.

§ 2. Le respect des principes fondamentaux

401. S’interroger sur les principes fondamentaux revient à soulever la problématique du droit à un procès équitable. En effet, d’un côté, les libertés fondamentales sont les droits essentiels pour chaque justiciable assurés dans un État de droit ; de l’autre, ces droits servent de socle dans une instance procédurale, dans la mesure où ils permettent d’identifier les rôles respectifs du juge et des parties. Cependant, la multiplication des principes fondamentaux ne facilite pas leur mise en œuvre, créant ainsi une confusion, notamment entre les principes directeurs du procès tels qu’on les connaît en procédure civile, en procédure administrative et en procédure pénale, et les droits de l’homme en matière de procédure⁵³⁵. Dès lors, se pose la question de savoir ce qu’il convient de faire.

402. La doctrine dominante considère qu’il convient de prendre en compte tous les principes fondamentaux de la procédure-droits de l’homme ou de simples principes directeurs et de tracer les contours d’une théorie d’ensemble, afin de lutter contre l’éparpillement des solutions, tout en s’attachant aux détails des affaires, car ce qui importe, c’est l’application de

⁵³³ Article 54 al. 6 CPC sénégalais.

⁵³⁴ La nouvelle loi a également pour objectif de sanctionner les procédures dilatoires qui sont une réalité de salles d’audiences dans les pays d’Afrique subsaharienne. Ainsi, son article 81 prévoit la possibilité, outre les dépens, de condamner la partie qui a succombé au paiement d’une somme en compensation des frais exposés par l’autre partie. De même, l’article 278 porte à 1.000.000 de Francs CFA l’amende à laquelle l’appelant peut être condamné en cas d’appel abusif ou dilatoire.

⁵³⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2014, p. 213.

ces principes aux cas particuliers⁵³⁶. S'agissant des pays d'Afrique francophone, si nous ne croyons pas à l'effectivité d'une telle proposition doctrinale, nous pensons que les limites à l'accès au juge sont nécessaires **(B)**, afin de garantir le fonctionnement efficace recherché par les justiciables **(A)**.

A. Les garanties fonctionnelles : la portée

403. Il s'agit des garanties qui s'imposent à l'ensemble des autorités à qui la loi reconnaît le pouvoir de trancher des litiges en application des dispositions légales lors d'une instance à laquelle sont invitées les parties en cause. De valeur universelle, en ce qu'elles figurent dans les résolutions des Nations unies⁵³⁷ et dans la Charte africaine⁵³⁸, elles figurent également dans la plupart des Constitutions⁵³⁹ ainsi que dans les Codes de procédure pénale des pays concernés⁵⁴⁰. Au niveau interne, l'effectivité de ces garanties ne trouve son fondement que dans l'intervention du juge, à qui revient la tâche d'en donner une portée très large. Les garanties fonctionnelles portent sur une variété du droit à un procès équitable **(1)**, ainsi que sur le droit à une justice efficace **(2)**.

1. L'accès à la justice et à un procès équitable

404. L'accès au juge est traditionnellement présenté comme un droit fondamental en raison des liens étroits qu'il entretient avec l'accès au droit. Il est analysé comme un instrument ou une garantie de la concrétisation des droits⁵⁴¹. Néanmoins, aborder ces deux notions peut, à première vue, s'apparenter à la tautologie, voire à l'élémentaire, or nous pensons, comme Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, que la distinction entre les notions d'accès à la justice et d'accès au droit a son importance.

405. En effet, l'accès à la justice permet à toute personne, qui y trouve un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction pour que celle-ci

⁵³⁶ *Idem.*

⁵³⁷ Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

⁵³⁸ Articles 5, 6, 7 et 26 de la Charte africaine (Cf. 22^{ème} résolution de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptée à Banjul, le novembre 1997).

⁵³⁹ À l'instar des articles 12 et 17 de la Constitution congolaise du 16 février 2006.

⁵⁴⁰ Article 57 du Code de procédure pénale de la R.D.Congo.

⁵⁴¹ DONIER (V.), LAPÉROU-SCHENEIDER (B.), « Accès au juge : quelles évolutions ? » (Consulté en ligne le 31 mai 2019 sur : www.crjfc.univ-fcomte.fr/download/crjfc/document/accesjuge/acca-s-aujuge-presentation-sept.-2011-1.pdf).

statue sur sa prétention⁵⁴². L'accès à la justice est donc la condition antérieure au droit d'action et à la demande en justice⁵⁴³, alors que celle d'« accès au droit » est plus délicate à cerner que la notion d'« accès à la justice », ayant d'ailleurs été reconnue plus tardivement par le droit positif⁵⁴⁴. Les deux notions sont étroitement liées, dans la mesure où la première est un préalable à la seconde. La mise en œuvre d'un accès juridictionnel, c'est-à-dire, la possibilité d'exercer un recours ou d'être entendu par un juge, est présentée comme un instrument en faveur de l'effectivité d'un droit⁵⁴⁵.

406. Le droit au juge est toutefois ignoré par certains systèmes nationaux, dans lesquels l'accès au juge se trouve organisé de façon plus ou moins satisfaisante par le législateur qui en définit les modalités d'exercice où se trouvent enfermés les acteurs du procès, le juge lui-même ayant toutefois une certaine latitude pour interpréter les dispositions législatives avec une audace plus ou moins grande⁵⁴⁶. D'autres systèmes sont allés au-delà et ont su, de manière plus ou moins explicite dans leur Constitution⁵⁴⁷ ou leur jurisprudence constitutionnelle, intégrer le droit au juge comme référence pour le législateur et permettre aux justiciables de s'en prévaloir afin de dépasser les dispositions législatives⁵⁴⁸. L'influence des principes fondamentaux sur les droits de l'homme est telle que ceux-ci sont aussi considérés comme des principes processuels⁵⁴⁹.

407. Dans la mesure où le droit d'accès à la justice est une liberté, il doit, à ce titre, être distingué de l'action, celle-ci comportant, en effet, contrairement à la liberté, des conditions précises pour être mise en œuvre⁵⁵⁰. Un auteur considère cependant que le droit d'agir et le droit d'accès à un juge sont deux niveaux d'une seule et même règle⁵⁵¹. Que ce soient deux notions ou deux niveaux différents, il existe, de toute façon, un consensus pour différencier le

⁵⁴² FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit d'accès à la justice et au droit » (Consulté en ligne le 12 mai 2019 sur : <https://mafr.fr/fr/article143-le-droit—daccess-a-la-justice-et-au-droit>).

⁵⁴³ *Idem*.

⁵⁴⁴ *Idem*.

⁵⁴⁵ GUILLAUME (G.), « Le droit au juge : droit ou slogan ? » (Consulté en ligne le 15 mai 2019 sur : <https://academiesciencesmoraletespolitiques.fr/2011/10/21/le-droit-au-juge-ou-slogan/>).

⁵⁴⁶ RIDEAU (J.), « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 2010, p. 4.

⁵⁴⁷ Toutes les constitutions des pays concernés prévoient explicitement de telles dispositions : Cameroun (préambule), Congo- RDC (article 19), Guinée (article 9), Mali (article 10), Sénégal (article 6).

⁵⁴⁸ RIDEAU (J.), *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁹ JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 219.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁵¹ BANDRAC (M.), « L'action en justice, droit fondamental », *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, 1, cité par E. JEULAND, *op. cit.*, p. 220.

droit au juge et l'action⁵⁵². Dans la même logique de distinction, nous rejoignons le Professeur JEULAND lorsqu'il affirme que les droits fondamentaux sont dirigés vers l'État tandis que les droits subjectifs sont orientés vers les particuliers. L'État peut d'ailleurs, en tant que personne morale, être titulaire de droits subjectifs et d'actions en justice⁵⁵³.

408. L'accès à la justice est reconnu par les instruments universels et régionaux des droits de l'homme. L'interprétation, par exemple, des dispositions des articles 2 paragraphe 3 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, confirme que c'est non seulement un droit en soi, mais aussi un droit précurseur, en ce qu'il permet aux justiciables, y compris au niveau interne, de faire appliquer leurs droits fondamentaux et d'obtenir réparation lorsque ces droits sont violés.

409. Quant au droit à un procès équitable, il recouvre d'une part, le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, et d'autre part, le droit au respect des principes d'équité dans le déroulement du procès. À l'échelle de l'Afrique, il est consacré par la Charte africaine en son article 7 qui dispose : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend la faculté de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, les règlements et les coutumes en vigueur* »⁵⁵⁴. Le droit d'accès au tribunal est mis à la charge des États qui ont ainsi l'obligation de faciliter l'accès à ce droit tout en leur laissant le choix des moyens de mise en œuvre ; et c'est justement à ce niveau que naît le problème.

410. Pourtant, toutes les Chartes fondamentales prévoient des dispositions garantissant ce droit, à l'instar de la Constitution sénégalaise dont l'article 90 assure l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions. Or, l'indépendance n'est effective que lorsque ces derniers sont impartiaux et réellement inamovibles (les juges ne pouvant en principe être affectés sans leur consentement sauf en cas de nécessité de service) dans leurs offices. C'est notamment les cas de l'interdiction du cumul des fonctions de poursuite d'instruction et de jugement⁵⁵⁵, qui correspond à une application de l'exigence d'impartialité, tout comme la règle du double degré de juridiction.

⁵⁵² MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD* 1964, t.9, p. 215, cité par E. JEULAND, *op. cit.*, p. 221.

⁵⁵³ *Idem.*

⁵⁵⁴ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

⁵⁵⁵ Article 239 du Code de procédure pénale sénégalais.

411. S'agissant de cette dernière, la Cour suprême du Sénégal a, dans une affaire, estimé que la « *loi, en soumettant la même poursuite à un double degré de juridiction, avait voulu assurer une garantie efficace à la justice ; que ce but ne pouvait être atteint que si le magistrat, dans la même affaire, remplissait son office devant les deux degrés de juridiction* »⁵⁵⁶.

412. Nous pensons que le droit à un procès équitable ne peut être efficace que s'il est effectif. L'effectivité est, selon le Doyen Gérard CORNU, « *un caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »⁵⁵⁷. Pour cela, au niveau du continent africain il a fallu mettre en place des mécanismes de sanctions à l'adresse des États, principaux destinataires : la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que la Cour de justice⁵⁵⁸ de la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)⁵⁵⁹ sont, à notre avis, des mécanismes à renforcer dans leur fonctionnement afin d'aboutir à cette effectivité. Or, à ce jour, on observe sur le continent une grande disparité, en ce sens que, dans certaines régions les institutions fonctionnent mieux que dans d'autres.

413. La Cour de justice de la CEDEAO en est une illustration, dont la jurisprudence est riche d'apports. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel de 2005, d'une part, qui a permis l'élargissement des compétences de cette Cour et d'autre part, la possibilité pour les justiciables de la saisir directement, la CEDEAO parvient, tant bien que mal, à rendre de nombreuses décisions importantes, marquant ainsi son empreinte de juridiction vouée à l'effectivité des principes fondamentaux dans cet espace régional⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Cour suprême du Sénégal, décision du 16 décembre 1997, inédit.

⁵⁵⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 388.

⁵⁵⁸ La Cour de justice de la CEDEAO a été créée conformément au protocole additionnel du 6 juillet 1991, ses attributions ont été étendues à la protection des droits de l'homme par le protocole additionnel du 19 janvier 2005.

⁵⁵⁹ La CEDEAO a été fondée le 28 mai 1975. Il s'agit d'une organisation intergouvernementale pour la région ouest-africaine. À l'origine, elle avait pour mission de promouvoir la coopération et l'intégration économique, avec la création d'une union économique et monétaire. La révision du Traité intervenue en 1990 a élargi ses missions, à savoir le maintien de la paix, la sécurité (ECOMOG) et le respect des droits de l'homme de manière réelle. À ce jour, nous pensons qu'elle est la seule expérience d'intégration réussie en Afrique car, conçue selon le modèle de l'union européenne, elle rend effective la libre circulation des personnes (passeport CEDEAO), des biens et des marchandises. Elle compte 15 États membres d'expression française, anglaise et espagnole : Bénin, Burkina-Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra-Léone et Togo.

⁵⁶⁰ Cour de justice de la CEDEAO, 18 novembre 2010, aff. *Hissène Habré c/ État du Sénégal*, inédit. La Cour a jugé que la violation, par l'État du Sénégal, du principe de la non rétroactivité de la loi pénale était constitutive d'une atteinte au droit à un procès équitable tel que prévu par l'article 7 de la Charte africaine des droits de

414. Nous pensons que la portée limitée des mécanismes internes justifie l'efficacité relative des mécanismes internationaux de sanction, dans la mesure où les justiciables des pays concernés devraient, nous semble-t-il, être en mesure de saisir leurs hautes juridictions tant par voie d'action que par voie d'exception, afin qu'elles opèrent un contrôle de conformité d'une loi par rapport au principe d'un procès équitable.

415. En revanche, lorsque la violation du principe d'accès à un procès équitable procède non d'une loi mais plutôt d'actes de procédure, de nombreuses législations des pays concernés ne prévoient à ce jour, aucun recours. Il apparaît ainsi que, contrairement à ce qui, est prévu par la CEDH, dans les pays concernés, très peu d'actions aboutissent. D'abord, concernant les requêtes individuelles formulées contre un État, la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme est subordonnée à la déclaration d'acceptation que le sujet aura faite au préalable. Ensuite, les justiciables abandonnent en raison de la longueur et du coût de procédure que nécessite une telle action, ce qui justifie l'absence de jurisprudence abondante disponible. Enfin, on constate que les conditions d'efficacité ont du mal à se concrétiser du fait d'obstacles de fait et de droit.

2. Les conditions d'une justice efficace : le recours aux alternatives

416. Bien que n'étant pas expressément définie dans les textes réglementaires, la justice efficace figure parmi les garanties attendues par les justiciables dans les pays d'Afrique francophone. Toutefois, le droit international l'a prévu, c'est notamment le cas pour le droit de ne pas être jugé deux fois⁵⁶¹. Il s'agit à la fois d'un droit fondamental et d'un principe technique, parfois éclipsé par le principe de l'autorité de la chose jugée⁵⁶². La doctrine affirme que ce droit doit être non pas un droit abstrait, mais un droit concret. Le fait qu'il existe formellement un droit au juge ne suffit donc pas.

417. Cette effectivité du droit au juge a trois conséquences : la nécessité de prévoir une aide à l'accès au juge pour les parties les plus démunies, la nécessité de respecter un délai

l'homme et des peuples. Par sa décision, la Cour a invité le Sénégal à prendre les dispositions pour faire juger Hissène Habré par une juridiction *ad-hoc*.

⁵⁶¹ L'article 14 §7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de chaque pays ».

⁵⁶² JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 228.

raisonnable pour juger et le droit à l'exécution du jugement⁵⁶³. Si, devant les juridictions du droit du travail le principe de gratuité de la justice ainsi que l'aide juridictionnelle sont réels, ils restent limités, contrairement à la procédure devant les juridictions pénales. À cela s'ajoute la question de la couverture géographique des juridictions, à laquelle font face de nombreux justiciables domiciliés hors des grandes villes. Ainsi, l'expérience sénégalaise est riche d'apports, avec notamment, la mise en place d'une stratégie de proximité, et la création de maisons de justice⁵⁶⁴.

418. La maison de justice « est le siège d'activités relatives au droit, à la régulation des conflits, à la prévention et au traitement de la délinquance, à l'information des justiciables et à l'aide aux victimes »⁵⁶⁵. Placées sous l'autorité du procureur de la République près le tribunal régional ou de son représentant, la maison de justice est composée de coordonnateurs juristes et de médiateurs conciliateurs, magistrats ou officiers de police judiciaire à la retraite, et pilotée par un comité de coordination réunissant les autorités et les élus locaux, ainsi que les représentants de la société civile⁵⁶⁶.

419. Monsieur le Professeur Moussa SAMB a pu indiquer que d'autres voies étaient expérimentées notamment par des ONG, telles que des mécanismes d'assistance judiciaire extrêmement novateurs et économiques, animés par de jeunes juristes, qui sont non pas avocats, mais bien formés. Ils peuvent ainsi apporter des conseils et une assistance appropriés à un nombre considérable de citoyens, sur toute une série de questions, que ce soit au village, au poste de police (pendant l'interrogatoire), au tribunal (première comparution) ou à l'entrée en prison⁵⁶⁷. Cependant, on doit rappeler que le contenu et l'application du principe invoqué comportent des limitations nécessaires à la bonne administration de la justice.

⁵⁶³ *Ibidem.*, p. 231.

⁵⁶⁴ SAMB (M.), « L'accès des justiciables à la justice au Sénégal. Vers une justice de proximité ? », in *Afrique contemporaine* 2014/2 (n° 250), pp. 82 à 83.

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ *Idem.*

⁵⁶⁷ *Ibidem.*, p. 84.

B. Les limitations au droit à un juge

420. La problématique des limites du droit au juge est une exception à ce droit, de valeur universelle⁵⁶⁸, faisant partie de la catégorie des droits de l'homme de la « *troisième génération* », et dont la raison d'être est d'empêcher, sinon de réduire l'abus de son recours par les justiciables. Si le mécanisme est ancien, étant le résultat de l'accaparement de la justice par l'État, son développement l'est moins. Ainsi, en droit comparé, le concept de droit au juge a été forgé par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a vu en lui un moyen d'étendre son contrôle sur l'organisation et le fonctionnement de la justice dans les pays membres du conseil de l'Europe⁵⁶⁹. Cette question renvoie à celle de l'accès au juge⁵⁷⁰, tout au moins de l'accès à la justice, gage de l'existence réelle d'un État de droit. De cette manière, tous les textes réglementaires des pays d'Afrique subsaharienne prévoient des dispositions relatives à ce droit ainsi que ses limites. Le droit au juge peut, à priori, être défini de manière stricte comme le droit d'accéder au juge, le droit de s'adresser à lui⁵⁷¹.

421. Le droit international est, sans doute la discipline originelle qui prévoit des limites du droit à un juge. Ainsi peut-on constater qu'en théorie, il est interdit aux particuliers de se présenter devant les juridictions internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ni devant le Tribunal du droit de la mer, où seuls les États ont qualité à y agir. Toutefois, ces dernières années, l'on a pu voir une évolution, notamment avec la comparution de personnes physiques ou morales devant certaines juridictions, comme devant la Cour pénale internationale⁵⁷². De même, à l'échelle continentale, on note l'émergence de nouveaux textes qui créent des instances juridictionnelles propres aux justiciables, lesquelles prévoient également la saisine directe des plaideurs non étatiques après épuisement des voies

⁵⁶⁸ Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui fait partie du bloc constitutionnel des pays concernés dispose : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation de Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Voir également, l'article 2 du Pacte des droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁵⁶⁹ GUILLAUME (G.), « Le droit au juge : droit ou slogan ? », (Consulté en ligne le 31 mai 2019 sur : http://asmp.fr/travaux/communications/2011_10_24_guillaume.htm).

⁵⁷⁰ L'arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975 est « l'acte fondateur » du droit au juge (GACEDH n° 25, p. 246, obs. A. GOUTTENOIRE).

⁵⁷¹ *Idem*.

⁵⁷² L'article 68 du Statut de Rome, instituant la Cour pénale internationale, prévoit la possibilité pour le procureur près celle-ci à entendre les prétentions des victimes, soit directement, soit par leurs représentants (§3).

de recours. La plus connue est la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples : « *La Charte Africaine* »⁵⁷³.

423. Il existe, pour chaque région, une instance juridictionnelle à compétence régionale⁵⁷⁴. Dans la mesure où le fonctionnement de cette juridiction en est encore au stade embryonnaire, il est trop tôt pour voir cette possibilité s'élargir à d'autres instances internationales du fait non seulement des coûts que cela génère, mais aussi de la lenteur des procédures. L'autre limite au droit au juge dans les pays d'Afrique francophone est le droit de ne pas choisir librement son juge, encore moins celui de s'adresser à plusieurs juges et à travers l'appel ou la cassation.

424. Devant les tribunaux du travail, il n'est pas rare de voir certaines parties, encouragées par leurs avocats peu respectueux de la déontologie, désirer que leur affaire soit appelée par une composition qui leur serait favorable, récusant un juge ou introduisant une requête en suspicion légitime contre celui-ci. En effet, la compétence des tribunaux est fixée par la loi et les plaideurs ne sauraient y échapper, sauf entre commerçants⁵⁷⁵. En revanche, de tels justiciables peuvent plus aisément parvenir à leurs fins dans les affaires où les tribunaux de plusieurs pays ont compétence en se réclamant du droit au juge dans chacun d'eux⁵⁷⁶.

⁵⁷³ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, signée à Banjul (Gambie), est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Il s'agit d'un instrument qui établit les normes des droits de l'homme tout en reconnaissant leurs valeurs et les traditions africaines. Les dispositions de l'article 30 et suivants consacrent la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. L'article 56 (5) de la Charte exige que les plaideurs aient épuisé tous les recours internes avant que leur affaire ne soit entendue devant la Cour (CADHP). La Cour oblige les États à reconnaître sa compétence en faisant d'abord une déclaration conformément à l'article 34 (6) de son Protocole.

⁵⁷⁴ Le Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a prévu une Cour communautaire de justice de la CEDEAO. En terme d'applicabilité des décisions, force est de constater qu'à ce jour, cette Cour est la plus efficace d'Afrique. Le Traité de la Communauté de l'Afrique de l'Est a été signé à Arusha le 30 novembre 1999 et enfin, le Traité de la Communauté du développement en Afrique Australe (SADC) a été, signé à Windhoek en août 1992. Les articles 9 et 16 de ce dernier traité prévoient la création d'un Tribunal (SADC Tribunal) ayant pour mission de « promouvoir le développement économique, la paix et la sécurité dans la région australe de l'Afrique ». Comme on peut le constater, en principe, il s'agit d'une communauté qui concerne les pays d'Afrique australe. La République démocratique du Congo, qui pourtant se trouve au centre du continent, en est devenue membre depuis 1998. Ce constat est de taille car à défaut d'une vulgarisation à l'échelle nationale, cette adhésion est peu connue des justiciables congolais, à l'exception de ceux de la province du Katanga. En effet, dans cette partie du pays, il n'est pas rare de voir les avocats invoquer la jurisprudence du tribunal de la SADC, y compris devant les juridictions de travail. En fait, c'est l'État qui est condamné à la demande d'un plaignant national. Les jugements rendus par le tribunal de SADC ont force exécutoire dans l'État du plaignant.

⁵⁷⁵ GUILLAUME (G.), « Le droit au juge : droit ou slogan ? », (consulté en ligne, le 15 mai 2019 sur : <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2011/10/21/le-droit-au-juge-ou-slogan/>).

⁵⁷⁶ *Idem*.

425. En droit européen, la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷⁷ considère que les limites liées au droit d'accès aux tribunaux, par leur nature, peuvent varier dans le temps et dans l'espace, et qu'elles ne sauraient restreindre ce droit à tel point qu'il s'en trouverait atteint dans sa substance même. En outre, ces limitations se doivent de poursuivre un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁵⁷⁸.

426. Le moins que l'on puisse dire, c'est que toutes les législations des pays concernés prévoient également de telles restrictions qui sont propres aux règles de la procédure civile. Ces dernières s'articulent d'abord autour des conditions de recevabilité de la demande ; ensuite autour de la sanction de l'abus de l'intérêt et de la qualité à agir et enfin, autour de l'absence de garantie d'accès à un juge par l'exercice d'un recours. En effet, en matière de litiges individuels du travail, l'exigence d'un intérêt actuel, certain, légitime, est parfaitement justifiable : la finalité du recours au juge est le prononcé d'un jugement mettant fin à une situation litigieuse, le rétablissement d'une certaine paix sociale. Dès lors, la décision doit présenter un intérêt pour celui qui en sollicite le prononcé, constituant à la fois la mesure de l'action et la finalité du jugement⁵⁷⁹. De même, le recours au juge doit pouvoir être librement exercé, en ce sens que la perte d'un procès ne doit pas constituer un fait générateur de la responsabilité de l'auteur de la demande⁵⁸⁰.

427. Le rôle de la Haute juridiction sur les décisions rendues sur la base des droits fondamentaux occupe une place prépondérante en jurisprudence. Ainsi, on constate durant ces dernières années, la Haute juridiction n'a pas hésité à sanctionner sans réserve toute entrave, par exemple, à la protection du droit des salariés par exemple d'agir en justice contre leur employeur⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ CEDH, 28 mai 1985, Ashingdane, Série A, n°93, § 571 ; A.C. Royaume-Uni, 17 mars 2003 §74 à propos de l'immunité de juridiction des parlementaires lors des débats au Parlement britannique, cité par GUILLAUME (G.), le droit au juge : droit ou slogan ?, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ FRICERO-BERNARDINI (N.), « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ 2010, p. 13.

⁵⁸⁰ *Ibidem.*, p. 14.

⁵⁸¹ Cass. soc., 6 février 2013, 6 février 2003, SA *France Télécom*, n° 11-11740. En l'espèce, onze salariés avaient saisi le conseil de prud'hommes d'Avignon pour solliciter la requalification de leurs contrats de travail : CDD en CDI. Avant que l'affaire ne soit appelée, sept d'entre eux, également sous CDD, s'étaient vus notifier par voie d'huissier la fin de leur contrat. À l'appui de leur demande, les salariés invoquèrent le fait qu'ester en justice constitue un droit fondamental et que l'employeur l'avait directement entravé.

428. Cependant, l'exercice d'un droit, même fondamental, peut dégénérer en abus. Nous pensons que la marge d'appréciation dont dispose l'État confirme bien le caractère relatif du droit au juge. Ainsi par exemple, la jurisprudence de la CEDH a fixé un délai de prescription de dix ans à compter de la date d'exposition à un produit dangereux tel que l'amiante, ne permet pas l'accès à la justice car le temps avant que la maladie ne se déclare dépasse souvent les dix années⁵⁸². De même, les exigences procédurales sont de nature à limiter ce droit, il en va ainsi pour les conditions imposées de capacité à agir en justice et pour la production d'une copie de la décision d'appel en cas de pourvoi en cassation⁵⁸³. Nous rejoignons Monsieur le Professeur Emmanuel JEULAND lorsqu'il affirme que l'action n'est pas un droit subjectif, mais plutôt une possibilité d'agir en justice moyennant des conditions⁵⁸⁴.

429. D'un point de vue de droit comparé, on observera, par exemple, que la jurisprudence française conçoit généralement la *notion d'abus du droit* dans un sens restrictif, afin de sauvegarder le caractère libre de l'action : seuls les actes de malice, de mauvaise foi, ou les erreurs graves équipollentes au dol sont retenus⁵⁸⁵. On constate que l'approche française est plus sévère que celle retenue par la jurisprudence belge qui définit l'abus de droit comme *l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente*⁵⁸⁶. Ainsi, l'adverbe « *manifestement* ». Une doctrine majoritaire en Belgique considère que cela signifie que le juge ne peut user de son pouvoir modérateur qu'avec une grande réserve⁵⁸⁷. Il ne peut opérer qu'un contrôle marginal sur l'exercice du droit par son titulaire, celui-ci ne devenant abusif que lorsque l'exercice du droit excède à l'évidence les marges d'appréciation de l'exercice habituel du droit et ce, même si l'existence du droit ne peut être contestée⁵⁸⁸.

430. La finalité d'une procédure devant la juridiction de travail est le prononcé du jugement. Or, celui-ci ne peut satisfaire les deux parties en cause ; de ce fait, la partie lésée peut user d'un droit à un double degré de juridiction qui, bien qu'il constitue une garantie de bonne justice, diffère tout de même du droit au juge. Par conséquent, on trouve en procédure civile

⁵⁸² CEDH, 11 mars 2014, n° 52067/10 et 41072/11, *Howard Moor c/Suisse*, JCP, 2014, n° 399 obs. L. MILANO, cité par JEULAND (E.) in *Droit processuel général*, LGDJ, 3^e éd., 2014, p. 236.

⁵⁸³ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LGDJ, 3^e éd., 2014, p. 236.

⁵⁸⁴ *Idem*.

⁵⁸⁵ Cass. civ., 2^{ème} Ch., 6 novembre 1974, *Bull.* II n° 283.

⁵⁸⁶ Cour de cassation. (Belgique), 9 mars 2009, J.T., 2009, p. 392.

⁵⁸⁷ WERY (P.), *Droit des obligations*, vol.1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2011, p. 276.

⁵⁸⁸ OMMERSLAGHE Van (P.), *Droit des obligations*, t.1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 74.

des restrictions à l'exercice de l'appel⁵⁸⁹, qui vont de l'autorisation préalable obtenue sur justification d'un motif grave et légitime à l'interdiction d'appel⁵⁹⁰.

431. L'existence de limites au droit au juge peut conduire à une jurisprudence délicate. C'est le cas en matière de retrait du rôle⁵⁹¹ de la Cour de cassation et de la loi de validation⁵⁹². On sait que le fait pour le défendeur de se pourvoir en cassation, sauf exception, ne suspend l'exécution ni de l'appel, ni du jugement rendu en premier et dernier ressorts, lequel produit ses effets. C'est le droit comparé européen qui nous offre l'exemple de décisions sanctionnant la radiation du rôle, sur la base de l'article 6-1 de la CEDH, parce que jugée contraire au principe du droit à un double degré de juridiction, si aucune exécution de la décision attaquée n'est envisageable en raison de la disproportion entre les sommes dues et la situation matérielle du requérant⁵⁹³.

Section 2. Le respect des garanties procédurales

432. Les garanties procédurales revêtent aujourd'hui une reconnaissance universelle au point de figurer dans tous les instruments juridiques nationaux des pays concernés. Ainsi convient-on d'observer que le respect des garanties procédurales constitue un gage de sécurité juridique, de prévisibilité et de légitimité de tout procès. Le respect des garanties s'impose d'abord à toutes les juridictions, y compris celles habilitées à connaître des litiges individuels du travail, quand bien même ces dernières présenteraient des particularités propres. Il s'impose également à tous les acteurs dans une instance, y compris le juge.

433. En effet, c'est seulement lorsque toutes les parties bénéficient des garanties procédurales que l'on peut réellement parler d'un procès équitable. Ainsi, Monsieur Kéba MBAYE n'a pas

⁵⁸⁹ Cf. Articles 66 du CPC camerounais et 551-1 du CPC malien.

⁵⁹⁰ Cf. Article 288 du CPC camerounais et 580 du CPC malien..

⁵⁹¹ Il s'agit d'une mesure administrative judiciaire qui suspend le cours de la procédure, ordonnée par le juge à la demande conjointe des parties. Elle se distingue de la *radiation du rôle* en ce que cette dernière, bien qu'étant aussi une mesure administrative, est une sanction du défaut de diligence des parties, sans pour autant faire obstacle à la poursuite de l'affaire. Elle est ordonnée par le juge de la mise en état lorsqu'aucun des avocats n'a signifié de conclusion. La radiation diffère également du désistement qui est un acte par lequel le demandeur abandonne sa demande principale ou incidente ce qui éteint l'instance considérée mais non, en général, l'action (Cf. CORNU (G.), *op. cit.* p. 339).

⁵⁹² JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 237.

⁵⁹³ CEDH, 31 mars 2011, n°34658/07, *Chatellier c/France*, JCP 2011, 735, note L. MILANO ; dans le même sens, CEDH, 10 octobre 2013, C-37640/11, *Pompey c/ France*, Procédures 2013, n° 344 obs. N. FRICERO, cité par JEULAND (E.), *op. cit.* p. 237.

hésité à rappeler que « *les droits fondamentaux ne sont l'exclusivité d'aucune époque, d'aucun lieu, d'aucune culture* »⁵⁹⁴. De plus, s'il est unanimement admis que les parties maîtrisent le déroulement de l'instance, il n'en demeure pas moins qu'une fois déclenchée, c'est finalement le juge qui en devient le régulateur, l'ordonnateur jusqu'au prononcé du jugement.

434. Les principes fondamentaux du procès sont nombreux. En matière sociale, il s'agit davantage de démontrer que, grâce aux garanties procédurales, le juge a l'obligation de veiller aux règles du procès (§ 1), et dans la mesure où il s'agit des droits fondamentaux de l'homme, il doit faire en sorte que les moyens et les enjeux permettent d'avoir une bonne justice (§ 2).

§ 1. Le juge et les garanties des règles du procès

435. L'adage « *Donne-moi le fait, je te donnerai le droit* », élément déclencheur en droit de procédure, fait également partie intégrante des principes directeurs du procès qui déterminent le rôle des parties et celui du juge dans une instance. De cette répartition des attributions (aux parties, le fait, au juge, le droit selon MOTULSKY), il découle que le droit est l'apanage du juge, comme les faits appartiennent aux parties⁵⁹⁵. Cependant, l'on constate que, tant les parties que le juge se partagent les faits, car d'une part, si ces derniers sont l'affaire des parties, ils sont également celle du juge, dans la mesure où la loi l'autorise à procéder à leur collecte⁵⁹⁶, d'autre part, le juge n'est pas le seul destinataire de la règle de droit, il est chargé de l'appliquer, et ce sont les plaideurs qui en sont les premiers et principaux destinataires⁵⁹⁷.

436. Dès lors, les parties ne sont pas totalement exclues de l'application et de la mise en œuvre de la norme juridique, car elles ont une maîtrise sur la règle de droit⁵⁹⁸. Toutefois, l'étendue des pouvoirs du juge doit s'apprécier avec les règles d'un procès équitable, présentes dans les codes de procédure civile des pays concernés, ainsi ce dernier se voit-il

⁵⁹⁴ MBAYE (K.), *Les droits de l'homme en Afrique*, éd. A. Pedone, Paris, 1992, p. 25.

⁵⁹⁵ MIGUET (J.), *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges offerts à P. HEBRAUD*, éd. Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

⁵⁹⁶ Articles 6, 7 et 8 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali.

⁵⁹⁷ LE GALLOU (A.), « Le juge et le droit : présentation de l'article 12 NCPC », *Revue juridique de l'Ouest*, 1995, n°4, pp. 477-499.

⁵⁹⁸ L'article 12 alinéa 2 du code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali dispose que le juge : « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

obliger non seulement au respect de l'égalité des armes (A), à celui dû aux droits de la défense pendant le déroulement de l'instance (B).

A. Le respect de l'égalité des armes au cœur de la matière sociale

437. La référence, dans le cadre de la description des exigences d'un procès équitable, à l'utilisation d'armes peut sembler surprenante⁵⁹⁹, voire belliqueuse⁶⁰⁰, mais la notion d'« égalité des armes » a cours depuis longtemps au niveau international en tant qu'une des pierres angulaires fondamentales⁶⁰¹ du procès équitable⁶⁰². Si les armes dont il est question à propos du procès sont maintenant exclusivement immatérielles, il n'en est que plus difficile de décrire en quoi elles consistent dans ce combat judiciaire que se livrent les parties.

438. Quant à l'égalité, notion à la fois généreuse et floue, elle implique de proscrire toute discrimination qui serait fondée sur des critères de distinction tels que la race, la religion ou le sexe et elle conduit, en sens inverse, à compenser certaines inégalités : l'aide juridictionnelle permet à ceux qui n'en ont pas les moyens de faire valoir leurs droits en justice⁶⁰³. L'égalité devant la loi est l'une des implications concrètes les plus immédiates de l'idéal égalitaire. Elle peut être sélective, et donc imparfaite, ou distinctive si elle donne à chacun des armes différentes. Elle est une égalité des armes lorsqu'elle s'applique en droit privé⁶⁰⁴.

439. Dans une entreprise, on s'accorde à dire que la liberté d'expression directe offerte aux salariés par le législateur constitue une illustration de l'égalité des armes. Il peut s'agir d'une part, d'expression collective de libertés individuelles, dont fait partie la liberté d'expression, d'autre part, il semble que les juges n'aient pas toujours accordé de l'importance à cette distinction, acceptant de se prononcer sur des actes individuels⁶⁰⁵. L'exemple le plus connu reste sans doute la représentation syndicale. Alors qu'une certaine catégorie de fonctionnaires

⁵⁹⁹ DINTILHAC (J.-P.), « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », Rapport annuel 2003, disponible sur www.courdcassation.fr (consulté le 10 mai 2018).

⁶⁰⁰ Du JARDIN (J.), « Avant-propos » in KUTY F., *Justice pénale et procès équitable*, éd. Larcier, 2006, p. IX.

⁶⁰¹ COHEN-JONATHAN (G.), « L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme », Petites affiches, 28 novembre 2002, n° 238, p.21.

⁶⁰² DIDIER (J.-P.) et MERLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le principe de l'égalité des armes », *Revue de la recherche juridique*, 1993, p.489

⁶⁰³ DINTILHAC (J.-P.), *mercuriales2015.fr, op. cit.*, disponible sur www.courdcassation.fr (consulté le 10 mai 2019).

⁶⁰⁴ MAZIÈRE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, (Préface de B. TEYSSIÉ), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 241

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 244

est privée, ces derniers ne bénéficient pas de l'égalité des armes en raison du « devoir de réserve ». C'est notamment, en général, le cas des magistrats.

440. Par ailleurs, en droit du travail, les droits fondamentaux et les libertés individuelles servent, en principe, un objectif des chances ou des armes, ils doivent, pour ne point le trahir, être maîtrisés ; au-delà, et plus qu'une hiérarchie, c'est un agencement plus qu'une hiérarchie, que la loi requiert entre les libertés qui s'imposent dans l'entreprise, l'égalité des armes gouverne cet agencement⁶⁰⁶. Or, en vue de signer un contrat de travail, il n'est pas exclu que, du fait de sa nature juridique, l'employeur et le salarié se placent dans une sorte d'égalité des armes « de fait », notamment lors de la rédaction du règlement intérieur de l'entreprise.

441. Ce document, est un bastion de l'autorité de l'employeur gagné à la cause égalitaire par sa soumission au contradictoire, en amont et en aval de sa rédaction, l'égalité des armes trouve ainsi un allié, parce que la collectivité participe à son élaboration⁶⁰⁷, et qu'il est applicable à tous⁶⁰⁸. Quant au procès au vrai sens du terme, il suppose le respect inconditionnel des principes de l'égalité des armes et du contradictoire. En somme, le principe de l'égalité des armes est plus général et peut avoir un contenu propre⁶⁰⁹. L'égalité des armes peut être considérée comme relevant du droit naturel, en raison du lien étroit qui existe entre l'égalité et la justice⁶¹⁰.

442. S'agissant des fondements de l'expression « égalité des armes », M. Jean-Pierre DINTILHAC⁶¹¹, tout comme le Professeur Jay STERLING SILVER⁶¹², les font remonter au Moyen Âge, dans les ordalies ou jugements de Dieu, au cours des duels qui étaient minutieusement codifiés afin d'assurer une parfaite égalité des chances entre les adversaires.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 246

⁶⁰⁷ La question de l'application du règlement intérieur à tous les salariés de l'entreprise a été tranchée relativement tôt par les juges, allant dans le sens d'une totale égalité devant l'acte réglementaire, indifférente par exemple à la date du recrutement du travailleur imposé par l'employeur l'oppose (Cass. sSoc. 24 février 1971, *Dr. soc.* 1971, p.401, obs. J. SAVATIER, cité par P. MAZIERE, *op. cit.*, p. 247).

⁶⁰⁸ *Idem*.

⁶⁰⁹ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 274.

⁶¹⁰ OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 117.

⁶¹¹ DINTILHAC (J.-P.), *mercuriales2015.fr*, *op. cit.*, www.courdecassation.fr

⁶¹² STERLING SILVER (J.), *Equality of Arms and the Adversarial Process : A New Constitutional Right*, *Wisconsin Law Review*, 1990, p. 44.

443. On peut observer que tous les grands textes de référence, tant les plus anciens que les plus récents, font allusion à l'égalité des armes sans expressément en mentionner le terme⁶¹³. Ils parlent plutôt du droit à un procès équitable lequel implique que toute partie à une action civile et *a fortiori* à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent, pas d'une manière appréciable, par rapport à la partie adverse⁶¹⁴. Par la suite, les juges de la Cour de Strasbourg ont fait usage de cette notion dans de nombreuses décisions à partir de 1968⁶¹⁵.

445. La Cour européenne considère que l'égalité des armes permet le maintien de l'équilibre entre les parties dans une instance⁶¹⁶. Ainsi, n'hésite-t-elle pas à sanctionner les atteintes portées à cette notion, notamment dans les relations entre les parties ainsi qu'entre ces dernières et le ministère public. La CEDH s'oppose à la présence de l'avocat général au délibéré et considère que la non-communication à l'identique aux parties et à l'avocat général du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt méconnaît l'égalité des armes⁶¹⁷. Cependant, elle ne condamne pas l'absence de communication des conclusions de l'avocat général aux requérants⁶¹⁸. En revanche, si le conseiller rapporteur juge du siège, communique son rapport à l'avocat général, il doit aussi en faire part aux parties en raison du principe de l'égalité des armes⁶¹⁹.

446. De fait, le respect de ce principe qui constitue un principe général du droit, inspiré de la déclaration de 1789⁶²⁰, suppose que les parties dans une instance soient en mesure de prendre connaissance et, éventuellement, de discuter les observations formulées par la partie

⁶¹³ L'article 6-1 de la CESDH signée à Rome le 4 novembre 1950 dispose : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial ». Il en va de même pour la Charte africaine des droits de l'homme dont l'article 3 parle de l'égalité devant la loi pour toute personne, ainsi que pour les articles 14 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui font référence à cette exigence d'égalité.

⁶¹⁴ CE., 30 juin 1959, aff. *Szwabowicz c. Suède*, *Annuaire II*, p. 535.

⁶¹⁵ CEDH 27 juin 1968, aff. *Neumeister c. Autriche* du Série A, n°8 ; CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 268/65, ([https : www.doctrine.fr, cedh/hfjud/chambre/1970/cedh001](https://www.doctrine.fr/cedh/hfjud/chambre/1970/cedh001), consulté le 22 juin 2019); CEDH 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne*, req. n° 2/1992/347/720, Série A, n°262, § 63 ; CEDH 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. C. Pays-Bas*, req. N°37/1992/382/460, (<https://juricaf.org/arret/conseildeurope-coureeuropeennedesdroitsdelhomme-19931027>, consulté le 22 juin 2019)

⁶¹⁶ CEDH 22 septembre 1994, *Hentrich C. France*, req. n° 13616/88, (www.echr.coe.int/Documents/Fs_taxation.fr.pdf, consulté le 30 juin 2019).

⁶¹⁷ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, op. cit., p. 277.

⁶¹⁸ *Idem*.

⁶¹⁹ *Idem*.

⁶²⁰ L'article 1^{er} de la DDHC de 1789 dispose : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». L'article 6 de la même déclaration quant à lui pose le principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

adverse⁶²¹, mais également de répondre aux conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation⁶²² ou à celles du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État⁶²³. De même, cela implique la possibilité, pour les parties, d'être placées dans les mêmes conditions et de présenter leurs moyens de preuve, de faire appel à des témoins⁶²⁴, de bénéficier d'une contre-expertise⁶²⁵, d'être soumises aux mêmes délais de procédure⁶²⁶ et, enfin, de disposer des mêmes voies de recours⁶²⁷.

447. Loin d'être une exigence absolue, le concept d'égalité des armes est difficile à cerner car, en pratique, il est impossible de mettre les parties à égalité. Les limites du principe de l'égalité des armes apparaissent, en premier lieu, lors que l'existence de différents droits ou procédures selon les parties n'entraîne pas d'atteinte effective au droit à un procès équitable. Ces limites tiennent en second lieu, dans le fait que l'atteinte au principe de l'égalité des armes n'est caractérisée que s'il existe un déséquilibre entre les droits des parties. Le principe de l'égalité des armes est enfin entendu de façon extrêmement large, puisque la jurisprudence de la CEDH⁶²⁸ a saisi son champ d'application « *à toutes les phases de la procédure, et notamment à l'instruction* ». ⁶²⁹ Ainsi, le droit à l'égalité des chances n'implique pas en tout cas, que la bataille juridique devrait être égale : Il ne peut, en effet, être question d'une lutte égale lorsqu'une partie dispose d'arguments efficaces en fait et en droit, alors que la partie adverse se retrouve les mains vides⁶³⁰.

448. Chaque différence de traitement des parties ne constitue donc pas, en soi, une violation du droit à un procès équitable⁶³¹ : l'égalité des armes n'est pas une exigence, excepté lorsqu'elle est une condition préalable à tout procès équitable.

⁶²¹ CEDH *Ruiz Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, req. N°2/1992/347/720, Série A, n° 262, § 63.

⁶²² CEDH *Reinhardt et Slimane Kaïd* du 31 mars 1998, D. 1998 Som.com. p. 366, obs. G.BAUDOUX.

⁶²³ CEDH *Kress c/France* du 7 juin 2001, req. n° 39594/98, echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-VI.pdf, pp. 1 à 40..

⁶²⁴ CEDH *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, req. n° 37/1992/382/460, ,(<https://juricaf.org/arret/conseildeurope-coureupeennedesdroitsdelhomme-19931027>, consulté le 22 juin 2019)

⁶²⁵ CEDH *Bönisch c/ Autriche* du 6 mai 1985, Série A, n°92, (books.openedition.org/puam.1242, consulté le 22 juin 2019).

⁶²⁶ CEDH *Platakou c/ Grèce* du 11 janvier 2001, req. n° 38460/97, (hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf, consulté le 22 juin 2019).

⁶²⁷ CEDH *Khalfaoui* du 14 décembre 1999, req. n°34791/97, JCP éd. G. 2000,I, p.203, obs. F. SUDRE.

⁶²⁸ CEDH *Lamy c/ Belgique* du 30 mars 1989, req. n° 10444/83, Série A, § 151, (doctrine.fr/d/CEDH/HFJVUD/Chamber/1989, consulté le 22 juin 2019); CEDH *Sanchez-Reisse* du 21 octobre 1986, Série A, § 107, (doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/Chamber/2004/CEDH001-66704, consulté le 22 juin 2019).

⁶²⁹ DE BARBARIN (M), « Du principe de l'égalité des armes à l'égalité des droits des parties en matière fiscale », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2005, pp.1449-1461.

⁶³⁰ *Mercuriale* 2015 (Disponible sur <http://justice.belgium.be/fr>., consulté le 10 juin 2019).

⁶³¹ KUTY (F.), *Justice pénale et procès équitable*, Larcier, 2006, p. 428, n° 675.

Le droit à l'égalité des armes concerne les circonstances dans lesquelles sont appliquées les règles de procédure, et il n'a donc pas pour effet de gommer les différences existant entre justiciables. Lorsque ces différences ont trait à leur intelligence, à leur habilité ou la manière dont ils s'organisent, elles sont parfaitement légitimes et ne constituent pas une violation du droit à l'égalité des armes⁶³².

449. En droit administratif, on trouve des cas de mise en œuvre de ce principe, notamment entre les usagers du service public, censés être placés à égalité. Ainsi, il n'est pas exclu que du fait de l'intérêt général, tout comme du maintien de l'ordre public social, le juge ne sanctionne pas un traitement inégalitaire. Ainsi, en droit comparé, le Conseil d'État français a affirmé cela dans l'arrêt *Denoyez et Chorques* : « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* »⁶³³. Cet arrêt de principe a ouvert la voie à d'autres décisions, voire influencé, d'une certaine manière, le Conseil constitutionnel, toutes les fois que le service public social en France était concerné⁶³⁴.

450. La complexité de la notion d'égalité est telle qu'au sein de l'Union européenne, par exemple, son emploi se fait de manière subsidiaire par les tribunaux internes⁶³⁵, et ses applications sont importantes en matière sociale, elle a été également appliquée en droit du

⁶³² Mercuriale 2015, *op. cit.*, p. 3.

⁶³³ Conseil d'État, sec. 10 mai 1974, aff. *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 88148. Voir également : Conseil d'État, 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, req. n°157 425, recueil Lebon. En répondant aux aspirations actuelles, a été admis le principe de « discrimination positive » ou « principe d'égalité des chances », autrefois apanage des juges de la *Common law US*. En l'espèce, le Conseil d'État français a jugé qu'« *eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction de leurs possibilités financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles* ».

⁶³⁴ Conseil constitutionnel français, 11 juillet 2001, à propos de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel. Le Conseil avait décidé qu'« *eu égard à l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, l'Institut d'études politiques de Paris pouvait ouvrir une voie particulière en proposant des conventions aux établissements situés dans une zone d'éducation prioritaire, afin de permettre la diversification d'accès sur des critères objectifs* ». Cette décision est riche en apports en ce que le principe de discrimination positive est formellement admis comme conforme à la Constitution française, req. n° 2001-450, (conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/200145DC.htm)).

⁶³⁵ Cass. crim., 6 mai 1997, *Bull.* n°170, D. 1998, p. 223 note A. CERF.

travail, lorsque l'employeur licencie un employé qui ne veut pas négocier dans le cadre d'un contentieux⁶³⁶ et tente de l'empêcher d'agir en justice⁶³⁷.

451. Le principe d'égalité a pour corollaire immédiat le principe de non-discrimination⁶³⁸, et occupe une place importante dans les Codes du travail des pays concernés⁶³⁹. C'est notamment sur le terrain social que ce principe trouve une application. Ainsi, le droit du travail, le droit de la sécurité sociale et le droit de la santé sont riches en dispositifs qui mettent en jeu, de manière concrète, des questions sensibles touchant à la rémunération, à l'âge, au sexe ou encore au handicap. Ces dispositifs donnent aux juges de nombreuses occasions d'appréhender l'égalité en matière sociale, sous ses divers aspects, l'égalité catégorielle, le principe de non-discrimination, l'égalité des chances, ainsi que d'adapter ces méthodes de contrôle, critères objectifs et concrets, la charge de la preuve, évaluation des discriminations⁶⁴⁰.

452. À première vue, comparer au droit du travail le droit de la fonction publique semble ne pas obéir au principe d'égalité entre les salariés, selon qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé, alors que ce principe, appliqué à l'accès à la fonction publique, est une règle fondamentale du droit public.⁶⁴¹ Toutefois, si ailleurs, le droit de la fonction publique protège fortement l'égalité entre les hommes et les femmes,⁶⁴² cela est loin d'être le cas dans des pays subsahariens, où l'on observe encore des inégalités de traitement en fonction du genre.

453. Par effet de mode, dans la foulée tous ont récemment voté une loi sur la « parité » homme-femme, alors que les lois existantes ne parviennent pas à protéger les femmes

⁶³⁶ Cass. soc., 9 octobre 2013, n°12-17882 et 29 octobre 2013, n°12-22447, D. 2014, p.308.

⁶³⁷ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, op. cit., p. 278.

⁶³⁸ STIRN (B.), « Juger de l'égalité en matière sociale : quels principes, quelles méthodes ? », in Colloque organisé à l'Université Paris 1 le 30 novembre 2012, disponible sur [www. Conseil.dEtat.fr/actualites/Discours-interventions/juger-de-l-egalite-en-matiere-sociale-quels-principes-quelles-methodes](http://www.Conseil.dEtat.fr/actualites/Discours-interventions/juger-de-l-egalite-en-matiere-sociale-quels-principes-quelles-methodes) (consulté le 20 juin 2019).

⁶³⁹ L'article 4 du Code du travail guinéen dispose : « la discrimination est interdite sous toutes ses formes (...) en raison de l'origine, du sexe, de l'opinion » ; article 1^{er} du Code du travail de la RDC et L.257 du Code du travail malien.

⁶⁴⁰ STIRN (B.), « Juger de l'égalité en matière sociale : quels principes, quelles méthodes ? », op. cit., p. 4.

⁶⁴¹ *Idem*.

⁶⁴² Conseil d'État, ass. 3 juillet 1936, aff. *Bobard*, req. n° 43239 43240. En l'espèce, les juges avaient affirmé l'égalité d'accès des hommes et des femmes aux emplois publics. S'agissant des pays concernés, force est de constater qu'à ce jour, même dans la fonction publique, très peu des femmes occupent des postes de management ; de même, les écarts de rémunération subsistent, et il n'y a aucune différence avec le secteur privé.

salariées⁶⁴³, la toute dernière année n'ayant pas encore produit les effets escomptés. Le chemin à parcourir reste encore long. En somme, l'égalité des armes trouve une difficile application, le juge civil ne peut pas être placé sur le même plan que les parties⁶⁴⁴. Pour certaines dispositions et exigences, comme le contradictoire, le juge doit les faire respecter et les respecter lui-même, mais pour la plupart des autres, ce n'est pas le cas : le juge dispose de pouvoirs spécifiques en vue d'accomplir sa mission, et ces pouvoirs sont « de direction, d'instruction et d'organisation du procès⁶⁴⁵ ». En définitive, la conviction du juge en cas d'inexistence de l'égalité des armes ne peut être rendue possible qu'au vu des échanges contradictoires entre les parties.

B. Le respect dû aux droits de la défense, un impératif universel

454. Le respect des droits de la défense est une règle de procédure dont l'application est assurée par le juge et qui détermine l'activité juridictionnelle. Le domaine d'application des droits de la défense étant complexe, la présente étude ne vise pas à détailler le régime de chaque droit de la défense qui diffère selon le domaine d'application. Il n'en reste pas moins qu'au cours d'une instance, grâce à la contradiction qui est un principe d'ordre public, chaque partie doit pouvoir connaître et discuter les observations ou les preuves produites devant le juge qui serviront à la solution du litige.

455. Le principe du contradictoire est l'âme du procès⁶⁴⁶, un ensemble de règles garantissant à une partie la pleine connaissance de l'instance et la possibilité de défendre ses intérêts tout en y participant, après le temps d'une réflexion nécessaire⁶⁴⁷, car il serait inconcevable de parler d'un procès en l'absence de la contradiction. Selon VIZIOZ, « *le principe du contradictoire commande le procès juridictionnel. Il a une portée tout à fait générale, il vaut pour toutes les instances judiciaires* »⁶⁴⁸. Du fait de la généralisation qui caractérise la contradiction, son champ d'application s'étend au-delà de la procédure civile et de la procédure pénale et en

⁶⁴³ Si l'on examine de près les statistiques dans les pays subsahariens, la violation du code du travail et de l'égalité est frappante : elle porte principalement sur la situation familiale de la femme, la rémunération au moins égale au SMIC, le licenciement d'une femme après l'accouchement, l'âge de départ à la retraite, etc.

⁶⁴⁴ STRICKLER (Y.), « L'office du juge et les principes, formation École nationale de la magistrature, 2012 », article disponible, sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512> (consulté le 19 juin 2019).

⁶⁴⁵ EFTHYMOS (P.), « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque (Quelques éléments comparatifs) », *RIDC* 1987, p.705, cité par Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁴⁶ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2^e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2013, Coll. Thémis, Droit, p.633.

⁶⁴⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, n°7.

⁶⁴⁸ VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Bordeaux, éd. Bière 1956, p. 446, n° 236.

suppose la loyauté. Son effectivité rend possible l'intervention du juge en toute neutralité, qui ne peut d'ailleurs se détacher de la procédure⁶⁴⁹. L'obligation qui pèse sur le juge de faire respecter la contradiction fait de lui le garant du principe dispositif, cette obligation doit être respectée même dans les procédures d'urgence, dans la mesure où, alors même qu'une assignation d'heure à heure a été délivrée, le juge doit s'assurer que le défendeur a pu préparer sa défense⁶⁵⁰.

456. Nous souscrivons à l'expression du Professeur Henri MOTULSKY qui préfère « droits de la défense » à « principe du contradictoire », sans pour autant nous interdire d'user ces deux expressions. Selon cette doctrine, ce dernier vocable ne semble s'opposer qu'à la procédure unilatérale, tandis que la formule imposant le respect des droits de la défense (il faut entendre en matière civile, la défense des intérêts des deux parties) possède, le mérite de mettre l'accent sur le droit du juge de ne statuer qu'après avoir permis à chacune des parties de débattre, librement et en connaissance des moyens et des preuves de l'autre, devant lui tous les éléments du litige⁶⁵¹. Cela est d'autant plus vrai que le principe contradictoire constitue l'un des aspects clés du principe plus général des droits de la défense, ce dernier a la valeur d'un impératif universel⁶⁵².

457. En droit du travail des cinq pays francophone concernés, le respect des droits de la défense occupe une place significative du fait de l'insertion, dans leur droit positif, de la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative à la procédure à suivre avant le licenciement ou au moment de celui-ci⁶⁵³. Le principe du contradictoire étant fondamental à toute instance digne de ce nom, il s'agit d'un principe d'impulsion procédurale et du principe d'initiative⁶⁵⁴. Pour autant, il ne signifie pas que toute personne doit être effectivement entendue⁶⁵⁵, mais au moins que toute personne doit avoir été appelée⁶⁵⁶, c'est-à-

⁶⁴⁹ Le principe est posé par l'article 16 du Code de procédure civile malien, selon lequel « le juge est tenu d'observer lui-même la règle de la contradiction.

⁶⁵⁰ BRUS (Fl.), thèse, université de Pau, *op. cit.*, p.153.

⁶⁵¹ MOTULSKY (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès civil », *Écrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, préface de G. BOLARD, p. 131.

⁶⁵² *Idem*.

⁶⁵³ Spécialement de l'article 7 de la Convention 158 de l'OIT, du 2 juin 1982 qui dispose qu'« un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité».

⁶⁵⁴ ASCENSSI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. Cadiet (L.), L.G.D.J., 2006, p. 25.

⁶⁵⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 292.

⁶⁵⁶ L'article 14 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali dispose : « Aucune partie ne peut être jugée sans avoir été au préalable dûment entendue ou appelée ».

dire mise en mesure de se défendre, le principe du contradictoire, signifie également qu'un litige implique des positions contradictoires et qu'il accepte une part d'insaisissabilité dans une affaire⁶⁵⁷. Tel est le sens, en droit du travail, de l'entretien préalable au licenciement.

458. Il s'agit d'une obligation pour tous les acteurs à la procédure⁶⁵⁸, y compris le juge qui ne peut retenir, dans sa décision, des moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties, que si celles-ci ont été à même d'en débattre de manière contradictoire : de même, le juge ne peut relever d'office des moyens de droit sans inviter préalablement les parties à s'exprimer à leur sujet⁶⁵⁹.

459. Le principe de la contradiction irrigue toute la procédure et toutes les procédures, il vaut donc aussi pour les procédures orales, même si la contradiction s'exerce alors dans un intervalle de temps plus bref, qui est celui de l'audience, il est toutefois possible, dans le souci d'assurer la contradiction, d'opérer un renvoi à une audience ultérieure⁶⁶⁰. La partie doit donc être présente à l'audience, personnellement ou à travers un représentant autorisé par la loi. Et toute pièce envoyée par la poste ou déposée, sans comparaître est irrecevable en l'absence physique des parties à l'audience. C'est aussi pourquoi un plaideur ne peut, oralement, former une demande nouvelle ou reconventionnelle alors que son adversaire est défaillant⁶⁶¹. L'opposition est donc la voie de recours par excellence, pour réintroduire le contradictoire.

460. À l'instar des autres principes fondamentaux du procès civil, le contradictoire connaît des limites. En matière pénale, par exemple, dans certains cas, il n'est pas possible de respecter le contradictoire. Ainsi lorsqu'une partie ne comparaît pas, ou qu'une mesure est prise sans que l'autre partie soit informée (par ex. en matière de voies d'exécution pour l'autorisation de procéder à une saisie ; si le propriétaire du bien est au courant, il pourrait faire disparaître ses biens), il faut que cette violation du principe du contradictoire soit temporaire⁶⁶².

⁶⁵⁷ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, op. cit., p. 292.

⁶⁵⁸ Article 16, code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali.

⁶⁵⁹ FERRAND (F.), « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n°2, pp. 345-369.

⁶⁶⁰ STRICKLER (Y.), « L'office du juge et les principes, formation École nationale de la magistrature, 2012 », op. cit., p.18.

⁶⁶¹ *Idem*.

⁶⁶² JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LDGJ, 2^e éd., 2014, p. 292.

461. L'importance des droits de la défense est telle que son respect s'impose également aux autorités administratives indépendantes (AAI), parce qu'il traduit la protection des intérêts des usagers (particuliers). Ces dernières en sont soumises notamment lorsqu'elles interviennent pour prononcer une sanction. Concrètement, avant d'infliger une sanction, l'AAI doit s'assurer que l'utilisateur a et qu'il est prévenu et informé⁶⁶³, ait été en mesure de présenter ses observations⁶⁶⁴. Le principe du respect dû aux droits de la défense a des corollaires en amont, (par exemple, le droit de citer des témoins)⁶⁶⁵, ainsi qu'en aval, (notamment le droit de contester la décision)⁶⁶⁶, de la sanction. On constate que ce principe est garanti par tous les textes internationaux et en droit interne.

462. En droit du travail, le principe du respect dû aux droits de la défense occupe une place significative, du fait de la nature de la procédure qui reste dominée par l'oralité, quand bien même l'objet du litige devrait dans un acte écrit être délimité. À certains égards, l'oralité se heurte au principe du contradictoire, qui s'impose au juge du travail, conformément aux dispositions du Code de procédure civile⁶⁶⁷. Toutefois, la Haute juridiction ne considère pas toujours la loyauté de la communication des pièces. Par exemple, un salarié licencié reprochait au Conseil de prud'hommes de s'être fondé sur une pièce dont il n'avait eu connaissance qu'après le prononcé de la décision. Statuant en méconnaissance du contradictoire, la Chambre sociale a eu l'occasion de juger que, la procédure prud'homale étant orale, les documents retenus sont présumés, sauf preuve contraire non rapportée en l'espèce, avoir fait l'objet d'un débat contradictoire, la Haute juridiction a retenu la même position dans différents arrêts⁶⁶⁸.

463. Dans le droit positif de la plupart des pays subsahariens francophones, on observe que les dispositions relatives à l'objet du litige sont communes à toutes les juridictions. Dans la

⁶⁶³ Conseil d'État, 25 avril 1958, *Société des laboratoires Geigy*, Rec. 243 ; CE, 18 novembre 1964, *Sieur Rainaut*, *AJDA*, 1965, p.408 Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248, R, p.18.

⁶⁶⁴ CE, 15 octobre 1954, *Bontemps*, R, 538. En l'espèce, le Conseil d'État français a rappelé qu'en droit administratif, la procédure étant essentiellement écrite, il n'existe pas de droit de comparution en l'absence de consécration textuelle. Il a considéré qu'il ne suffit pas seulement de respecter le contradictoire, il faut en outre que l'intéressé ait été en mesure de présenter ses observations.

⁶⁶⁵ CE, 9 décembre 1988, *Kessler*, R, 436. En l'espèce, le CE a estimé que « l'audition des témoins relève de l'appréciation souveraine du juge du fond ».

⁶⁶⁶ CEDH, 21 février 1975, *Golder*, Série A, n°18.

⁶⁶⁷ Articles 21, 22 et 23 du Code de procédure civile guinéen ; articles 15 et 16 du Code de procédure civile malien.

⁶⁶⁸ Cass. soc, 29 septembre 1988, n° 85-44.362, *Bull. V*, n° 479 ; *Gaz. Pal.* 1989, I. Somm.161, obs. GUINCHARD et MOUSSA. Voir également : Cass. soc, 22 novembre 2000, *Cahier Sociaux du Barreau*, n° 127, p. 57, obs. F.-J. PANSIER.

mesure où les parties sont maîtresses de l'instance, elles fixent les éléments du litige ; de cette manière, l'objet est déterminé *ab initio*. Si, par ce principe, les parties ont la liberté de saisir le juge comme elles l'entendent, il n'en reste pas moins qu'une fois saisi, elles n'ont plus le droit de modifier l'objet de la demande initiale. Toutefois, elles peuvent formuler des demandes additionnelles dans le cadre de ladite demande⁶⁶⁹. Le Professeur Henri MOTUSLSKY estime que, « *si la procédure est certes faite pour les justiciables, cela signifie qu'elle a pour vocation de conduire, dans les meilleures conditions possibles et dans le respect des principes fondamentaux, au triomphe de la justice dans les relations humaines* »⁶⁷⁰.

464. Loin de perdre son importance, la conception procédurale vise à garantir le respect des principes fondamentaux et la qualité du procès civil. Or, cette dernière ne se présume pas, elle se matérialise par la motivation. Ainsi, il appartient au juge, lorsqu'il tranche, de justifier dans sa décision qu'il a effectivement entendu les parties au litige. Il va sans dire que ces exigences s'imposent, sans quoi l'on parlerait d'insécurité juridique de l'instance. L'appréciation du respect des garanties procédurales se déroule en tenant compte des moyens et des enjeux mis en œuvre pour la bonne administration de la justice.

§ 2. Les moyens et enjeux du procès devant le tribunal du travail

465. Dans une société démocratique où il existe une justice étatique, les procès sont les moyens de régler les litiges de manière légale en ce qu'ils empêchent les individus de se faire justice. Il s'agit d'un lien d'instance, qui serait elle-même la traduction juridique du procès avec un ensemble d'actes processuels,⁶⁷¹ d'actes de procédure et d'actes judiciaires, réalistes, au cours de ce procès⁶⁷². S'agissant du procès en droit du travail, la procédure est à la fois une technique d'organisation de ce procès et une technique de garantie des droits et libertés fondamentaux⁶⁷³. Dans la mesure où le domaine processuel constitue un terrain privilégié de

⁶⁶⁹ Cass. soc., 19 juin 1986, *Bull.* V, n° 326. La Chambre sociale considère que devant le bureau de conciliation, en cas de non comparution après conciliation partielle, interdiction est faite au salarié de modifier ses demandes à l'audience du jugement sans au préalable aviser l'employeur conformément aux prescrits de l'article 68 al. 2 du Code de procédure civile.

⁶⁷⁰ MOTUSLSKY (H.), *op. cit.*, p. 183.

⁶⁷¹ VIZIOZ (H.), *Études de procédures*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷² JEULAND (E.), *Droit processuel général*, 2^e éd. Paris, Montchrestien, 2012, p. 504.

⁶⁷³ GUINCHARD (S.), « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Paris, LGDJ, 2004, p. 97.

l'ordre public⁶⁷⁴, le juge doit s'assurer que tous les moyens permettant d'en garantir le maintien soient réunis. Il en est le gardien et doit rappeler ses exigences aux parties, toutes les fois que cela est nécessaire, au cours de l'instance.

466. En droit du travail, les particularités de l'ordre public social doivent être soulignées, de par l'importance quantitative du recours à cette notion, tant par la loi que par les mécanismes de l'ordre public et leur utilisation par le juge⁶⁷⁵. L'ordre public social est une catégorie spécifique d'ordre public, on parle parfois d'ordre public absolu, auquel on ne peut déroger, comme les libertés et droits fondamentaux des travailleurs⁶⁷⁶. Si les enjeux d'un procès consistent à départager les parties opposées dans un litige à travers le prononcé du jugement, il est clair que la procédure ne doit pas être truquée comme dans le *procès de Galilée*⁶⁷⁷. Elle doit également garantir le droit au double degré de juridiction, car contrairement aux parties, pour un juge, la finalité d'un procès n'est sans doute pas le jugement il s'agit notamment, pour lui, de prouver l'existence d'une bonne administration de la justice. Cette dernière sous-entend que le juge doit tirer parti de son pouvoir d'agir d'office, c'est-à-dire, être en mesure de se prévaloir des prérogatives dont il dispose ou dont il est investi en raison de sa fonction⁶⁷⁸. Il va sans dire que la qualité de la justice qui doit être rendue avec célérité en dépend **(B)** et, s'agissant du procès en droit du travail dans les pays concernés, le respect du caractère public de la procédure est une exigence **(A)**.

⁶⁷⁴ Cour de Cassation, *Rapport annuel* 2013, p. 95 (Disponible sur www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf, consulté le 2 juillet 2019).

⁶⁷⁵ Cour de cassation, *Rapport annuel* 2013, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷⁶ REVET (Th.), « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'Ordre public à la fin du XXe siècle*, pp.43 et s. cité dans le *Rapport annuel* 2013 de la Cour de cassation, p. 95.

⁶⁷⁷ BERETTA (F.) (dir.), BIANCHI (L.), FANTOLI (A.), LERNER (M.-P.), *Galilée en procès, Galilée réhabilité ?*, éd. Saint-Augustin, 2005, pp. 1 à 173 ; v. L'affaire Galilée et le rôle du cardinal BELLARMIN, www.rtbfb.be, du 16 août 2017, avec Jean-Jacques GHEYNT, Dr. ès science.

Le 31 octobre 1992, soit trois siècles après sa condamnation, Galilée a été réhabilité par le pape Jean-Paul II. Nous retenons le caractère exceptionnel du *procès de Galilée* à cause du statut social de l'accusé (mathématicien et philosophe personnel du Grand-duc-de Toscane, COSME II) ainsi que de celui du juge, le pape, inquisiteur suprême dans l'Italie du XVIIe siècle. Il était reproché à l'accusé, savant laïc, d'avoir outragé la suprématie des théologiens en soutenant la *théorie copernicienne* selon laquelle la Terre tourne autour du soleil. Galilée n'a pas bénéficié des droits fondamentaux du procès, il a été contraint d'abjurer la doctrine qu'il défendait pour éviter toute torture et la peine de mort. Les historiens contemporains mettent en doute la légitimité judiciaire de la sentence.

⁶⁷⁸ LEFORT (Ch.), « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justice et droit du procès*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 807 à 809.

A. La publicité, une exigence fondamentale du procès

467. En droit, la notion de publicité fait allusion à la séance dont les débats sont retransmis ou publiés⁶⁷⁹. On peut constater que, pour Emmanuel KANT, la notion de publicité occupe une place centrale dans sa philosophie. Ainsi, dans la *Doctrine du droit*, il estime que les lois du droit public « *ont besoin d'une proclamation universelle* », c'est-à-dire que les citoyens doivent avoir connaissance des lois puisque, à défaut, un état juridique est impossible⁶⁸⁰. De même, poursuit-il dans les travaux préparatoires de la *Métaphysique des mœurs* : « *ce que l'on n'ose pas déclarer publiquement comme maxime et dont la déclaration détruirait la maxime elle-même est opposé au droit public* »⁶⁸¹.

468. La publicité est un principe qui s'inscrit dans la démocratie participative au sein d'un État de droit. Ainsi, en droit comparé, ce principe a été introduit en France par les lois des 16 et 24 août 1790, relayé ensuite par la CEDH, et depuis fait partie des principes fondamentaux du « procès équitable »⁶⁸². Il signifie que l'accès au prétoire doit être largement ouvert à toute personne, afin que « Monsieur le Public » (selon la formule de Balzac) soit en mesure d'exercer un contrôle virtuel sur la manière dont la justice est rendue⁶⁸³.

469. Pour Madame le Professeur Dominique D'AMBRA, dans un sens plus large, plus diffus et plus général, la publicité désigne l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement et de l'issue d'une instance juridictionnelle⁶⁸⁴. Si l'affirmation d'une institution judiciaire, participant et alimentant le débat public peut paraître novatrice, elle n'est pas pour autant inattendue car le principe de publicité des débats judiciaires, qui ne lie l'institution à l'espace public, prend racine dans le fonctionnement même du système démocratique, qui recommande que la justice, rendue au nom du peuple, puisse être placée sous son contrôle⁶⁸⁵.

⁶⁷⁹ CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 830.

⁶⁸⁰ MOHR (G.), « Publicité de la raison, droit et cosmopolitisme chez Kant », ENS éd., 2010, pp.213-244, disponible sur <http://www.openedition.org/6540> (consulté le 23 juin 2019).

⁶⁸¹ *Idem*.

⁶⁸² C.E., 4 octobre 1974, II, n° 17967. II. Le Conseil d'État français a alors déclaré que la publicité est « un principe général du droit », et qu'il n'appartient, dès lors, qu'au seul législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites, n°88.930, JCP éd. G.1975.

⁶⁸³ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, 17^e éd., LGDJ, 2018, n° 585, p. 445.

⁶⁸⁴ D'AMBRA (D.), « Publicité », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris PUF 2004, p. 1111 et s.

⁶⁸⁵ ROURE (S.), « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *Revue française de droit constitutionnel* 2006, n° 68, p. 737 à 779.

470. Classée dans les règles fondamentales, la publicité est inscrite dans la plupart des textes fondamentaux de protection des droits de l'homme à l'échelle universelle⁶⁸⁶ et régionale⁶⁸⁷, ainsi que dans les Constitutions et codes d'organisation de procédure devant toutes les juridictions civiles et pénales des pays concernés. Devant les juridictions de droit du travail, les débats sont publics, ce qui autorise n'importe qui à assister aux débats pour autant que la personne conserve une attitude digne et garde le respect dû à la justice. Cependant, c'est devant les juridictions pénales que pour des raisons de sécurité des acteurs du procès, l'accès au prétoire peut, à certains égards, nécessiter un filtrage en raison des difficultés susceptibles de surgir, quand bien même, avec la reconnaissance d'aspects technologiques, cet accès aurait pris une nouvelle image à l'instar des médias. Il n'en demeure pas moins que l'apport de la publicité des débats, bien qu'étant très significatif en ce que cette dernière contribue à l'émergence d'une opinion publique influente dans un État de droit, n'est pas nouveau.

471. Par exemple, aux XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles, les excommunications des ennemis de l'Église prononcées par les papes avaient eu un écho grâce à la publication, orale et écrite, de la justice pontificale. De même, l'importance du *jury*, emblème de la justice de *Common Law* prouve à suffisance que ce mécanisme constitue bel et bien, selon l'expression de Monsieur le Professeur Jean-Philippe GARNEAU, « *la première modalité de l'intégration de l'opinion populaire à la formation de la décision de justice* »⁶⁸⁸.

472. À l'époque contemporaine, la publicité sert également les hommes d'État au gré des procès politiques. Elle est utilisée par les régimes totalitaires, ainsi que dans le cadre du nouvel ordre international de l'après-guerre, qui a vu surgir une justice hautement médiatisée : le procès de Moscou, sans être le premier du genre, frappe tout de même par l'ampleur de la mise en scène, ayant servi tant à condamner publiquement des opposants politiques qu'à masquer, derrière cet écran de fumée médiatique, la répression massive du régime stalinien⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 12 décembre 1966 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un juge indépendant et impartial* ». Voir également l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁶⁸⁷ Article 7, al. 1, de la Charte africaine des droits de l'homme.

⁶⁸⁸ GARNEAU (J.-P.) (dir.), « Jalons pour une histoire des rapports entre justice et espaces publics », *Justice est espaces publics en occident, du Moyen Âge à nos jours*, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 9.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

473. En droit comparé, le juge européen a influencé les législations des États membres. Ainsi a-t-il décidé qu'« *il est important en effet, que les tiers puissent accéder au jugement, comme ils ont accès aux audiences ; c'est l'un des buts de la règle de la publicité de la justice, que de permettre « le contrôle du public »* »⁶⁹⁰.

474. Tout récemment, le procès de l'ancien dictateur tchadien, Hissène HABRÉ, a permis à l'opinion publique de se faire une idée de la justice pénale à l'échelle africaine⁶⁹¹. Toutefois, si le procès pose la condition, pour le prononcé d'un arrêt de la Cour d'appel en son intégralité, il considère au contraire, que la lecture du jugement est optionnelle, mais que le dépôt au greffe, accessible au public, en matière civile suffit⁶⁹². Il en va de même pour le droit *Common Law* anglais, où l'actuelle *Civil Procedure Rules* ; modifié en 1996, consacre le principe de la publicité en matière civile. Pour autant, ce principe n'a pas de portée absolue : elle peut être écartée eu égard à des considérations de confidentialité (notamment lorsqu'il s'agit d'affaires financières personnelles) et des impératifs de sécurité nationale⁶⁹³. Cette exigence s'applique également en matière pénale, mais le juge dispose du pouvoir de siéger en chambre du conseil afin d'éviter une atteinte à l'intimité de la vie privée ou des désordres qui contrecarreraient la bonne administration de la justice⁶⁹⁴.

475. Cette restriction n'est pas systématique. Ainsi, la procédure ne cède pas toujours devant le besoin de protection d'autres intérêts primordiaux, dans ce sens, la jurisprudence a récemment refusé d'interdire la publication du nom d'une personne jugée pour meurtre, qui prétendait que cette divulgation nuirait sérieusement à son enfant⁶⁹⁵, la *Supreme Court* ayant remarqué que « *la publicité directe garantirait la bonne conduite des procès : elle constitue un moyen de contrôle précieux de la procédure en matière pénale* »⁶⁹⁶.

476. Nous pensons qu'au-delà de l'ambiguïté autour de la notion d'opinion publique et de l'absence d'unanimité sur son rôle (qualitatif ou passif) dans un procès, elle contribue à

⁶⁹⁰ CEDH 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, série A, n°1.

⁶⁹¹ Il a été jugé et condamné par les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, mises en place en 2013 par l'État du Sénégal et l'Union africaine dans le but de poursuivre « le ou les principaux responsables » des crimes internationaux commis entre 1982 et 1990 sous le règne de Hissène Habré au Tchad. Au mois de mai 2016, ce dernier a été condamné à la prison à vie.

⁶⁹² CEDH, 8 décembre 1983, *Pretto c/Italie*, série A, n° 71, § 27.

⁶⁹³ GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^{ème} éd. 2019, Dalloz, p. 1059.

⁶⁹⁴ GUINCHARD (S.) (dir.), *op. cit.*, p. 1059.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 1060

⁶⁹⁶ *Re S (A Child)* (2004) UKHL 47, cité par S. Guinchard (dir.), *op. cit.*, p. 1060.

l'amélioration du fonctionnement de la justice. Ainsi, entre 1996 et 2000, les affaires « Dutroux » en Belgique et d'Outreau en France ont permis aux pouvoirs publics de prendre conscience de la réelle existence des dysfonctionnements de l'institution judiciaire, de la police et des médias et par conséquent, de l'urgence d'une série de réformes adaptées aux besoins de l'époque. Ainsi, la participation de la population est une composante importante de l'œuvre de justice, ne serait-ce que pour l'établissement de la vérité, malgré la professionnalisation de la justice et la complexité accrue des enquêtes ou des procès à l'époque contemporaine, l'opinion publique continue toujours d'influencer le cours quotidien de la justice⁶⁹⁷.

477. Dans sa thèse, Diane WAGOUE TCHOKOTCHEU affirme que le concept de « public » doit être distingué selon que le public est présent ou non à l'audience ou pas ; dans un premier temps, si le public visé est averti, alors, la publicité pourrait être satisfaite par la mise à la disposition au greffe des informations relatives au procès, *a contrario*, s'il s'agit d'un public composé éventuellement de personnes non averties, le recours à la parole devient une nécessité ; dans un second temps, il peut s'agir de la diffusion des informations relatives au procès, particulièrement mise à la disposition de ces éléments à la connaissance de tout intéressé et plus généralement à l'opinion publique⁶⁹⁸. Nous ne partageons pas une telle distinction qui n'a qu'une portée relative, et qui porterait atteinte au principe de publicité, dans la mesure où il prône le filtrage du public susceptible d'accéder au prétoire lors d'une instance, alors que le public doit être pris dans un sens beaucoup plus large.

478. Selon certains auteurs, on veut simplement souligner par-là que le secret en matière judiciaire doit rester un cas de figure très exceptionnel, « *la justice doit être une œuvre de lumière et non de ténèbres* »⁶⁹⁹. La publicité éviterait alors de jeter un doute sur l'œuvre de justice et sur l'impartialité du juge⁷⁰⁰. Elle assure la protection des droits de la défense et d'une certaine manière garantit l'intervention du juge qui se sent obligé de contenir les risques d'arbitraire, de partialité voire d'étouffement de certains aspects du litige qu'il est appelé à

⁶⁹⁷ GARNEAU (J.-P.), *op. cit.*, p. 20 et 21.

⁶⁹⁸ WAGOUE TCHOKOTCHEU (D.C.), *L'oralité dans le procès civil*, thèse université de Nantes, p. 190.

⁶⁹⁹ FRAIN de TREMBLAYE (J.), *Essai sur l'idée du parfait magistrat*, cité in PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *op. cit.*, p. 445.

⁷⁰⁰ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, p. 445.

trancher. Il n'en demeure pas moins que la publicité n'est pas permise lorsque les débats ont lieu en chambre du conseil, conformément à la loi⁷⁰¹.

479. En droit du travail, les limitations légales à la publicité sont autorisées notamment, lors de la tentative de conciliation⁷⁰² devant le bureau de conciliation, lorsqu'il doit résulter une atteinte de la vie privée, à la demande conjointe des parties, en cas de risque de trouble à la sérénité de la justice. Il n'en est de même, dans la phase préparatoire de la mise en état, ainsi qu'au moment des délibérés, notamment lorsque la composition se retire avant le prononcé du jugement. On constate qu'il est difficile de tracer la ligne de partage entre ce qui relève du secret et ce qui revient obligatoirement à la publicité, devant les juridictions civiles, commerciales, sociales et administratives, ce principe ne pose aucun doute. En revanche, cette question se pose devant les juridictions pénales, qui ont des règles propres⁷⁰³. Si, pour le juge, le fait de rendre public un jugement est une exigence fondamentale, respecter un délai raisonnable pour le prononcé du jugement reste un enjeu qualitatif de son intervention.

B. La célérité est un enjeu incertain que doit malgré tout garantir le juge

480. Depuis trois décennies, dans les pays d'Afrique francophone étudiés, de plus en plus, de critiques liées à la lenteur de la justice étatique sont observées. Sans être nouveau, ce phénomène revêt aujourd'hui une acuité particulière en raison de la modernisation et de l'accélération générale du temps⁷⁰⁴.

481. S'agissant du droit du travail, ces critiques sont d'une part, la conséquence directe des crises successives liées au choc pétrolier à la fin des années 70, de la dévaluation monétaire et de la chute des matières premières dans la plupart des pays en question, d'autre part, l'effet de la mondialisation des économies africaines qui sont tournées vers le secteur privé. La multiplication des plans sociaux est telle que les greffes des juridictions du travail sont engorgés, contrairement à la situation dans les années 60, époque à laquelle le chômage était quasi-inexistant dans les pays concernés. Cela crée un paradoxe dans la mesure où, une justice, aux yeux de l'opinion est sans doute une justice immédiate mais aussi une justice sans

⁷⁰¹ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 15 juillet 1975, n° 74-11146.

⁷⁰² Les articles 300 à 302 du Code du travail de la RDC et l'article L. 206, al. 1 du Code du travail malien disposent que : « l'audience est publique, sauf au stade de la conciliation ».

⁷⁰³ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *op. cit.*, p. 446.

⁷⁰⁴ ROSA (H.), *Accélération, une critique sociale du temps*, La Découverte, 2000, p. 39.

erreur, d'où le décalage toujours présent entre la justice humaine et les atteintes de l'opinion⁷⁰⁵.

482. La lenteur des procès provoque un mouvement en faveur de l'accélération du cours de la justice⁷⁰⁶, pourtant, la solution d'avenir ne se trouve certainement pas dans un développement encore plus important des procédures d'urgence, qui favorisent certains plaideurs au détriment des autres, dont les affaires ne peuvent être jugées que beaucoup plus lentement⁷⁰⁷. Ainsi, l'efficacité du système judiciaire devient obsédante au point de faire émerger ce qui serait un nouveau principe de procédure, le principe de célérité⁷⁰⁸.

483. Le terme de célérité est préféré à celui de *rapidité* comme pour souligner que la rapidité doit s'accommoder du temps à la qualité du système⁷⁰⁹. Ce principe fait référence à la place du temps dans le déroulement d'une procédure ; or, le procès s'inscrit dans la durée car il nécessite l'intervention d'un tiers extérieur aux faits à juger, celui-ci doit en prendre connaissance avant de trancher⁷¹⁰, la durée est une composante inéluctable de toute procédure judiciaire et aucune recherche de célérité ne saurait se faire au détriment du souci de qualité⁷¹¹.

484. Le temps est inséparable du procès⁷¹². La justice ne serait ni équitable, ni crédible, ni efficace, si la décision mettant fin à la contestation était rendue à l'issue d'une procédure trop longue, car le jugement perdrait tout intérêt pour le justiciable⁷¹³. En réalité, le débat autour de la durée des procès bien qu'étant actuel, n'est pas nouveau et il ne fait pas l'unanimité, y compris au sein de la doctrine dont une bonne partie considère que la réduction de la durée des procès occasionnerait un allègement de l'instance, donc la simplification de cette

⁷⁰⁵ CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, LGDJ, 2006, p. 3.

⁷⁰⁶ CHOLET (D.), *op. cit.*, p. 1.

⁷⁰⁷ MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 2004, p. 18.

⁷⁰⁸ GUINCHARD (S.), « Quels principes pour les procès de demain ? », in *Mélanges J. van Compernelle, Bruylant*, 2004, p. 236 et s.; du même auteur, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon Assas, Dalloz, 2002, p. 1201 ; RAYNAUD (M.), *Le principe de célérité*, conférence au Palais de Justice de Paris du 1^{er} mars 1984, impr. TGI de Paris, 1984.

⁷⁰⁹ AMRANI-MEKKI (S.), Le principe de célérité, in *Revue française d'administration publique*, 2008, n° 125, p. 43 à 53.

⁷¹⁰ CHOLET (D.), *op. cit.*, p. 2.

⁷¹¹ MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, *op. cit.*, p. 19.

⁷¹² CADIET (L.) et alii, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd. PUF, Paris, 2013, p. 801.

⁷¹³ FRICERO (N.), « La garantie d'une bonne justice », in GUINCHARD S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, n° 2102, 2001/2002, pp. 473 et s.

dernière⁷¹⁴. Il va sans dire que la célérité mal gérée conduirait inéluctablement aux violations des droits des parties à l'instance, car loin d'être une affaire d'émotion ou de spectacle, une justice, fut-elle étatique, doit ramener la paix sociale, y compris dans le camp de la partie perdante. Si la matière pénale est celle dans laquelle on dénonce le plus de cas d'atteintes liées aux principes fondamentaux du procès, la matière sociale n'en est pas moins épargnée, en ce sens que des atteintes à la contradiction et à d'autres principes directeurs du procès sont des écueils à éviter par le juge.

485. Nous ne partageons pas l'affirmation du Doyen Jacques NORMAND qui affirme que *« la rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues (...) cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert. Tout au plus doit-on formuler le vœu que, du fait de l'encombrement des juridictions ou pour une toute autre raison, ce temps ne soit pas exagérément prolongé »*⁷¹⁵.

486. En effet, s'agissant des pays concernés, où la justice est encore embryonnaire, mal interprétée, notamment par un juge véreux et/ou non expérimenté, cela ouvrirait droit à des « jugements spectacles », donc à des violations des droits des justiciables « justifiées ». La variété des terminologies autour de la rapidité des procès étant significative, on peut dès lors, se poser la question de savoir ce qu'est la célérité en procédure. La doctrine considère que la compréhension de ce que signifie réellement la célérité, de sa valeur de principe, doit permettre de donner à cette exigence sa juste place aux côtés d'autres impératifs, non moins primordiaux, qu'elle complète mais avec lesquels elle est parfois en conflit⁷¹⁶, ainsi, déterminer la nature véritable de la célérité en procédure permet de lui conférer un contenu⁷¹⁷.

487. Le terme de célérité vient du latin *celeritas*, de *celer* qui signifie rapide, prompt⁷¹⁸. C'est une notion large et l'on observe une absence de définition précise dans les codes de

⁷¹⁴ BLOCH (C.) et HILAIRE (J.), « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale*, colloque d'Orléans, PUF, t II, 1988, p.469 ; R. BADINTER (dir.), *Une autre justice, contribution à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Fayard, 1989 ; HALPERIN (J.-L.), « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996, p. 233.

⁷¹⁵ NORMAND (J.), « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in CADIET (L.), et RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, pp. 159 à 184 (spéc. p. 159).

⁷¹⁶ NORMAND (J.), « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Mélanges R. Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, pp. 337.

⁷¹⁷ AMRANI-MEKKI (S.), *Le principe de célérité*, op. cit., p. 44.

⁷¹⁸ V° « celer », in F. GAFFIOT, *Le Grand Gaffiot*, dictionnaire latin-français, Hachette, 2000.

procédures pénales des pays étudiés. Toutefois, la plupart des textes fondamentaux font allusion au droit au jugement dans un délai raisonnable, lequel est un droit constitutionnel qui tire son origine des textes internationaux⁷¹⁹ ratifiés par tous les pays subsahariens francophones.

488. Le principe de célérité est un principe directeur, visant à donner au processus pénal un rythme aussi rapide que possible sans porter atteinte aux fondements de l'ordre juridique comme la présomption d'innocence ou les droits de la défense⁷²⁰. Cette urgence renforcée justifie une promptitude particulière d'intervention⁷²¹, une règle de droit⁷²², une norme obligatoire, dans le sens où la lenteur d'une procédure juridictionnelle est susceptible d'être sanctionnée devant les juridictions étatiques⁷²³. Cependant, on peut constater que cette notion ne fait pas l'unanimité, y compris parmi la doctrine française.

489. À cet égard, le Professeur Emmanuel JEULAND retient la définition donnée par la Cour de Strasbourg⁷²⁴, c'est-à-dire, celle du « *principe du délai raisonnable* »⁷²⁵, alors que d'autres⁷²⁶, à l'instar de Madame le Professeur Soraya AMRANI-MEKKI, préfèrent le « principe de célérité ». Ainsi cette dernière affirme-t-elle que « *cette assimilation au délai raisonnable est réductrice car il constitue une exigence minimum, négative et a posteriori. Il s'agit de sanctionner les excès de lenteurs intolérables et non d'assurer ab initio une exigence de célérité ; même si pour respecter le délai raisonnable, il convient d'assurer la célérité des procédures, les deux ne se confondent pas car l'exigence de la célérité va au-delà et reste parfois en deçà* »⁷²⁷.

490. Nous rejoignons cette position parce que Madame le Professeur Soraya AMRANI-MEKKI reconnaît le caractère large du vocable célérité, et qu'elle suppose la combinaison

⁷¹⁹ Article 14 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 7 D de la Charte africaine affirme « le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale ».

⁷²⁰ PRADEL (J.), « La rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé », *RPDP* 1995, p.213.

⁷²¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 156.

⁷²² CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, *op. cit.*, p. 393.

⁷²³ CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, *op.cit.*, v. Règle, p. 882.

⁷²⁴ CEDH, 3 février 2009, n° 44807/06, *Poelmans c/ Belgique*, Procédures 2009, n° 81 obs. N. FICERO. En l'espèce, la Cour considère qu'« il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable ».

⁷²⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 232.

⁷²⁶ STRICKLER (Y.), L'office du juge et les principes, *op. cit.*, p. 25 ; PRADEL (J.), « La rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé », *op. cit.*, p. 213.

⁷²⁷ AMRANI-MEKKI (S.), *Le principe de célérité*, *op. cit.*, p. 46.

d'une approche qualitative (sous-entend que le juge dispose du temps nécessaire pour délibérer avant de trancher ou de décider) et d'une approche quantitative (par rapport à la durée de l'instance) du management des affaires. Certes, les procédures ne doivent pas être excessivement longues, devant être tenues promptement, et ne pas perdre du temps inutile. Une procédure pourrait en ce sens être conforme au délai raisonnable mais ne pas satisfaire à l'exigence de célérité. À l'inverse, le terme de raisonnable comprend une dimension supplémentaire éminemment subjective et concrète, qui met l'accent sur un temps aux mesures de l'affaire en question, le raisonnable suppose la pondération par la prise en compte de l'attitude de l'ensemble des acteurs, de la nature et de la complexité de l'affaire⁷²⁸.

491. Cependant, la célérité, dans le procès, ne doit être synonyme ni de précipitation, ni même d'urgence ; elle doit être placée au service de l'efficacité, de l'effectivité et de la qualité de la justice, valeur communément partagée et qui profite à tous les justiciables⁷²⁹. Dans une procédure de litige individuel du travail, il existe une évidence : le temps intéresse, à des degrés divers, et souvent dans le cadre de stratégies opposées, tous les acteurs du procès, à savoir, le juge, les parties, les avocats, le greffe⁷³⁰, mais également les huissiers de justice (pour les significations d'actes et l'exécution des décisions)⁷³¹ et, dans une certaine mesure, les experts. Pour qu'il y ait à la fois célérité et qualité, ce qui importe, ce n'est pas tant une durée courte de la procédure qu'un temps adapté à la nature du litige, un temps concret, « sur mesure », en rapport avec les situations réelles des parties au cours de l'instance et avec la catégorie de litiges concernée⁷³².

492. Le temps de la justice doit faire l'objet d'une régulation plutôt que d'une réglementation⁷³³. Or, à ce jour, force est de constater que les instances devant les juridictions de travail, dans les pays subsahariens, connaissent des manœuvres dilatoires des avocats véreux, souvent cautionnés par un membre de la composition lors d'une instance, et à ce titre, elles font état d'une carence quasi-absolue de célérité, donc d'absence de qualité de jugement

⁷²⁸ *Idem.*, p. 46.

⁷²⁹ MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, *op. cit.*, p. 18.

⁷³⁰ Il est regrettable d'observer que dans les pays concernés, le greffe soit devenu le lieu par excellence d'où sont organisées les manœuvres dilatoires. Alors qu'il est censé assurer la gestion des formalités liées au déroulement des débats pendant une audience et assister les juges dans leurs missions, en pratique, les traces des pièces dont il assure la rédaction, la réception, la conservation, voire la diffusion, disparaissent le jour de l'audience, en connivence avec l'une des parties, dans le seul but de retarder l'issue du litige.

⁷³¹ MAGENDIE (J.-C.), *op. cit.*, p. 22.

⁷³² AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002, p. 512.

⁷³³ AMRANI-MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 155 et 295.

rendu. Ainsi, le législateur sénégalais est le seul, nous semble-t-il à lutter véritablement contre ces pratiques propres aux prétoires des juridictions africaines, en renforçant les pouvoirs du juge de la mise en état⁷³⁴, car il n'est pas admissible que la justice, service public à part entière, se laisse encombrer par des parties agissant dans leur intérêt privé au détriment des autres justiciables⁷³⁵.

493. Dans les cinq pays étudiés, il existe des divergences quant à la perception de la célérité par le juge, lors de la phase de mise en état. En effet, si tout le monde s'accorde pour admettre que la lenteur dans le traitement des litiges est un problème récurrent, certains pays, à l'instar du Sénégal et du Mali, ont récemment mis en place une institution nouvelle : le juge de la mise en état qui joue un rôle important dans l'accomplissement de la célérité, étant tenu par une obligation déontologique de diligence.

494. D'autres, en revanche, comme le Cameroun, la Guinée et la R.D du Congo, hésitent ou ne se rendent pas compte des inconvénients causés par la lenteur procédurale, particulièrement en matière de litiges individuels du travail. Ainsi, dans le cadre d'une mise en état intellectuelle, et dans l'esprit de contractualisation de la procédure, ce magistrat a pour rôle, entre autres, de négocier des délais plus souples et plus importants que celui qui accorde des délais et donne des injonctions, car il est de l'intérêt de la justice que tout soit jugé le plus possible en première instance, et que les divers incidents de procédure soient purgés rapidement, pour ne pas polluer le débat ni jouer aux plaideurs qui cherchent à gagner du temps⁷³⁶. Il va de soi que la notion de célérité ne doit pas être confondue avec celle de l'urgence, ni avec celle de l'exigence de délais raisonnables.

495. La notion de raisonnable en procédure, bien qu'étant inscrite dans de nombreux textes fondamentaux de valeur universelle⁷³⁷ et pas encore dans le droit positif des pays concernés, cette notion relève en réalité de la théorie et de la philosophie du droit⁷³⁸. Pour le Doyen Gérard CORNU, c'est ce « *qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité, à celles d'autres aspirations sans exclure la considération des contingences, ça renvoie à ce qui est*

⁷³⁴ Décret n° 2001-115 du 31 décembre 2001, *JORS* n° 6052 du 22 juin 2002.

⁷³⁵ MAGENDIE (J.-C.), *op. cit.*, p. 23.

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 84.

⁷³⁷ Article 14 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 7 de la Charte africaine.

⁷³⁸ PERELMAN (Ch.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, n°8°, Paris, LGDJ, 1984, p. 23.

équitable, naturel, normal »⁷³⁹. Il s'agit de ce qui n'est pas excessif dans les deux sens possibles, c'est-à-dire, en l'espèce, l'excès de rapidité et l'excès de lenteur⁷⁴⁰.

496. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable figure au nombre des exigences propres à un procès équitable⁷⁴¹. Il n'en demeure pas moins que dans une procédure, le délai raisonnable n'est pas aisé à déterminer *a priori*⁷⁴². Il existe une convergence entre le droit européen et la pratique applicable dans les pays concernés : le point de départ du délai raisonnable diffère selon qu'il s'agit, de la matière civile ou de la matière pénale. En matière civile, il commence à la date de la saisine de la juridiction⁷⁴³, alors qu'en matière pénale, il se situe à la date à laquelle l'accusation est portée⁷⁴⁴.

497. En droit comparé européen, la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme considère que le caractère raisonnable du temps consacré à la procédure s'apprécie en fonction des circonstances de la cause et au regard de trois critères⁷⁴⁵. Celles-ci peuvent être des événements distincts, indépendants de la volonté du ministère public et auxquels il ne peut remédier (par exemple, décès) ; la complexité de l'affaire, s'apprécie par rapport à ses éléments de fait ou de droit⁷⁴⁶. La matière, objet du litige, peut aussi justifier la longueur de la procédure⁷⁴⁷.

498. La Cour de Strasbourg a vérifié si cette complexité (preuve, nombre de témoins) invoquée était réelle ou illusoire, et si l'argument cachait l'inertie des juges, « de longues périodes de stagnation » totalement injustifiées par ailleurs⁷⁴⁸. Enfin, concernant le comportement des autorités nationales (juges, avocats), le juge européen tient compte de la

⁷³⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 847.

⁷⁴⁰ CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit., p. 82.

⁷⁴¹ FRICERO (N.), « Délai raisonnable », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 312 à 315; GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Mélanges G.FARJAT*, 1999, p. 139 et s.

⁷⁴² JEAN (J.-P.) et PAULIAT (H.), « L'administration de la justice en France et l'évaluation de sa qualité », D., 2005, chron. p. 598 et s.

⁷⁴³ CEDH, 6 mai 1981, *Buchholz c/ Allemagne*, Série A, n° 42.

⁷⁴⁴ CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c/ Allemagne*, Série A, n° 7.

⁷⁴⁵ CEDH, 28 juin 1978, n° 6232/73, A27.

⁷⁴⁶ GUINCHARD (S.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1064.

⁷⁴⁷ SUDRE (F.), « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droit à un procès équitable », *J.-Cl. Europe*, fasc. 6526, 2013, n° 180.

⁷⁴⁸ CEDH, 19 février 1991, *Adiletti c/Italie*, Série A, n°197-E et *Brigandi c/ Italie*, Série A, n°194-D : D. 1992, somm.333.

diligence de ces autorités, tant judiciaires qu'étatiques. La Haute juridiction, dans une série d'arrêts, opère un contrôle quant au respect des délais raisonnables⁷⁴⁹.

499. En procédure civile, dans la mesure où les parties sont maîtresses de l'instance en respectant les délais impartis, il appartient au juge de veiller à son bon déroulement. Il en résulte une coopération nécessaire des protagonistes du procès, pour éviter les temps morts et assurer une certaine célérité⁷⁵⁰. Cependant, le temps dépend en effet de la matière litigieuse, et il serait artificiel de vouloir imposer la rapidité à tous les contentieux sans distinction, certains litiges gagnant à être décantés, le temps est parfois source d'apaisement et signe d'accompagnement des parties ; il n'a pas à être rapide ni lent, il doit être à la mesure de l'affaire⁷⁵¹.

500. S'il est admis que les parties assurent la maîtrise de l'instance, tout au long de la procédure, le juge devient le véritable ordonnateur. Il impartit les délais aux parties, notamment pour qu'elles produisent leurs conclusions ainsi que les pièces nécessaires. En cas de violation des délais par les parties, le juge dispose du pouvoir de sanction comme la radiation du rôle. Toutefois, le juge est lui-même soumis à l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable.

501. Quand bien même le droit positif ne l'aurait pas encore inséré, le juge peut créer sa propre représentation du droit⁷⁵² et participer à la paix sociale à travers les jugements qu'il rend, pourvu qu'il garantisse le procès équitable. Le juge peut, dans les circonstances d'urgence, prononcer des mesures provisoires ou conservatoires qui lui permettront de préserver la situation jusqu'à la date du jugement, de façon à éviter que celui-ci ne devienne sans intérêt du fait de l'écoulement du temps⁷⁵³. En principe, l'absence de jugement dans un délai raisonnable caractérise un déni de justice, susceptible d'engager la responsabilité de l'État, conformément aux dispositions de la Cour africaine des droits de l'homme. Cependant,

⁷⁴⁹ Cass. civ., 1^{ère} Ch., 3 novembre 2004, n° 03-14.760 : RJDA 4/05 n° 486 (un délai de presque cinq mois a été observé après la constatation du partage des voix du conseil de prud'hommes dans le cadre d'un litige opposant une société à l'un de ses salariés) ; Cass. 1^{ère} Ch. civ., 4 juin 2009, n° 08-16.480 : RJDA 5/10 n° 583 (un délai de vingt-six mois au total a été accordé aux parties pour déposer leurs conclusions par un juge de la mise en état, l'affaire présentant un caractère certain de complexité. Dans ces deux espèces, il a été considéré que les délais impartis étaient raisonnables).

⁷⁵⁰ AMRANI-MEKKI (S.), *Le principe de célérité*, op. cit. p. 47.

⁷⁵¹ *Idem*.

⁷⁵² AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », COMPTRASEC, 2002, p. 7 à 18, spéc. p. 9.

⁷⁵³ CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, op. cit., p. 421.

de telles actions ont peu de chance d'aboutir et, quand bien même elles aboutiraient, l'État ne paie des dommages et intérêts que dans des cas très rares, le temps pour les justiciables d'oublier et de passer à autre chose.

Conclusion du Chapitre 1

502. S'il est unanimement admis que le procès est l'affaire des parties qui assurent la maîtrise du déroulement de sa procédure, les développements qui précèdent consistaient à démontrer qu'une fois cette dernière mis en action, c'est le juge qui en prend la coordination et la régulation, et ce, jusqu'au prononcé de la décision ou du jugement. Dans le contentieux du travail, le respect des garanties procédurales dépend de la manière dont ce tiers, qui assure la fonction publique régaliennne, entend la donner, en ce sens qu'il doit équilibrer les intérêts divergents des parties, en faisant preuve de fermeté vis-à-vis de tous les acteurs du procès et de lui-même, car il est lié par les principes fondamentaux de ce dernier.

503. S'agissant des pays d'Afrique francophone étudiés, nous avons pu constater que, sous l'impulsion du droit international qui consacre une part significative aux droits de l'homme, tant au niveau universel que régional, les principes directeurs et les principes fondamentaux du procès se sont imposés, au point de faire partie intégrante du droit positif, bien que le chemin à parcourir soit encore long.

504. La légitimité judiciaire d'une instance ne se justifie que si les garanties procédurales ayant permis d'avoir un procès, sont équitables. Or, cela implique d'une part, que l'office du juge soit indépendant et impartial, d'autre part, qu'à l'issue du procès, ce dernier assure une justice dans la célérité mais de qualité.

Chapitre 2 - Le juge et la solution du litige

505. Le litige, en soi, n'a de valeur que s'il est porté devant une instance qui va permettre d'assurer le dénouement de la crise entre les parties en cause. Pour cela, il faut qu'il y ait un trait d'union, un juge, tiers impartial à égale distance des parties, qui les départage dans l'immédiat et fait prendre part à l'œuvre de pacification sociale qu'est également le jugement⁷⁵⁴. Toutefois, ce juge ainsi défini ne s'improvise pas : il est soit étatique, soit privé (arbitre), et doit avoir des attributions fixées en amont, soit par des textes réglementaires, soit par l'acte arbitral auquel les parties ont librement concédé. Il doit s'agir d'un juge compétent, conformément aux règles de compétence, car l'intérêt de la bonne administration de la justice en dépend.

506. La détermination de la juridiction compétente constitue le préalable à toute saisine du juge ainsi qu'à l'examen du litige au fond. Cependant, la légitimité des juridictions du travail suscite des débats, tant chez certains juristes que chez les économistes. Pour les premiers, leur suppression serait justifiée au nom de l'unité de juridiction et de l'absence d'indépendance de leurs membres⁷⁵⁵, alors que les seconds considèrent que la saisine de ces juridictions et la longueur des procédures judiciaires occasionneraient des fonds exorbitants, ils préconisent alors le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges⁷⁵⁶.

507. Si nous souscrivons à la thèse des économistes quant au recours aux alternatives de règlement des litiges individuels, nous-nous dissociions de la première thèse, car la légitimité d'une juridiction dépend non de son origine mais de la qualité des jugements qu'elle est en mesure de rendre, et ce, dans des délais raisonnables. S'agissant des pays concernés, la question de la compétence du juge se pose différemment selon que le pays dispose ou non des

⁷⁵⁴ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis, 1^{ère} éd., 2016, p. 394.

⁷⁵⁵ Cass. soc, 19 décembre 2003, *Bull.* V, 2003, n° 321. En réalité, c'est cette espèce qui a été à l'origine de ces critiques. En effet, parmi les critères qui garantissent l'impartialité de la juridiction prud'homale, la Chambre sociale de la Haute juridiction a invoqué : « *La composition paritaire des conseils de prud'hommes, la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation* ». Dans un autre arrêt, il s'agissait de solliciter le renvoi pour cause de suspicion légitime ; le demandeur en pourvoi soutenait que « *l'origine sociale de ses membres (deux employeurs et deux salariés), n'est pas compatible avec le droit à un tribunal impartial* » (Cass. civ., 2^{ème} Ch., 20 octobre 2005, *Bull.* II 2005, n° 271).

⁷⁵⁶ WILLIAMSON (O. E.), « The Economics of Governance : Framework and implications », in *Economics as a process : essays in the new institutional Economics*, Richard N. Langlois, éd. 1986, pp.171-202 ; voir également CHAPPE (N.), DORIAN-DUBAN (M.), « La résolution des conflits individuels du travail », *op. cit.*, p. 556.

tribunaux de travail. Dans ce dernier cas, au premier degré, du fait de la compétence matérielle du tribunal de grande instance, les difficultés ne peuvent porter que sur le rattachement géographique du litige.

508. En pratique, lorsqu'il est établi qu'une juridiction est incompétente à connaître le litige, le procureur général près la Cour de cassation ou près la Cour d'appel, selon les cas, doit de manière souveraine, procéder au renvoi⁷⁵⁷ à la juridiction compétente. Concernant les litiges individuels du travail, le procès est un facteur d'activation des droits, à double titre : en tant qu'il constitue l'horizon des actions, il contribue à assurer une menace crédible ; comme jurisprudence, il stabilise l'interprétation des règles, il n'est donc pas nécessaire que le contentieux soit abondant pour qu'une jurisprudence se forme⁷⁵⁸. Ceci sous-entend que le travail du juge doit consister non seulement à l'application d'une disposition légale ou conventionnelle (**Section 1**), mais également, s'il le faut, à l'élaboration d'une règle de droit jurisprudentielle (**Section 2**).

Section 1 - L'application d'une disposition légale ou conventionnelle

509. Le droit du travail est une discipline dont les normes sont nombreuses et variées. Ainsi, à côté de la loi, l'on trouve la convention collective et l'accord de branche, l'accord d'entreprise, les usages, le contrat de travail et, dans une certaine mesure, la jurisprudence. Il va sans dire que le juge doit appliquer le texte le plus élevé dans la hiérarchie des normes (par exemple, la loi s'impose au décret, etc.), particulièrement les normes professionnelles.

510. En droit comparé, la jurisprudence française a posé une règle différente, selon laquelle, en cas de conflit des normes, une règle inférieure peut être amenée à déroger une norme supérieure, celle la plus favorable au salarié devant être appliquée. Il s'agit du *principe de faveur*. Il s'agit d'une exception, qui, au fil des ans est devenu un principe fondamental du droit du travail en ce qu'il organise l'ordre public social. L'on peut constater que le principe

⁷⁵⁷ Le terme « renvoi » suscite un « *conflit positif* » dans l'hypothèse où deux juridictions se réclament compétentes pour connaître du même litige entre les mêmes parties, au contraire, ce *conflit est négatif* lorsque les deux juridictions refusent leur compétence pour connaître l'affaire. Pour les litiges individuels du travail, l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution, pour autant que cette règle soit d'ordre public ou que le défendeur refuse de comparaître.

⁷⁵⁸ SEVERIN (E.), « *Donner un sens aux litiges du travail* », *Économie et institutions*, 9, 2006 (Disponible sur : <http://journals.openedition.org/ei/393>, consulté le 5 juillet 2019).

de faveur est inséré dans le droit positif des pays soumis à notre étude⁷⁵⁹. Son recours, en pratique, dépendant de la capacité du juge saisi, peut être appliqué à la demande de l'avocat du salarié.

511. Ce principe connaît cependant des exceptions, notamment lorsqu'une disposition légale présente un caractère impératif, c'est-à-dire, un caractère d'intérêt général. Le juge devrait ainsi mettre à l'écart la norme invoquée (§ 1). De même, s'agissant de la hiérarchie des accords et du contrat de travail, les conventions et accords collectifs se substituent aux clauses des contrats de travail en cours, sauf les clauses plus favorables. Toutefois, en cas de conflit de normes, la loi nécessite l'adaptation de celle applicable à l'espèce (§ 2).

§ 1. La possibilité de mise à l'écart de la norme invoquée

512. L'adaptation de la théorie de la pyramide des normes de Hans KELSEN, appliquée au droit du travail, permet au juge saisi d'opérer un contrôle de conformité des normes. Pour y parvenir, Hans KELSEN soutient qu'il faut appliquer la *théorie pure du droit*, laquelle consacre l'unité de la pluralité des normes juridiques⁷⁶⁰, de sorte que le droit positif, une loi ou un traité international peuvent contenir des normes qui se contredisent mutuellement.

Néanmoins, la connaissance du droit doit éliminer ces contradictions par le biais de l'interprétation, ce qu'elle fait toujours d'une manière ou d'une autre⁷⁶¹. Grâce à ce travail, le juge doit le cas échéant, mettre à l'écart la norme invoquée ; ce qui, n'est pas automatique, nécessitant la vérification de la légalité de la norme (A) sans toutefois négliger la mise en avant de celle qui est la plus favorable au travailleur (B).

A - La vérification de la légalité de la norme

513. Au sens étymologique, la vérification est l'action de vérifier, de contrôler, de s'assurer de l'exactitude de quelque chose, sa conformité ou de sa légalité⁷⁶². Le Doyen Gérard CORNU en donne une définition : « *c'est celle qui, spécialement, émane, d'une autorité selon*

⁷⁵⁹ Ainsi de l'article 57 § 3 du Code du travail camerounais et l'article 274 du Code du travail de la RDC qui disposent que « *la convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles de la législation (...)* ».

⁷⁶⁰ KELSEN (H.), « Qu'est-ce-que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, n° 22, LGDJ 1992, pp. 551-568, spéc. p. 556.

⁷⁶¹ *Idem*.

⁷⁶² Dictionnaire Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/vérification/81541> (Consulté le 10 juillet 2019).

les exigences de la loi, l'existence d'un pouvoir ou d'un droit »⁷⁶³. Si son importance varie selon les domaines, en droit, sa portée est significative en ce qu'elle constitue une procédure préliminaire avant la poursuite d'une instance.

514. La vérification de la légalité d'une norme est l'un des principes fondamentaux du droit en vigueur. Ainsi, cette vérification par le juge sous-entend deux éléments. D'une part, en vérifiant la légalité, le juge s'assure de sa propre compétence, d'autre part, il doit vérifier l'applicabilité du texte pour la matière déférée devant lui. Toutefois, la vérification d'une norme n'est pas donnée à n'importe quel juge, en tous cas, pas au premier degré. La matière sociale étant protectrice des droits de l'homme, ce sont les instruments juridiques universels et régionaux qui consacrent une place importante à la protection des droits individuels des salariés. Or, leurs dispositions énoncent une primauté sur le droit interne des États parties. En droit comparé, le texte conventionnel européen oblige ces dernières à respecter ses dispositions et, le cas échéant, à écarter une norme interne qui lui serait contraire.

515. Le contrôle du respect de la hiérarchie des normes. Il s'agit d'un travail des juges tant judiciaires qu'administratifs. Selon Hans KELSEN, l'ordre juridique est un système qui s'organise lui-même et qui aboutit à ce que les normes, dites « inférieures », soient conformes à celles dites « supérieures »⁷⁶⁴. Ainsi, dans l'ordre de production, c'est cette dernière qui conditionne la validité de la première. En droit du travail, les sources de légalité forment ce que l'on nomme le « *bloc de légalité* », elles sont variées : certaines sont écrites, d'autres non et elles s'imposent à tous les domaines de la vie des salariés.

516. S'agissant des sources internes écrites faisant partie des instruments juridiques des pays concernés, on trouve la Constitution et, selon l'expression du Professeur Joseph ISSA-SAYEGH, « *les principes sociaux constitutionnels* »⁷⁶⁵, auxquels les dispositions du Code du travail doivent être conformes. D'une part, elles sont d'origine étatique et ce bloc comprend : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les dispositions des Conventions de l'Organisation internationale du travail, et les

⁷⁶³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1069.

⁷⁶⁴ KELSEN (H.), « Qu'est-ce-que la théorie pure du droit ? », op. cit., p. 557.

⁷⁶⁵ ISSA-SAYEGH (J.), *Droit du travail sénégalais*, LGDJ, 1987, p. 76.

normes africaines érigées par la Charte africaine, les lois sociales⁷⁶⁶, les ordonnances et les décrets.

517. Il importe de souligner que, du fait du caractère constitutionnel de ces principes qui les place au sommet de la hiérarchie des règles étatiques les rend impératifs et inattaquables⁷⁶⁷, certains sont d'application immédiate, et ne nécessitant aucune autre norme étatique (par exemple, le principe de non-discrimination face à l'emploi⁷⁶⁸, et aux salaires⁷⁶⁹, le droit de grève, etc.), d'autres n'ont qu'une valeur pragmatique et ont besoin d'une élaboration de normes législatives réglementaires et conventionnelles pour recevoir un contenu concret (par exemple, le droit des travailleurs à la négociation collective des conditions de travail par l'intermédiaire de leurs représentants)⁷⁷⁰. D'autre part, ces sources sont d'origine professionnelle ; c'est notamment les cas des conventions et accords collectifs, du règlement intérieur et du contrat de travail.

518. Ainsi, dans leurs jugements, les tribunaux font référence à ces droits exprimés en termes généraux, mais ils se fondent, le plus souvent, sur des dispositions plus précises de la loi ; de sorte qu'un salarié qui s'estime injustement licencié n'invoque pas le droit à l'emploi, reconnu par la Constitution, mais la loi qui dispose qu'un licenciement n'est justifié que s'il a une « *cause réelle et sérieuse* »⁷⁷¹. En droit du travail, les accords et conventions collectifs constituent une source significative. Selon les cas, ils peuvent couvrir une branche d'activité, ils contiennent des dispositions sur les droits des salariés, tels que les indemnités de licenciement ; les accords nationaux interprofessionnels, dont les dispositions couvrent la quasi-totalité des salariés à l'échelle nationale, indifféremment de leur secteur d'activité.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 81. S'agissant du Sénégal, leur élaboration suit les mêmes règles que celles prévues pour les lois ordinaires. Toutefois, avec une exigence prévue à l'article 88 de la Constitution selon laquelle le Conseil économique et social est compétent pour examiner et donner son avis sur les projets et propositions de lois et décrets à caractère économique et social, à l'exclusion des lois de finance. Un autre organisme étatique intervient pour tous projets de lois, notamment le Conseil consultatif national du travail et de la sécurité sociale.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁷⁶⁸ Cour suprême du Sénégal, 2^e sect., n° 15, 23 avril 1980, *Abdoulaye Barry c/Boulangerie de Médina*, cité in ISSA-SAYEGH (J.), *Droit du travail sénégalais*, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁶⁹ C.A. Dakar, 8 avril 1964, Rec. Lég. Jurisp. 1964, CT., p.57 Annales Africaines 1978, p.198-1^o- C. sup., 8 décembre 1971, Rec. ASERJ 1971, n°4, p. 93, cité par ISSA-SAYEGH (J.), *Droit du travail sénégalais*, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁷⁰ *Idem*.

⁷⁷¹ MINE (M.) et MARCHAND (D.), *Le droit du travail en pratique*, éd. Eyrolles, 27^{ème} éd., revue et augmentée, 2015, p. 39.

519. Le rejet de la norme attentatoire à l'ordre public. La théorie de la pyramide des normes s'applique entre les diverses sources professionnelles du travail. Cependant, le Code du travail précise que les conventions et accords collectifs ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public⁷⁷². Ces dernières ont un caractère impératif, par exemple, une convention collective ne saurait fixer des règles assorties de sanctions pénales. De même, elle ne pourrait modifier celles liées aux compétences des juridictions, ni de les écarter pour les entreprises et les salariés visés par l'accord collectif. Ainsi observe-t-on que les dispositions d'un règlement intérieur ne peuvent être contraires à la convention collective applicable à l'entreprise. Dans le même sens, les clauses d'un contrat de travail doivent être conformes aux règles professionnelles écrites et plus favorables au salarié.

520. S'agissant de la négociation collective et de la représentation du personnel, il existe des dispositions au caractère impératif, le but étant de garantir des règles applicables à tous les salariés qui organisent précisément les relations sociales. La Haute juridiction considère que les conditions de validité des accords, en particulier celles relatives aux suffrages recueillis par les organisations syndicales signataires, font également partie des dispositions d'ordre public⁷⁷³, de même, il est impossible de modifier la composition des collèges électoraux en dehors des situations prévues par la loi⁷⁷⁴, ou de prévoir la désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT selon des modalités différentes de celles légalement prévues⁷⁷⁵.

521. Ces dernières décennies, on a pu constater l'émergence de nouvelles normes juridiques, protectrices des salariés, érigées tant au plan universel qu'au niveau régional, à l'instar de la *Charte africaine*, qui contribuent à la promotion des normes d'origine extranationale. Ces normes ont vocation à assurer la protection des droits de l'homme. Bien que ces principes ne figurent pas expressément dans le droit positif des pays concernés, ils trouvent leur réception devant les tribunaux, comme par exemple, le principe d'un procès équitable, le principe du salarié le plus favorisé, entre autres. Cependant, toutes les sources précitées de la légalité n'ont pas la même valeur juridique. Il existe une nécessaire conformité des normes inférieures

⁷⁷² Articles L.70 du Code du travail malien et 274 du Code du travail de la RDC.

⁷⁷³ Cass. soc., 4 février 2014, n° 12-35333, *Bull. V*, n° 47.

⁷⁷⁴ Cass. soc., 7 juin 1983, n° 82-60262, *Bull. V*, n° 427.

⁷⁷⁵ Cass. soc., 10 janvier 1989, n° 88-60331, *Bull. V*, n° 8..

que le juge respecte habituellement. Ainsi, entre le traité et la loi, la Constitution consacre le principe de la primauté du traité sur la loi⁷⁷⁶.

522. Le juge judiciaire et le juge administratif ont pour mission entre autres, de contrôler la conformité de la loi aux traités : il s'agit du *contrôle de conventionalité*⁷⁷⁷. En droit comparé, la jurisprudence française, de l'ordre judiciaire a confirmé la primauté à partir de l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*⁷⁷⁸, suivi de l'ordre administratif ayant permis de confirmer la primauté du traité sur la loi postérieure, avec l'arrêt *Nicolo*⁷⁷⁹. Dans la mesure où les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, tout comme les principes généraux du droit universels et de la Charte africaine ont, pour le juge étatique, valeur supra-législative, ils comportent une valeur infra-constitutionnelle. Quant aux sources non écrites, elles sont principalement constituées de principes ou de règles dégagés par la jurisprudence, au premier rang desquels figurent les principes généraux du droit **(B)**.

B- La priorisation de la norme la plus favorable au travailleur

523. L'absence d'unanimité sur la notion et la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes, sont sans doute à l'origine de l'ambiguïté qui s'accroît, y compris en droit du travail. Ainsi, selon le Professeur Pierre BRUNET, « *s'interroger sur la place des principes généraux dans l'ordre juridique revient à s'interroger sur la place des juges en démocratie* »⁷⁸⁰.

524. L'argument de l'auteur est soutenu par trois thèses doctrinales défendues successivement : d'abord, par le Professeur René CHAPUS, pour qui « *le niveau auquel se situe la valeur juridique des principes généraux du droit ne peut résulter que du rang de leur source*

⁷⁷⁶ Dans les pays concernés, la formulation est identique, toutes les Constitutions consacrent la primauté des traités sur les lois, à l'instar de l'article 215 de la Constitution de la RDC qui dispose : « *Les traités et accord internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication ; une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie* ». Voir également l'article 151 (Guinée), l'article 116 (Mali), l'article 45 (Cameroun), l'article 79 (Sénégal).

⁷⁷⁷ Le Doyen Gérard CORNU le définit comme « *le contrôle de conformité d'une loi nationale à la Convention internationale, qui est exercé d'une part, à certaines conditions (notamment après épuisement des voies de droit interne), d'autre part, en chaque Etat, par les juridictions de celui-ci (lesquelles, en cas de violation de la Convention, tranchent le litige par application de celle-ci)* ». (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 270).

⁷⁷⁸ Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, n° 13-556, *Bull.V*, n° 4.

⁷⁷⁹ C.E. Ass., 20 octobre 1989, n° 108243, Lebon, 190, concl. P. FRYDMAN, pp. 191-199.

⁷⁸⁰ BRUNET (P.), op. cit., p. 208.

*formelle...»*⁷⁸¹, ensuite, celle du Doyen Georges VEDEL qui considère que les principes généraux du droit *«ne sont pas autre chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné»*⁷⁸², enfin, la thèse défendue par le Professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF soutenant qu' *«il n'y a pas de rapport hiérarchique entre la loi et les principes mais une relation matérielle où la loi en tant qu'acte du Parlement est une loi spéciale qui peut déroger à la loi générale que serait le principe»*.

525. Selon cet auteur, contrairement à ce qu'affirme le Professeur René CHAPUS, les principes généraux du droit, les lois et règlements n'entretiennent pas des rapports de même nature. En effet, *«il n'y a pas de relation hiérarchique entre la loi et les principes généraux du droit parce qu'il n'existe aucun conflit possible entre eux : ce sont des sources de droit complémentaires l'une de l'autre»*⁷⁸³.

526. Nous rejoignons cette dernière thèse en ce qu'elle distingue les normes de valeur différente. Ainsi, le Professeur Michel TROPER affirme que *«les normes n'existent pas en dehors de la hiérarchie et l'on ne peut pas dire qu'elles sont hiérarchisées. C'est seulement le système juridique, autrement dit, le droit qui l'est»*⁷⁸⁴. Au fond, la question de la hiérarchie des normes paraît relative, en droit du travail, notamment pour deux raisons, d'une part, la protection de la liberté contractuelle des partenaires sociaux qui est garantie par les textes fondamentaux, d'autre part, l'ordre public social, qui, sans être absolu, permet à une convention collective d'améliorer le contenu de la loi.

527. Le principe de la hiérarchie des sources et celui de l'ordre public social. L'origine des principes généraux du droit est jurisprudentielle, doctrinale à défaut de reposer sur des adages. Certains d'entre eux ont, au fil des années, été inscrits dans des instruments juridiques de valeur universelle et régionale, tels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Convention de l'organisation internationale du travail, la Charte africaine de 1981, etc.

⁷⁸¹ CHAPUS (R.), De la soumission au droit des règlements autonomes, Dalloz, 1960, *Chr.* 119, cité par Pierre BRUNET., *op. cit.*, p. 208.

⁷⁸² VEDEL (G.), *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, p. 167, cité par Pierre BRUNET, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁸³ MESCHERIAKOFF (A.-S.), La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *AJDA* 1976, p. 596 et s., cité par Pierre Brunet, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁸⁴ TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je, p. 77-78.

528. Si certains de ces principes relèvent des droits de l'homme (par exemple, le droit à un procès équitable), d'autres, relèvent de principes d'organisation institutionnelle (par exemple, principe de subsidiarité), c'est le cas du principe de faveur. Quant à l'ordre public social, on l'associe souvent au principe de faveur⁷⁸⁵. Il est défini tantôt comme l'application de la disposition la plus favorable en cas de conflits de normes, tantôt comme un principe qui guide la création des règles régissant la relation de travail⁷⁸⁶. L'ordre public social offre, ici, la garantie d'un niveau de protection minimale en ce qu'il subordonne l'applicabilité des dispositions dérogatoires en vérifiant que celles-ci sont plus favorables aux salariés que la règle de niveau supérieur⁷⁸⁷.

529. Le principe de faveur connaît des effets relatifs portant sur des limitations caractérisées par les règles d'ordre public absolues, non susceptibles de dérogation, y compris par les partenaires sociaux. Ainsi, interdiction est faite aux clauses les plus favorables de s'opposer à des règles fondamentales. De même, il est impossible de porter atteinte au droit de grève, ainsi que de modifier la compétence du tribunal du travail. Il en va de même pour l'interdiction faite à un salarié de bénéficier d'un cumul d'avantages résultant d'accords collectifs, si ces derniers proviennent de la loi, sauf dispositions contraires.

530. En droit du travail, il est établi que la convention collective⁷⁸⁸ reste une norme conventionnelle, applicable aux parties ainsi qu'aux tiers. Elle est identique pour tous ses destinataires et ne peut nullement se transformer en un acte réglementaire. Il va sans dire qu'en cas de conflit avec une loi, le principe de faveur joue pour assurer la protection du salarié, et intervient également en cas de conflit avec le contrat de travail, il en est de même en cas d'application volontaire d'une convention collective par un employeur.

531. Dans cette hypothèse, la Haute juridiction considère que l'employeur est libre de mettre fin à son engagement d'appliquer volontairement la convention, pour autant qu'il en informe

⁷⁸⁵ JEAMMAUD (A.), Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, *Dr. soc.* 1999, p. 115.

⁷⁸⁶ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LDGJ-Lextenso, Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 448, p. 270.

⁷⁸⁷ BENTO de CARVALHO (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 2018, p. 220.

⁷⁸⁸ S'agissant du droit du travail, elle est définie comme une « convention conclue entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérant au groupement, envers leur personnel » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 270).

individuellement ses salariés⁷⁸⁹. Quant à une prétendue hiérarchie entre conventions collectives, du fait de l'absence, dans le droit positif, des pays concernés d'une quelconque disposition en ce sens, l'on peut considérer qu'elles peuvent être concurrentes, dans la mesure où aucune ne prime sur une autre. Il n'en demeure pas moins que comme tout acte de droit privé, la convention collective est soumise aux dispositions légales et réglementaires.

532. Les principes généraux ne sont pas nouveaux, notamment en droit civil. Cependant, en droit comparé, c'est le Conseil d'État français qui, dans un avis, l'a invoqué pour la première fois en droit du travail⁷⁹⁰. Par la suite, la doctrine dominante a très tôt insisté pour leur élaboration en droit administratif et en droit du travail. S'agissant de ce dernier, Gérard LYON-CAEN affirmait que leurs intérêts diffèrent selon les situations, ainsi servent-ils à s'opposer à une mesure réglementaire et d'imposer l'intervention du législateur ; à guider dans leur interprétation des règles tant légales que conventionnelles ; d'appliquer une règle du droit du travail dans un domaine où elle est inapplicable et de délimiter les exigences minimales d'une harmonisation ou d'une unification du Droit du travail dans l'ordre international⁷⁹¹.

533. En principe, les normes étatiques forment un minimum ou un ordre public social duquel on ne peut s'écarter dans un sens plus favorable aux salariés, ce que l'on appelle souvent le « *principe de faveur* »⁷⁹², sur quoi repose la hiérarchie des sources du droit du travail⁷⁹³. Le principe de faveur est considéré dans l'ordre juridique, tantôt comme un principe général du droit, tantôt comme un principe fondamental en droit du travail.

534. Ce principe, à l'évidence, unilatéral et discriminatoire, est la réplique des prérogatives unilatérales et discriminatoires qui sont conférées aux employeurs par le contrat individuel du travail⁷⁹⁴, mais donne nécessairement un tour particulier à la notion d'ordre public⁷⁹⁵, qui

⁷⁸⁹ Cass. soc., 11 février 2009, n° 071863, *JCP S* 2009, 1256, note E. JEANSEN.

⁷⁹⁰ C.E., Avis du 22 mars 1973. Il est précisé que « *les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus...* » (Cf. *Dr. Ouvr.* 1973, p. 190).

⁷⁹¹ LYON-CAEN (G.), « Les principes généraux du droit du travail », in *Études offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 35.

⁷⁹² MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 10^{ème} éd., 2016, p. 64.

⁷⁹³ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 139.

⁷⁹⁴ *Idem*.

apparaît comme un moyen de défense « des contrôles, des contractants »⁷⁹⁶, impliquant une possibilité de dérogation unilatérale au profit des salariés, il ouvre le champ d'une négociation des termes de la relation de travail, tel est le sens de l'ordre public social⁷⁹⁷.

535. Le fondement, force et relativisation du principe de l'ordre public social. En droit comparé, une doctrine majoritaire considère que l'avis du Conseil d'État français émis en 1973 a une valeur décisive pour le droit du travail moderne, en ce sens qu'il définit les rapports de la loi et de la négociation collective⁷⁹⁸, faisant de l'ordre public social la clé de voûte⁷⁹⁹ de cette branche du droit. S'agissant de la qualification juridique du principe de faveur, l'on constate une divergence entre les Hautes juridictions. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel, à maintes reprises, a considéré que le principe selon lequel les accords collectifs du travail « *peuvent mentionner des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* ». Il doit être rangé au nombre des *principes fondamentaux du droit du travail* placés dans le domaine de la loi. Pour autant, ce principe « ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 »⁸⁰⁰.

536. Ensuite, par de nombreux arrêts, le Conseil d'État a confirmé son avis de 1973 selon lequel, le principe de faveur constitue « *un principe général du droit du travail* ». Il en a aussi profité pour lier les dispositions de l'article L.132-4 du Code du travail à l'ordre public social : « *La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur (...)* » ; « *conformément aux principes généraux du droit du travail dont s'inspirent ces dispositions législatives (...)* »⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est la seule disposition de ce rang à mentionner expressément la notion d'ordre public : « *Nul ne doit être établi pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

⁷⁹⁶ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les Obligations*, Paris, A. Colin, 2004, p. 197.

⁷⁹⁷ SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 139.

⁷⁹⁸ LYON-CAEN (G.), A propos du C.E., avis du 22 mars 1973, *Dr. Ouvr.* 1973, p. 190.

⁷⁹⁹ SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 139.

⁸⁰⁰ Conseil const., Décision du 13 janvier 2003, n° 2002-465 (www.Conseil-constitutionnel.fr/dec./2003/2002-465-DC.htm, consulté le 12 juillet 2019).

⁸⁰¹ C.E., 8 juillet 1994, n° 105471. Voir également : C.E. du 27 juillet 2001, n° 227160 (www.legifrance.gouv.fr, consulté le 12 juillet 2019).

537. Enfin, la Chambre sociale de la Haute juridiction qualifie le principe de faveur, de principe *fondamental en droit du travail*⁸⁰². Ainsi considère-t-elle qu'en droit du travail, le principe selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »⁸⁰³. Une partie de la doctrine, comme Madame la Professeure Michèle BONNECHERE affirme que « *la spécificité de l'ordre public est dans une hiérarchie des règles établies non pas en fonction de leur nature, de leur autorité, mais de leur teneur : la règle qui prévaut est la plus favorable au salarié, ainsi constitue-t-elle l'ADN du droit du travail en quelque sorte (...)* »⁸⁰⁴. Quant au Professeur Pierre-Dominique OLLIER, il soutient qu'il s'agit d' « *un principe fondamental du droit du travail, selon lequel il est toujours possible de déroger à une règle hiérarchiquement supérieure, pourvu que ce soit dans un sens favorable au travailleur* »⁸⁰⁵.

538. La liste des principes généraux du droit n'est pas exhaustive, leur recours a lieu en particulier en cas de « vide juridique » ou lorsque la réglementation légale est insuffisante, comme en matière d'exercice du droit de grève ou de pratique du *lock-out*, où le juge élabore un droit prétorien à partir de présupposés ou d'axiomes implicites, qui sont bien proches des principes⁸⁰⁶.

539. S'agissant des pays examinés, suivant les recommandations des principaux bailleurs de fonds traditionnels (FMI, Banque mondiale, BAD, EU, etc .) qui prônaient la libéralisation des économies nationales, notamment par le biais du processus du désengagement de l'État dans des entreprises autrefois sous son contrôle⁸⁰⁷, on a pu constater que le principe de l'ordre public social, avait réussi à trouver asile dans le secteur des entreprises publiques, quelles que soient leurs formes juridiques : établissements publics à caractère industriel et commercial, sociétés commerciales à capital public ou d'économie mixte, y compris dans la fonction publique proprement dite, laquelle s'entend de la gestion directe des services publics par la

⁸⁰² Cass. soc., 17 juillet 1996, *Bull.* V, n° 296-297, *RJS* 1996, n° 1115.

⁸⁰³ Cass. soc., 28 novembre 2012, n° 11-17.501, inédit.

⁸⁰⁴ BONNECHERE (M.), Les normes du droit du travail, l'ordre public social et le « principe de faveur » (Disponible sur <https://www.silogora.org/ordre-public-social-et-le-principe-de-faveur>, consulté le 12 juillet 2019).

⁸⁰⁵ OLLIER (P.-D.), *Le droit du travail*, Paris, A. Colin, 1972, coll. U., p. 46

⁸⁰⁶ LYON-CAEN (G.), « Les principes généraux du droit du travail », *op. cit.*, p. 42

⁸⁰⁷ La plupart des pays examinés ont connu une situation identique, à l'instar de la RDC à travers la loi n°08/008 du 07 juillet 2008, portant dispositions générales relatives au désengagement des entreprises du portefeuille, v. *J.O.* n° spéc. du 12 juillet 2008.

puissance publique soit directement en régie, soit à l'aide d'établissements publics administratifs ou à caractère autre qu'industriel et commercial⁸⁰⁸.

540. Au nombre des conséquences, l'on peut compter l'émergence d'un contrat de travail de droit public, ce contrat peut, selon les circonstances, être soumis au droit public ou au droit privé⁸⁰⁹. Considéré sous l'angle du droit du travail, ce type de contrat comporte, voire crée des effets similaires au contrat du travail « ordinaire », et favorise notamment la précarité chez les agents publics non titulaires de l'État et des collectivités locales.

541. L'apport de la jurisprudence, l'insertion de l'ordre public social. Loin d'être une situation nouvelle en droit comparé, la jurisprudence française a été amenée à élargir quelques principes généraux du droit public, tels que la communication du dossier⁸¹⁰ et la reconstitution de la situation réglementaire ou statutaire en cas d'annulation d'une mesure de licenciement à l'encontre de ses agents, sans parler de ceux qui découlent des principes constitutionnels comme l'égalité des sexes, la liberté d'opinion ou l'égal accès aux emplois publics⁸¹¹. Ainsi, Monsieur le Professeur Yves SAINT-JOURS a pu affirmer que « *le recours progressif au droit du travail pour garantir une protection sociale minimum des agents publics non titulaires devait susciter un jour ou l'autre la question de la reconnaissance de principes généraux du droit du travail applicables dans la fonction publique à défaut de dispositions contraires ou plus favorables* »⁸¹². En ce sens, l'arrêt *Dame Peynet* constitue une parfaite illustration de l'insertion du principe de l'ordre public social dans la fonction publique.⁸¹³ En l'espèce, il s'agissait, pour le Conseil d'État, de se prononcer sur la légalité du licenciement d'une assistante sociale employée par une municipalité alors qu'elle était en état de grossesse.

542. Les principes généraux du droit international. Il est clairement établi que les principes généraux du droit, de valeur supranationale, bénéficiant d'une valeur permanente et universelle, ont une suprématie sur toutes les autres sources du droit, l'État n'est plus au-

⁸⁰⁸ SAINT-JOURS (Y.), « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Études offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 231.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 238.

⁸¹⁰ Les agents contractuels de droit public ont droit à la communication de leur dossier seulement en cas de licenciement de caractère disciplinaire (C. E., 24 février 1975, *Dulieu*, Rec. 152, *Rev. Adm.*, 1975. 129 ; C. E., 8 avril 1961, Houille, Rec. 217, *AJDA*, 1961.562) ou pour des motifs tenant à leur personne (C. E., 1^{er} juin 1956, Leroux, Rec. 697, cité par Y. SAINT-JOURS, *op. cit.*, p. 243).

⁸¹¹ SAINT-JOURS (Y.), *op. cit.*, p. 243.

⁸¹² *Idem*.

⁸¹³ C. E., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Rec. 406, Concl. Mme Grévisse, *J.C.P.*, 1975 II., 17957, note Y. Saint-Jours.

dessus du droit⁸¹⁴. Ce principe vaut notamment pour les Conventions de l'OIT qui l'emportent, en cas de divergence, sur la loi nationale, tel que le confirme la jurisprudence de la Haute juridiction⁸¹⁵, elles s'imposent donc au juge national, pour certains. Alors que d'autres ne lient que les États, ce qui oblige à concentrer l'éventuelle action contentieuse contre eux, l'application directe, c'est-à-dire, dans les rapports entre particuliers, n'étant pas possible⁸¹⁶.

543. Concernant les contraintes résultant de l'OIT, il est, en théorie, possible de revenir sur l'adhésion à certaines conventions. Par exemple, la sortie de la convention 158 de l'OIT n'empêcherait pas l'obligation, pour l'employeur, d'invoquer une cause légitime pour rompre le contrat de travail, car il est prévu, même sous une forme et une intensité différentes⁸¹⁷, par les instruments juridiques régionaux. Le salarié, considéré comme la partie « faible » dans une relation de travail, a droit à plus de protection : tel est le sens de l'ordre public économique. La combinaison de l'ordre public, dit « classique », avec l'ordre public, dit « économique », aboutit à l'ordre public « absolu », auquel nul ne saurait déroger. La relativisation du principe de l'ordre public social (ordre public relatif).

544. La spécificité du droit du travail est telle que l'ordre public absolu qui s'y applique se distingue de l'ordre public social auquel on peut déroger, uniquement dans un sens favorable au salarié. Il en va ainsi, par exemple, pour la durée de la période d'essai d'un salarié. Si celle-ci peut être négociée à la baisse dans le contrat de travail par rapport à ce que prévoit la loi, elle ne saurait être à la hausse.

545. Toutefois, nous partageons l'opinion de Monsieur le Professeur Pascal ANCEL lorsqu'il affirme que « *cette distinction ne doit pas être poussée jusqu'au bout car, si le droit estime nécessaire de protéger les salariés, c'est au nom d'une certaine conception des rapports sociaux qui dépasse les simples intérêts individuels de tel ou tel travailleur. Les règles qui visent à protéger les contractants faibles et à promouvoir une certaine justice contractuelle,*

⁸¹⁴ MINÉ (M.) et MARCHAND (D.), *Le droit du travail en pratique*, op. cit., p. 46.

⁸¹⁵ Cass. soc, 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124, *Bull.* 2008, V, n° 146; Cass. soc, 29 mars 2006, n° 04-46499, *Bull.* 2006, V, n° 131. Dans les deux espèces, la Chambre sociale considère que le contrat nouvelle embauche est contraire à la Convention n° 158 de l'OIT.

⁸¹⁶ BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), *Réformer le droit du travail*, éd. Odile Jacob, 2015, p. 51.

⁸¹⁷ *Idem.*

font, à ce titre, partie de ce que nous considérons être de l'intérêt général »⁸¹⁸. Cette distinction se complique, notamment sur la finalité de la démarche. Il n'en demeure pas moins qu'en droit du travail, les litiges individuels diffèrent les uns des autres. Lors de la recherche de la solution, le juge saisi doit ainsi adapter les normes invoquées par les parties, au cas par cas.

§ 2. L'adaptation de la norme applicable à l'espèce

546. L'adaptation sert à désigner les moyens qui tendent à assouplir le mécanisme des règles de conflit de lois par rapport à d'autres normes, en vue d'aboutir à une solution qui paraît injuste⁸¹⁹. En droit du travail, l'adoption sous-tend l'existence d'une difficulté d'application, entre la loi et la convention ou les accords collectifs, à l'espèce. Lorsqu'il est saisi, le juge ne peut refuser de trancher sous prétexte de l'ambiguïté ou de l'insuffisance de la norme. À défaut, il verrait sa responsabilité être retenue pour déni de justice, ainsi, il doit se montrer à la hauteur de la matière dont il prétend imposer son autorité⁸²⁰. Pour cela, il doit procéder à une interprétation pour chaque espèce **(A)**. Cette dernière doit se faire selon le contexte **(B)**, le travail du juge s'adaptant à chaque litige.

A - L'interprétation nécessaire au regard de l'espèce

547. Interpréter, dans son sens étymologique, vient du latin « *interpretatio* ». En droit, ce vocable signifie expliquer, éclaircir. Il s'agit d'une opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur, désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur même de l'acte⁸²¹, c'est soit indiquer la signification d'une chose ou c'est déterminer la signification de cette chose⁸²². Pour le juge, la démarche tend à déterminer la portée d'un texte ambigu en vue de concrétiser la norme invoquée pour parvenir à l'élaboration d'un jugement compréhensible par les justiciables. Habituellement, le juge doit appliquer la loi qui est censée être l'élément fondamental dans la recherche d'une solution au litige donné. Or, en pratique, il n'est pas rare de voir que la loi, aussi complète soit-elle, ne permette pas de

⁸¹⁸ ANCEL (P.), *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, éd. Larcier, Bruxelles, 2015, n° 393.

⁸¹⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 29.

⁸²⁰ GARAPON (A.) (dir.), « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXème siècle », Rapport de l'IHEJ, LdF 2013, p. 14.

⁸²¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 569.

⁸²² TROPER (M.), Une théorie réaliste de l'interprétation, in *Revista opinão jurídica*, p. 301-318, spéc. p. 301, www.periodicos.unichristus.edu.br (Consulté le 10 novembre 2018).

résoudre les problèmes de droit. Ainsi, l'on peut constater que la théorie de la pyramide des normes proposée par Kelsen illustre la tendance contradictoire de la loi, notamment sur la conformité des normes inférieures aux normes supérieures.

548. Le juge saisi peut faire face à la lacune⁸²³. Selon le Professeur Hugues RABAULT, trois types de lacune sont possible : tout d'abord, *l'ambiguïté*, ou lacune d'indétermination ; c'est une situation où un système de normes offre plusieurs possibilités de solutions concurrentes. Ensuite, *l'antinomie*, ou lacune de conflit, caractérise la coexistence, dans le système juridique, de deux normes ou principes incompatibles et qu'il convient de concilier. On peut enfin qualifier de lacune au sens strict *le pur vide juridique*, une situation totalement imprévue⁸²⁴. Il n'en demeure pas moins que la lacune peut avoir une origine liée à l'application de la loi dans le temps. Une qualification légale, lorsqu'elle n'a pas été adaptée à l'évolution de la société, peut être sujet à l'ambiguïté.

549. Ainsi, en droit pénal, l'exemple classique est celui du vol de l'électricité : la loi définit le vol comme une « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Or ce type de définition est antérieur à l'utilisation de l'énergie électrique ; avec la généralisation de la fourniture d'électricité, sont apparus des cas de branchement « pirate » sur les réseaux de distribution⁸²⁵. Dès lors, se pose la question de savoir s'il faut retenir la qualification juridique à ce délit. La réponse est affirmative, dans la mesure où l'on a recours à des techniques qui ne relèvent pas de la logique au sens strict, plutôt du raisonnement par analogie⁸²⁶.

549. Si la problématique de l'interprétation est actuelle, son origine est ancienne, datant notamment du XVIII^{ème} siècle, une époque où le Roi incarnait le droit, la loi. De même, dans les pays d'Afrique subsaharienne, il n'est pas rare de voir les dictateurs à la tête de leur pays, et même leurs proches, se considérer comme l'incarnation de la loi, alors que cette confusion a été résolue, même dans les monarchies modernes où l'on peut observer une nette séparation des pouvoirs, sans accorder une quelconque incarnation à la personne à la tête du royaume.

⁸²³ CORNU (G.), « Celle-ci désigne un point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète », *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 598.

⁸²⁴ RABAULT (H.), *Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique*, in *Le Portique*, 15/2005 (<http://journals.openedition.org/leportique/587>, consulté le 15 juillet 2019).

⁸²⁵ *Idem.*

⁸²⁶ *Idem.*

550. Dans le droit positif de ces pays, on note l'absence d'une disposition expresse sur l'interprétation, tandis qu'au Québec, le législateur a codifié l'interprétation depuis des siècles. Madame la Professeur Lucie LAUZIÈRE situe son origine à une loi du Canada datant de 1849⁸²⁷. En effet, la loi d'interprétation (provinciale)⁸²⁸ a pour objectif, entre autres, de faciliter la rédaction des lois et permettre d'abrégier certaines expressions législatives⁸²⁹. Son article 1^{er} dispose que la loi s'applique « *à toute loi du Parlement du Québec, à moins que l'objet, le contexte ou quelque disposition de cette loi ne s'y oppose* »⁸³⁰.

551. D'une certaine manière, à la suite de Hans KELSEN, l'interprétation a fait l'objet d'une littérature abondante dont il n'est pas question de s'y étendre dans la présente étude. Pour le Professeur Otto PFERSMANN, une interprétation est un énoncé dont l'objet est la signification d'un autre énoncé, quel que soit le degré de satisfaction auquel il est possible de parvenir. C'est l'objet de la théorie de l'interprétation qu'il ne faut pas confondre avec la « théorie réaliste de l'interprétation », laquelle en est une théorie sceptique, c'est-à-dire une conception qui entend montrer que l'accomplissement de la mission que se donne l'interprétation est impossible et qui développe les conséquences de cette thèse⁸³¹. S'agissant de la description d'un ordre juridique, la théorie de l'interprétation devra par conséquent fournir des concepts et des méthodes permettant de parvenir à des énoncés interprétés de plus en plus précis⁸³².

552. Pour Monsieur le Professeur Michel TROPER, auteur de « *la théorie réaliste de l'interprétation* », l'objet de cette dernière est de produire des effets dans le système juridique. Seule l'interprétation authentique est importante, car elle s'impose, quel que soit son contenu. Le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a conféré l'autorité habilitée, même s'il paraît contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce que l'on peut savoir de l'intention de l'auteur du texte⁸³³. Cette doctrine oppose sa théorie à celle de

⁸²⁷ « Acte d'interprétation du 12 Vict ». (1849), c.10, cité par Lucie LAUZIÈRE in *L'interprétation des lois* (Disponible sur www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/Lauziere_interpretation_des_lois_2012.pdf, consulté le 19 juillet 2019).

⁸²⁸ Loi d'interprétation, L.R.Q., c.C-16.

⁸²⁹ LAUZIÈRE (L.), *L'interprétation des lois*, op. cit.

⁸³⁰ *Idem*.

⁸³¹ PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit ». In : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 2, 2001, pp. 275-288, spéc. p. 285

⁸³² *Idem*.

⁸³³ TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », op. cit., p. 303.

KELSEN et ses adeptes, affirmant que « *l'objet de l'interprétation ne peut être une norme juridique* ». L'interprétation, conformément à l'intention, est donc toujours en construction. C'est au juge qu'appartient le pouvoir de faire une interprétation authentique, elle s'oppose à l'interprétation privée pratiquée par d'autres catégories telles que les avocats ou l'administration, cette dernière ne s'impose pas, elle n'a, par conséquent pas d'effet juridique⁸³⁴.

553. Le droit positif des pays concernés accorde implicitement au juge le pouvoir d'interprétation de la loi⁸³⁵. Quant à la méthode d'interprétation, elle diffère d'un système légal à un autre. Contrairement au juge du système romano-germanique applicable dans les pays concernés (à l'exception d'une partie du Cameroun), le juge de la *Common law*, en général, recourt à l'interprétation, car la loi est une exception fondée sur la jurisprudence. La méthode converge vers celle utilisée dans les pays subsahariens.

554. Ainsi, une partie de la doctrine *Common law US* affirme que : « *The law of interpretation can help on both counts : it can identify the proper scope of an activity like construction, grounding it firmly in valid legal Rules, while at the same time preventing it from turning into a blank check for policymaking. In other words, it can make construction safe for law* »⁸³⁶. Un autre auteur affirme que « *the crucial question for legal interpreters isn't « what do these words mean », but something broader: What law did this instrument make? How does it fit into the rest of the Corpus juris? What do « the legal source and authorities, taken all together, establish? »* »⁸³⁷.

555. Dans les cinq pays francophones examinés, le juge s'appuie sur la méthode exégétique⁸³⁸, héritage du Code civil de 1804. En pratique, il est clairement établi que des contradictions sur l'interprétation des normes surgissent au niveau des jugements rendus par les juges du fond, lesquels n'ont pas toujours la même approche de la norme invoquée. Ainsi,

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 306.

⁸³⁵ L'article 4 du code civil camerounais et l'article 10 du code civil guinéen disposent que « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

⁸³⁶ BAUDE (W.) et SACHS E. (S.), « The Law of interpretation », *Harvard Law Review*, vol. 130, February, 2017, number 4.

⁸³⁷ FINNIS (J.), *Introduction to philosophy of law: collection essays*, 19 (2011), cité par William BAUDE & Stephen E. SACHS, in *The Law of interpretation, op. cit.*, vol. 130, February, 2017, n. 4.

⁸³⁸ Il s'agit d'une « *méthode dont le principe est de rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur du texte à partir de celui-ci, du contexte, des travaux préparatoires et de l'objectif général de la loi, d'en dégager le sens d'après l'intention du législateur, afin d'en régler la portée* » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 433).

c'est aux juridictions suprêmes (Cour de cassation et Conseil d'État) que revient la tâche d'assurer l'unité de l'interprétation des normes. Cependant, il peut arriver que les deux juridictions suprêmes ne se mettent pas d'accord sur l'interprétation à donner à la loi. En droit comparé, le législateur français a créé une juridiction paritaire très ancienne, nommé *tribunal des conflits*⁸³⁹. Une telle juridiction n'existant pas dans les pays concernés, les justiciables se contentent de l'interprétation reçue individuellement des juridictions suprêmes après une période d'attente d'au moins trois ans.

556. À l'origine, l'interprétation de la norme n'était réservée qu'à son auteur. Ainsi, les constituants français avaient fait ressusciter *le référé législatif*⁸⁴⁰, dans le seul but de réduire le rôle du juge à l'application de la loi à l'espèce, l'interprétation de la loi devait être exceptionnelle et sollicitée directement de son auteur⁸⁴¹. Ce choix n'a pas su tenir face au poids de la pratique judiciaire. L'interprétation du droit n'est pas exceptionnelle, elle est inhérente à son application, l'adaptation d'une règle générale et abstraite à un cas particulier implique qu'à chacune de ses applications le juge est dans l'obligation d'interpréter le texte sur lequel il fonde sa décision, l'interprétation judiciaire est une pratique quotidienne autre que l'activité judiciaire elle-même⁸⁴².

557. L'interprétation d'une norme n'est pas seulement sollicitée dans les hypothèses les plus connues, comme le silence, l'obscurité ou l'insuffisance. Le juge peut parfaitement y avoir recours même lorsque le texte est clair, en vue de s'assurer qu'en rendant sa décision, son intervention ne soit pas *ultra petita*. De cette manière, le juge doit procéder à une demande d'avis. Généralement, c'est lorsqu'il se trouve confronté à un problème de droit qu'il ne parvient pas à résoudre, qu'il sollicite sa juridiction suprême, le mécanisme apparaît comme le vecteur d'une aide entre deux juridictions⁸⁴³. S'agissant du droit du travail, la qualification à donner peut être à l'origine de la demande d'avis, comme l'exemple du co-employeur.

⁸³⁹ En France, c'est la Constitution de 1848 qui a créé le Tribunal des conflits avec pour mission de régler les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Dans sa forme actuelle, il est régi par la loi du 24 mai 1872.

⁸⁴⁰ Il s'agit d'un « système dans lequel le juge demandait l'interprétation de la loi d'un organe de la législation » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 875).

⁸⁴¹ CASU (G.), *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, Paris, 2016, p. 21.

⁸⁴² CASU (G.), *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, op. cit., p. 21.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 30.

558. On constate qu'avec la mondialisation des économies, le droit du travail n'est pas en reste. De plus en plus, des juridictions sont confrontées à des questions d'interprétation ou de qualification légale. Le rapprochement de *l'arrêt Comilog*⁸⁴⁴ nous semble en être une parfaite illustration. En l'espèce, le débat portait sur la qualification du domicile du défendeur. Ainsi, se référant à l'article 2 § 1 du règlement n°44/2001⁸⁴⁵, qui permet de fonder sur le domicile du défendeur la compétence internationale des juridictions, la Cour a jugé que, « *l'instance ayant été engagée par des demandeurs ayant leur domicile dans un État tiers à l'encontre des sociétés Comilog France, Comilog Holding et Comilog international, ayant leur siège social en France, les juridictions françaises étaient dès lors compétentes* ».

559. Selon le Professeur Jérôme PORTA, cet arrêt s'explique par le fait que « *les filiales françaises étant par définition domiciliées sur le territoire de l'Union, l'application des règles européennes de compétence s'imposait* »⁸⁴⁶. En effet, la primauté du droit européen implique, dans ce cas, de mettre à l'écart les règles françaises sur la compétence internationale, il n'est pas non plus surprenant que le domicile du défendeur permette de fonder la compétence du juge français, du moins à l'égard de ces filiales, peu importe que la qualité du co-employeur ne soit pas préalablement établie à leur égard⁸⁴⁷.

560. L'avis sollicité par le juge, loin de constituer un service de consultation juridique, est avant tout un moyen permettant aux juridictions suprêmes de remplir plus efficacement leur mission. La finalité des demandes d'avis dépasse le cadre de la résolution du litige qui leur donne naissance, ces dernières étant avant tout un mode d'uniformisation de l'interprétation⁸⁴⁸. Par le renvoi d'une question de droit qu'il ne sait résoudre le juge du fond œuvre en fait pour sa juridiction suprême, il fait remonter jusqu'à elle les questions d'interprétation les plus discutées. Et par sa réponse, la cour délivre une interprétation dont la portée dépasse le cadre du litige qui lui a donné naissance⁸⁴⁹. D'une certaine manière, on

⁸⁴⁴ Cass. soc., 28 janvier 2015, n°13-22.994.

⁸⁴⁵ Le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dispose que : « *Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre* », cité par Jérôme PORTA in La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation. À propos de l'affaire Comilog, *Dr. ouvr.*, 2016, n° 813, p. 2.

⁸⁴⁶ PORTA (J.), *op. cit.*, p.3.

⁸⁴⁷ *Idem*. La Haute juridiction l'affirme dans une espèce : Cass.ch. mixte, 11 mars 2005, *Codéviandes*, n° 02-41.371.

⁸⁴⁸ CASU (G.), « *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation* », *op. cit.*, p. 31.

⁸⁴⁹ *Idem*.

constate que les juges du fond et le juge suprême concourent à l'unification de l'interprétation⁸⁵⁰.

561. À première vue, l'interprétation de la norme se confond avec la qualification de cette dernière, d'autant plus que les débats autour de ces deux vocables sont, pour le moins, identiques. Monsieur le Professeur Jacques PETIT affirme qu'il existe un lien logiquement nécessaire entre la théorie de la qualification et le pouvoir du juge à l'égard des qualifications légales : la conception de l'opération de qualification comporte une incidence directe sur celle des dispositions qui attribuent une qualité juridique, et cette dernière, à son tour, commande la conception du pouvoir du juge de remettre en cause une qualification légale⁸⁵¹. Pour cette doctrine, la qualification légale se fonde sur une réalité objective des choses⁸⁵². En témoigne la réponse du Professeur Henri MAZEAUD à la question de savoir si la Cour de cassation peut décider qu'une loi, déclarée interprétative par le législateur, ne l'est pas : « *Il n'appartient pas au législateur de dire que la loi est interprétative ; il peut décider que sa loi est rétroactive s'il veut ; mais il n'est pas souverain pour dire que la loi est interprétative, si elle ne l'est pas. Nul ne peut dire qu'il fait nuit, s'il fait jour même s'il est législateur* »⁸⁵³.

562. S'agissant du contentieux du droit du travail, où la finalité sociale de la loi est significative, le juge doit être considéré comme *un agent de l'exécution* du droit positif, un acteur à qui l'on a refusé le droit d'interpréter la norme existante. Nous pensons donc qu'il serait utile de lui laisser la latitude d'user davantage de son pouvoir discrétionnaire de garant des libertés et des droits des justiciables à défaut d'en faire un « prisonnier » du doute », voire « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », dont parlait Montesquieu dans *l'Esprit des lois*⁸⁵⁴. Le juge doit être en mesure d'user de l'analogie afin de parvenir à la qualification proche de l'intention du législateur. Comme l'a écrit justement le Doyen Jean CARBONNIER, « *beaucoup de jugements rendus par les tribunaux dits inférieurs sont (...) des jugements intuitifs d'équité* »⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ *Idem.*

⁸⁵¹ PETIT (J.), « À propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », in *L'office du juge*, Colloque Paris, Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006, p. 71.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 72.

⁸⁵³ MAZEAUD (H.), Intervention lors d'une séance de travail de la commission de réforme du Code civil (à propos de l'article 2) 1948-1949, tenue le 31 mars 1949, *Sirey*, 1950, p. 296, cité par PETIT (J.), *op. cit.*, p. 72.

⁸⁵⁴ MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, t. 2, *L'esprit des lois*, Paris, Gallimard, « La Pléiade », 1951, p. 404.

⁸⁵⁵ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 112.

563. Ainsi, à l'instar du « *bon juge Magnaud* », mais sans un véritable pouvoir de création⁸⁵⁶, le juge du fond qui a la chance d'examiner en profondeur les faits dans une instance, devrait, nous semble-t-il, avoir un assez large pouvoir d'interprétation, être en mesure d'adapter la norme invoquée à l'espèce afin de trancher en toute équité. Une telle démarche a également l'avantage de réduire les dilatoires du défendeur en quête de voir le juge à statuer, même s'il faut reconnaître que ce choix reste à sa libre disposition. Toutefois, afin de parvenir à cette réalité, il faudrait s'assurer de la mise en œuvre effective des bonnes conditions de travail du juge, dans l'ensemble. La justice joue donc sa crédibilité sur un certain nombre d'affaires de référence, qui réclament plus qu'une connaissance abstraite de la matière juridique (droit boursier, droit de la concurrence, etc.)⁸⁵⁷, et d'une certaine manière, sa formation initiale en est la clé, nous semble-t-il. Si l'interprétation de la norme invoquée est liée à l'espèce, elle peut tout aussi bien être en rapport au regard du contexte.

B - L'interprétation de la norme au regard du contexte

564. Pour donner du sens, l'interprétation de la norme nécessite que le contexte soit précis. Toutefois, pour qu'il apparaisse en tant que contexte, il en faudrait au moins un second⁸⁵⁸. En droit du travail, le sens d'une loi est lié au contexte dans lequel elle a été adoptée, mais aussi à celui dans lequel elle trouve son application. Selon les cas, il peut s'agir d'un contexte social, politique, historique, environnemental, etc. Il permet de saisir la pensée de l'auteur et influe sur la norme. Ainsi, en République démocratique du Congo, par exemple, pendant la période de la transition politique qui a duré de 2004 à 2008, pour des raisons purement électorales, le gouvernement avait signé un accord avec les partenaires sociaux⁸⁵⁹, portant notamment sur l'amélioration du barème salarial des fonctionnaires et des agents publics.

⁸⁵⁶ La doctrine dominante considère que la jurisprudence est une source de droit. ESMEIN (P.), « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.*1952, p. 15, *spéc.* p. 19 ; DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges J. MAURY*, 1960, p. 34 ; BOUBLI (B.), « Le juge, la norme et le droit du travail », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, coll. « Droit, éthique et société », 1998, p. 36 ; BORE (J.), « La Cour de cassation en l'an 2000 », *D.* 1993, *Chr.*, p. 133. Le fait que la Cour de cassation crée des définitions, prouve à suffisance l'étendue de son pouvoir normatif.

⁸⁵⁷ GARAPON (A.), *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXème siècle*, *op. cit.*, p. 68.

⁸⁵⁸ COMITÉ DE LECTURE, « Contextes et normes », *Tracés*, revue de sciences humaines, 4, 2003, (www.journals.openedition.org/traces/3993, consulté le 20 juillet 2019).

⁸⁵⁹ « *L'accord de MBUDI* », célèbre parce qu'historique, a été signé le 12 février 2004 entre le Gouvernement de transition de la RDC, représenté par l'un des vice-présidents de la République et les syndicats de l'administration publique et interpersonnels. Selon ce texte, le Gouvernement s'était engagé à améliorer les traitements des travailleurs, à savoir, à payer à l'huissier (le fonctionnaire le moins gradé de la hiérarchie) l'équivalent de \$ 208 USD par mois, au secrétaire général de l'administration publique, un salaire mensuel de base à hauteur de \$ 2080 USD. Le moins que l'on puisse dire c'est que, plus de 15 ans après la signature de cet accord, irréalisable par le Gouvernement, le salaire du premier est inférieur à \$ 100 USD par mois, alors que pour le second, il ne dépasse

565. Le contexte socio-politique de l'époque avait fortement joué en défaveur de cet accord tant son contenu était riche en dispositions irréalisables par l'État congolais. Jamais mis en application, il est à l'origine des revendications constantes (grèves, blocage, etc.) des travailleurs. La doctrine affirme que la méthode d'interprétation moderne requiert de la part des juges de tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte de loi⁸⁶⁰.

566. S'agissant des normes applicables au droit du travail, la portée de l'interprétation dans le temps permet de déterminer, avec précision, les situations auxquelles elle s'applique, il s'agit de circonscrire avec netteté les litiges qui entrent dans son cadre, afin que le juge puisse décider de son application ou de son délaissement⁸⁶¹. Ce dernier statue, par principe, sur le passé. Il prononce le droit applicable à un litige achevé de longue date. À la différence des juridictions du fond, l'interprétation délivrée par la Cour suprême a une vocation prospective, elle vaut aussi, et avant tout, pour les situations qui prendront naissance après son élaboration, l'interprétation délivrée pour le futur⁸⁶². On peut constater une évolution qui converge entre le droit de la famille et le droit du travail. Ainsi, le fait que le juge suprême ait très tôt, par un avis⁸⁶³, posé une ligne à suivre, selon laquelle l'employeur ne peut fonder son licenciement sur l'état de grossesse d'une salariée⁸⁶⁴, permet aujourd'hui au juge confronté à tel litige, de déclarer nul tout licenciement prononcé qui irait dans un sens contraire.

567. S'il est clair que l'interprétation de la norme donnée par le juge suprême sera appliquée à l'espèce pour laquelle elle a été dégagée, celle-ci aura également un effet plus général. D'une certaine manière, cette interprétation est la preuve du pouvoir créateur du juge, il l'intègre au

pas la somme mensuelle de \$500 USD. Selon les termes de cet accord, en échange de cette acceptation par le gouvernement, les syndicats devaient observer la trêve sociale (www.societecivile.cd/node/2507, consulté le 20 juillet 2019).

⁸⁶⁰ BEGIN (L.) et VACHON (Y.), « L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire ? », in M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 721.

⁸⁶¹ CASU (G.), « *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation* », *op. cit.*, n° 584, p. 307.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 308.

⁸⁶³ Cons. État, 8 juin 1973, *dame Peynet*, *Rec.* 406, *Concl.* Mme Grévisse, *J.C.P.*, 1975 II.17957, note Y. Saint-Jours.

⁸⁶⁴ Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-26250 : non seulement l'employeur a licencié une salariée pendant cette période de protection, mais, il n'a pu prendre de mesures préparatoires à une telle décision ; Cass. soc., 11 décembre 2013, n° 12-23687 : le point de départ de la protection commence à la date à laquelle la salariée a informé son employeur de son état de grossesse. Il s'agit d'une formalité substantielle, sans toutefois être liée à la protection de la salariée.

droit positif. En définitive, force est d'admettre que le droit s'adapte à l'évolution de la société, en témoigne une multiplication des textes et des lois pour être en conformité avec la société. Il n'en demeure pas moins que le décalage entre l'évolution des normes et celle des mœurs subsiste ; de ce fait, des efforts restent à fournir.

568. Les mœurs relèvent de la vie privée et sont attachées à l'ordre public. Les mœurs sont l'aboutissement, le couronnement de la législation⁸⁶⁵. Notion insaisissable par essence, elle laisse aux instances chargées d'appliquer la règle de droit un entier pouvoir d'appréciation pour leur donner un contenu et décider au cas par cas⁸⁶⁶. La notion de mœurs est concurrencée par une autre notion, celle de la *dignité humaine*⁸⁶⁷. Elle fait partie intégrante des droits de l'homme. Ainsi, la Charte africaine lui consacre un Protocole relatif à la dignité de la femme⁸⁶⁸.

569. La dignité humaine est confiée au juge comme norme directrice de protection de l'humanité quand la loi ne suffit plus. La dignité doit garantir à l'homme d'être toujours traité en citoyen. Le rôle de la dignité est ambivalent, servant tant à protéger l'individu contre la société grâce aux droits subjectifs (« droits-créances »), que la société contre l'individu, au nom de l'humanité (jurisprudence du lancer de nain)⁸⁶⁹. Les bonnes mœurs, dans leur filiation traditionnelle et leur prétention morale collectives (ou transcendante)⁸⁷⁰, ont été progressivement vidées de leur contenu par le juge du droit. La Chambre civile a rappelé en 1893, que les époux pouvaient insérer, dans leur contrat de mariage toutes les dispositions qu'ils estimaient à propos, à condition qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et

⁸⁶⁵ BART (J.), « Le Droit, la Loi, les Mœurs. L'enjeu de la codification », *Droit et Société*, 1990, n° 14, pp. 47-54, spéc. p. 47.

⁸⁶⁶ LOSHAK (D.), Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs (www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/32/daniele_lochak.pdf, consulté le 20 juillet 2019).

⁸⁶⁷ FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français du XXème siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 516.

⁸⁶⁸ Article 3 du Protocole à la Charte africaine, signé à Maputo, le 11 juillet 2003 dispose que « 1. Toute femme a droit au respect de la dignité inhérente à l'être humain, à la reconnaissance et à la protection de ses droits humains et légaux. 2. Toute femme a droit au respect de sa personne et au libre développement de sa personnalité. 3. Les Etats adoptent et mettent en œuvre les mesures appropriées en vue d'interdire toute exploitation des femmes ou tout traitement dégradant à leur égard. 4. Les Etats adoptent et mettent en œuvre les mesures appropriées afin d'assurer la protection du droit de la femme au respect de sa dignité et sa protection contre toutes formes de violence, notamment la violence sexuelle et verbale ». Voir également l'article 14 de la Constitution de la RDC.

⁸⁶⁹ CHARLIN (F.), « La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ? », p. 2 (www.halarchives-ouvertes.fr/hal-01927069/document, consulté le 20 juillet 2019).

⁸⁷⁰ *Idem*.

qu'elles ne portent atteinte ni aux droits de l'époux comme en tant que chef de famille, ni aux dispositions prohibitives du Code civil⁸⁷¹.

570. Contrairement à ce qui est prévu en droit français, par exemple, la plupart des législations des pays concernés, à l'instar de la loi congolaise, n'assimilent pas les effets du concubinage à ceux du mariage. Ainsi, il serait pratiquement impossible à une concubine de prétendre obtenir réparation du dommage causé par le décès accidentel de son concubin. En pratique, seuls les parents, et dans une certaine mesure (les frères et sœurs) du défunt devraient bénéficier d'un prétendu droit après une décision du conseil de famille. Toutefois, la loi ne fait aucune distinction entre les enfants légitimes et adultérins. La relation libre n'est pas reconnue en droit.

571. En revanche, la démonstration de la preuve de paiement de la dot, par exemple, à la famille de la concubine, suffit à donner force juridique à une telle relation et à la qualifier de mariage coutumier. Si, dans d'autres disciplines, la logique libérale a triomphé, force est de constater que cela est loin d'être le cas en matière commerciale⁸⁷² et en droit du travail, où l'évolution des mœurs n'influe pas toujours sur la jurisprudence. Ainsi, à ce jour, aucun employeur ne peut fonder sa décision de licencier un salarié à cause de ses mœurs⁸⁷³.

572. Dans une espèce riche d'apports, une salariée a été victime d'un tract au sein de son entreprise, lui prêtant un certain comportement et certaines relations avec plusieurs de ses collègues. L'employeur a décidé de la licencier, d'une part, lui reprochant sa passivité à réagir aux rumeurs, d'autre part, afin de mettre un terme au trouble généré par la diffusion du tract au sein de l'entreprise. La salariée a dénoncé le caractère discriminatoire de son licenciement fondé sur ses mœurs, et demandé en vain son annulation. La Chambre sociale de la Haute juridiction a censuré l'approche des juges du fond, a prononcé la nullité du licenciement, considérant que le licenciement avait été prononcé « pour un motif tiré du comportement de la salariée relatif à des mœurs qui lui étaient prêtées »⁸⁷⁴. La loi relative à la parité⁸⁷⁵ semble

⁸⁷¹ Cass. civ., 27 mars 1893, cité par François CHARLIN, *op. cit.*

⁸⁷² Cass. com., 29 mars 2011 (visa de l'article L.711-3 du Code de la propriété intellectuelle et de l'art.10 de la C.E.D.H.). La Haute juridiction a annulé une marque intitulée « *puta madre* » : v. Cass. soc., 8 janvier 1964, *Bull.* 1964, n°25, la Chambre sociale affirme qu'une ancienne employée de maison de tolérance ne peut se prévaloir d'un contrat dont la cause est contraire aux bonnes mœurs pour demander un solde de salaire⁸⁷², cité par François CHARLIN, *op. cit.*

⁸⁷³ En ce sens, voir par exemple, l'article 60 du Code du travail de la RD.Congo.

⁸⁷⁴ Cass. soc., 26 avril 2007, n° 05-42.352, inédit.

produire ses effets dans les pays concernés. Désormais, l'égalité pour occuper des postes de travail fait partie de l'évolution des mœurs.

573. Les limitations des mœurs sur la loi sont réelles, notamment lorsqu'elles tendent à protéger la partie « faible » dans un contrat qui, pourtant, reste un acte consensuel. Nous rejoignons le Professeur François CHARLIN lorsqu'il affirme que « *les bonnes mœurs ne connaissent pas un déclin absolu, la notion conservant la même rigueur dès lors qu'elle reste invocable et invoquée en matière contractuelle. La jurisprudence joue un rôle équilibré selon l'évolution du droit positif, la diversification des sources du droit et l'apparition subséquente d'une notion plus dynamique. La signification de la dignité humaine est loin d'être fixée. Comme les bonnes mœurs, la notion pourrait aussi bien être vidée de son contenu qu'entendue excessivement, même si la seconde hypothèse est plus probable* »⁸⁷⁶.

574. En droit comparé, le droit de la propriété intellectuelle français aborde avec prudence la question de savoir si la reconnaissance du droit d'auteur est subordonnée à une condition de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, la doctrine invite à distinguer la question de *l'existence* du droit de celle de *l'exercice* du droit⁸⁷⁷. Le droit d'auteur ne protégeant qu'une forme et non l'idée elle-même, un contrôle de l'acceptabilité sociale de la situation serait, en pratique, et pour peu que l'on puisse réellement faire la distinction, dénué d'objet au stade de la reconnaissance du droit. En revanche, la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs pourrait venir paralyser l'action en contrefaçon dans sa dimension réparatrice⁸⁷⁸.

575. Madame le Professeur Adeline JEAUNEAU affirme qu'il y a une articulation⁸⁷⁹ différente entre les deux notions d'ordre public et de bonnes mœurs, selon que ces dernières se présentent comme un standard spécifique par rapport au standard « ordre public », ou au

⁸⁷⁵ Loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité (RDC), le législateur lui consacre une place de taille dans la Constitution (article 14); loi n° 2010-11 du 28 mai 2010 sur la parité au Sénégal ; loi n° 2015-052/ du 18 décembre 2015 instituant des mesures pour promouvoir le genre au Mali.

⁸⁷⁶ CHARLIN (F.), *op. cit.*, p. 9.

⁸⁷⁷ JEAUNEAU (A.), *L'ordre public en droit national et en droit international de l'Union européenne. Essai de systématisation*, LGDJ, Paris, 2018, p. 161.

⁸⁷⁸ VIVANT (M.), « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Mélanges Jean FOYER*, PUF, 1996, pp. 307-325, spéc. p. 312 et s, cité par Adeline JEAUNEAU, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁷⁹ En droit, le vocable signifie « une énonciation écrite, en forme d'énumération, de faits dont la preuve est à rapporter ou de moyens invoqués à l'appui d'une prétention » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 86).

contraire, que la notion constitue le réfèrent axial d'une clause générale permettant d'apprécier le contenu de l'acte privé au regard des valeurs collectives. Matériellement, les bonnes mœurs renvoient à un ensemble de valeurs (bonnes) s'attachant à un type déterminé de comportement (« mœurs »), ou plus exactement, au sujet en tant que valeurs de certains comportements dans le domaine, essentiellement, de la sexualité et des loisirs⁸⁸⁰.

576. S'il est admis que le législateur adapte le droit en fonction de l'évolution des mœurs, la réalité est différente en pratique, où le juge est souvent confronté à l'inadaptation de la norme. Ainsi, il assure le passage de la norme abstraite au cas concret, en donnant le sens et la portée de la norme. Par exemple, à la rédaction du Code civil, le législateur n'avait pas prévu la signature du contrat de travail et sa transmission par voie électronique.

577. Avec l'informatisation de la vie des affaires, le juge est amené à réaliser régulièrement l'adaptation du droit au sens large souvent, contre la tentation des contractants de faire eux-mêmes leur propre loi, contre le vertige de l'autonomie⁸⁸¹. Toutefois, si cette exigence n'est pas propre au droit du travail, elle se présente avec une particulière acuité, la loi sociale ou la convention collective qui représente presque toujours des solutions de compromis, masquent souvent, par l'obscurité de leur lettre, un désaccord persistant sur leur esprit⁸⁸².

578. Si l'intervention du juge requiert avant tout de comprendre les faits tels qu'ils lui sont présentés par les parties et de se faire une religion, il doit avant de trancher, examiner la norme applicable. Or, s'agissant du droit du travail, les organisations syndicales cherchent souvent à exploiter en leur faveur, certaines contradictions, contraignant le juge à des choix dans l'élaboration de ses syllogismes, et la jurisprudence à des efforts de systématisation⁸⁸³. Ainsi, le Professeur Alain SUPIOT affirme justement que, « *confronté à un ensemble de textes de cohérence formelle, le juge n'en est pas moins contraint de faire comme s'il existait toujours pour chaque litige une règle applicable, et une seule. Il doit à cet égard résoudre deux types de problèmes. En premier lieu, interpréter les règles applicables. En second lieu, le juge aura souvent à choisir entre plusieurs règles applicables* »⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ JEAUNEAU (A.), *op. cit.*, p. 162.

⁸⁸¹ MORIN-GALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2013, p. 566.

⁸⁸² SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 1979, p. 481.

⁸⁸³ *Idem.*

⁸⁸⁴ *Idem.*

579. Pour ce qui est de l'obligation, selon laquelle le juge, lorsqu'il est saisi doit se prononcer⁸⁸⁵, l'unanimité est loin d'être acquise au sein de la doctrine. Si certains y voient un pouvoir normatif de la jurisprudence⁸⁸⁶, d'autres considèrent que, dans de telles hypothèses, le juge pourrait tenir le rôle du législateur, car l'obligation de motivation lui impose de trouver une règle à appliquer au litige, par conséquent, cette théorie paraît quelque peu réductrice, parce qu'elle enferme le pouvoir créateur du juge dans l'enclos fixé par la volonté exprimée par le législateur⁸⁸⁷, et serait erronée car l'empêcherait de disposer d'une marge d'autonomie suffisante pour s'affranchir des commandements de la loi⁸⁸⁸.

580. Selon le Professeur Rémy LIBCHABER, « *l'objectif de cette disposition est limité à l'interdiction du déni de justice : le juge ne peut prendre « prétexte » de l'imperfection réelle ou prétendue de la loi pour refuser de juger* »⁸⁸⁹. Par conséquent, s'il autorise une interprétation créatrice ponctuelle, par l'obligation de juger en cas d'imperfection de la loi, l'article 4 ne confère pas aux juges la fonction d'ajouter aux règles légales des règles jurisprudentielles⁸⁹⁰. *A fortiori*, il n'autorise en rien les juges à compléter un texte légal par une définition des termes qu'il contient, définitions ayant valeur de règle⁸⁹¹.

581. Le sens étroit du vocable « *jurisprudence* » renvoie à la création du droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut)⁸⁹², tel que le juge l'admet. À défaut pour le juge de se réfugier derrière une définition, somme toute, générale du législateur, il bénéficie d'une reconnaissance de fait d'un pouvoir normatif, qui va de la simple interprétation de la

⁸⁸⁵ L'article 4 du Code civil malien dispose que « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice* » ; Voir également l'article 10 du Code civil guinéen. Il convient de noter que, dans la mesure où toutes les dispositions des pays concernés, obligeant le juge à se prononcer convergent, celles précitées sont à rapprocher de l'article 4 du Code civil français.

⁸⁸⁶ EISNMANN (C.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges Gabriel MARTY*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p. 477 ; MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 10^e éd., 2004, n° 218 ; D. DELON, *La jurisprudence, source de droit*, Thèse, Paris II, 1980 ; BEIGNIER (B.), Les arrêts de règlement, *Droits*, n° 9, 1989, p. 45, cité par Cyril WOLMARK, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁸⁷ WOLMARK (C.), *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, préf. G. BORENFREUD, Dalloz, 2017, p. 181.

⁸⁸⁸ MORVAN (P.), « En droit, la jurisprudence est une source de droit », *RRJ* 2001-1, n° 63, p. 107, cité par C. WOLMARK, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁸⁹ LIBCHABER (R.), « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in G. FAURE, G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 143.

⁸⁹⁰ WOLMARK (C.), *op. cit.*, p. 182.

⁸⁹¹ LIBCHABER (R.), *op. cit.*, p. 151.

⁸⁹² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 592.

norme, à l'adaptation, voire à la rectification de celle-ci le cas échéant. Tel est le sens même de l'élaboration du droit.

Section 2 - L'élaboration d'une règle de droit jurisprudentielle

582. D'une certaine manière, la justification de l'élaboration du droit par la jurisprudence se trouve dans « l'imperfection » de toute œuvre humaine. Loin d'être achevée, elle n'est correcte qu'aux yeux de son auteur, et ne le sera pas forcément aux yeux d'un autre. Dans les pays concernés, cette imperfection peut être significative, dans la mesure où certaines normes médiocres sont soit la conséquence d'un effet de mode de ce qui se passe outre Atlantique⁸⁹³, soit la réponse à une crise sociale. Le célèbre « *accord de MBUDI* »⁸⁹⁴ relatif à la hausse spectaculaire et irréalisable des salaires des fonctionnaires et agents publics en République Démocratique du Congo en est une illustration.

583. Quels que soient les perfectionnements que l'on apporte à la législation, l'interprétation demeure une nécessité permanente : le législateur pose des principes qui, quelque bien formulés qu'on les suppose, resteront toujours des abstractions que les tribunaux auront à appliquer aux cas portés devant eux⁸⁹⁵. Ainsi, le législateur, représentant du peuple souverain, à défaut d'être sanctionné, verra sa loi suppléée, par le juge. Toutefois, les conditions et modalités d'affirmation sont nécessaires à la jurisprudence (§2).

§ 1. Les conditions et modalités d'affirmation d'une jurisprudence

584. Toutes les décisions rendues par les juridictions étatiques ne donnent pas lieu à une jurisprudence. Pour qu'il en soit ainsi, une jurisprudence doit réunir des critères cumulatifs

⁸⁹³ En effet, on a pu constater ces dernières années que les pays concernés se sont dotés d'une « *loi sur la parité homme-femme* ». Cependant, la réalité sur le terrain est tout autre, notamment avec l'influence de la religion ainsi que de la tradition qui est un obstacle à l'application de telles normes, considérées comme une copie de la « *positive discrimination* » à l'africaine. À ce jour, force est d'admettre que, malgré la panoplie des textes, l'application des droits de la femme n'est pas encore effective, on peut s'interroger sur l'intérêt de l'hypocrisie politique.

⁸⁹⁴ Cf. *supra* « Accord de MBUDI ».

⁸⁹⁵ LAUZIÈRE (L.), « Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt *R. c. Laba* » (www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_25/25-12-Lauziere.pdf, consulté le 22 juillet 2019).

(A) et, pour chaque espèce, la réponse aux exigences concrètes contribue à l'accroissement des principes généraux du droit (B).

A - Le cumul nécessaire de différents critères

585. En matière d'élaboration jurisprudentielle, on retient que les décisions rendues acquièrent une valeur de « précédent » ou « *Stare decisis* »⁸⁹⁶, dont on connaît également l'importance dans la *Common law*. Cette réalité est d'autant plus vraie que tous les ordres juridiques modernes s'en servent mais de nombreuses normes fondatrices de l'ordre juridique ne font pas partie du droit écrit. Et même si elles lui appartenaient, elles pourraient s'avérer inadaptées à l'espèce et dans le temps.

586. Dans les sociétés contemporaines, le droit est une création humaine, les sources auxquelles se réfèrent les grands systèmes juridiques n'apparaissent pas comme immuables, elles doivent s'adapter aux réalités de la vie sociale, le droit devient alors l'œuvre de plusieurs intervenants qui se succèdent et dont les principaux sont le législateur, par la voix des légistes et des parlementaires, et les juges⁸⁹⁷. Dans de nombreux cas, l'intervention de la jurisprudence sert à faire évoluer le droit positif⁸⁹⁸, cette dernière ne pouvant ignorer cette obligation pour éviter le déni de justice. Le législateur ne se contente de donner que des notions générales, et non des notions cadres. Ainsi, pour éviter les conséquences du déni de justice, le rôle de la jurisprudence consiste, comme le disait Marcel WALINE, à « *aiguiller les curiosités et attirer l'attention des autorités qualifiées sur des réformes (...) nécessaires* »⁸⁹⁹.

587. On constate que la faculté d'élaboration d'une règle est souvent à l'origine des oppositions de jurisprudence au sein de la Haute juridiction : ainsi, le cadre juridique de

⁸⁹⁶ Il s'agit d' « Antécédent ; décision antérieure prise comme référence ; relativement à une décision à prendre, solution déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables, qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, valeur d'exemple » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 787).

⁸⁹⁷ LAUZIÈRE (L.), « *Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt R. c. Laba* », op. cit.

⁸⁹⁸ Par exemple, s'agissant de la responsabilité des choses, l'article 137 du nouveau Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que : « *Toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise* ». Sans donner une définition de la « maîtrise », on peut penser équivaut à la « garde » de l'article 1384 du code civil français. Cette tâche est laissée au juge. Les exemples sont nombreux. Il en est de même de l'expression, selon laquelle, « en matière de contrat il faut une cause », le législateur n'en donnant pas de définition, le juge sous-entend qu'il s'agit de la contrepartie de l'obligation réciproque des parties.

⁸⁹⁹ WALINE (M.), Préface, in FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, Paris, 1965, p. IV.

raisonnement de la Chambre sociale est beaucoup plus large que celui de la Chambre criminelle, laquelle se trouve véritablement « sur des rails » lorsque sont constatés les éléments constitutifs d'un délit⁹⁰⁰. À ce propos, nous ne pouvons qu'approuver l'exemple donné par Monsieur le Professeur Alain SUPIOT s'agissant de la difficulté née à la suite de la réintégration dans l'entreprise. En cas de licenciement nul, et en pareille hypothèse, note l'éminent juriste, l'illégalité du comportement de l'employeur qui refuse d'exécuter le contrat ne fait pas de doute⁹⁰¹. Si ce refus est constitutif d'une infraction pénale, le juge répressif saisi de l'affaire n'aura de liberté de manœuvre que relativement au quantum de la peine, mais pas quant à son principe : le syllogisme⁹⁰².

588. En effet, ce dernier, qui conclut à la condamnation, se formera inévitablement à partir du moment où les faits délictueux seront constatés, le souci, qui peut fort bien animer le juge pénal, de ne pas porter atteinte à l'autorité du chef d'entreprise, et ne pourra trouver une traduction juridique satisfaisante sur le terrain de la motivation du jugement⁹⁰³. Tout au contraire, le juge du contrat a pu dans la même hypothèse, jouir d'une latitude beaucoup plus grande, ayant pu combiner la règle protégeant le délégué et la règle civiliste de l'article 1142 du Code Civil, et établir ainsi un syllogisme dont la conclusion ne heurterait pas une certaine conception de l'autorité patronale⁹⁰⁴. A ce propos, Monsieur le Professeur Alain SUPIOT affirme : « *on voit donc que les conditions spécifiques dans lesquelles interviennent le juge pénal et le juge civil ne leur donnent pas les mêmes possibilités d'infléchissement du sens de la règle applicable* »⁹⁰⁵.

589. L'élaboration d'une règle par la jurisprudence peut intervenir non pas du fait d'une lacune⁹⁰⁶ de la norme, mais du raisonnement du juge saisi, étant donné qu'en droit du travail,

⁹⁰⁰ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, op. cit., p. 610.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 611.

⁹⁰² Le syllogisme dont parle Alain SUPIOT est « judiciaire » : « ainsi établi il tracera une voie « moyenne » entre l'autorité du chef d'entreprise et la protection du salarié (...). Le syllogisme étant une figure logique formelle, et donc il ne s'accommode pas de prémisses contradictoires. Placé dans une telle contradiction, par exemple, entre contrat et statut, le juge, s'efforce de reconstituer une prémisse majeure plus tout à fait les mêmes pouvoirs, et les représentants du personnel plus tout à fait les protections prévues par les textes » (SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, op. cit., p. 612).

⁹⁰³ *Idem*.

⁹⁰⁴ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, op.cit., p. 611.

⁹⁰⁵ *Idem*.

⁹⁰⁶ C'est un « point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète, elle est soit « *Intra legem* », lorsqu'elle est volontaire (de la part du législateur), se traduit dans la loi par l'utilisation de notions intentionnellement vagues ou par un renvoi exprès à la coutume, aux usages, à la pratique. Et est soit « *praeter legem* » quand elle est involontaire, c'est-à-dire, correspond à une imperfection législative » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 598). La lacune peut être causée par le « *vide*

la Chambre sociale dispose d'un pouvoir normatif plus étendu que la Chambre criminelle. On admet que le droit civil a permis au juge social de créer les conditions juridiques d'un accroissement de son pouvoir normatif, c'est-à-dire d'inventer des solutions nouvelles au lieu de se borner à appliquer les textes⁹⁰⁷, ainsi, selon les cas, elle applique strictement les principes du droit civil ou opère une altération de sens de ces principes. On constate que, s'agissant de la définition, la Chambre sociale donne un sens propre au droit du travail, il en va ainsi pour deux notions : *la force majeure* ainsi que *la faute lourde*, la Chambre sociale livre une conception particulière de chacune d'elles⁹⁰⁸.

590. En droit du travail, la force majeure, cause de rupture du contrat du travail, « s'étend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat »⁹⁰⁹. Pour une doctrine, l'absence de virgule entre les adjectifs « extérieur » et « irrésistible » incite à les envisager conjointement⁹¹⁰. L'extériorité exclut du champ de la force majeure tout « événement d'origine interné »⁹¹¹, c'est-à-dire lié soit à l'activité de l'entreprise, soit à la personne de l'employeur, soit encore à celle du salarié. Les événements « internes » sont exclus de la force majeure, car ils font partie de la sphère de risque qui correspond à la sphère de pouvoir de l'employeur⁹¹².

591. Ils sont donc censés être évitables pour l'employeur⁹¹³, second élément constitutif de la force majeure en droit du travail, l'impossibilité absolue de poursuivre le contrat s'entend de manière très rigoureuse, comme une impossibilité absolue et définitive⁹¹⁴. En somme, et malgré la lettre de la définition, deux conditions sont requises pour que la force majeure

juridique ». Monsieur le Professeur Alain SUPLOT en attribue la paternité doctrinale à Paul DURAND, à propos du statut protecteur des représentants du personnel en 1950. Ainsi, note-t-il : « L'idée de vide juridictionnel, et plus largement l'idée de lacune, a toujours pour effet, et souvent pour cause, d'accroître le pouvoir normatif du juge, si bien que son emploi est doublement subjectif. Subjectif le constat d'une lacune puisqu'il est le plus souvent possible de s'en tenir à une stricte application des textes subjectifs le comblement de cette lacune, puisqu'elle donne par définition libre cours au pouvoir créateur du juge, qui peut introduire alors dans le syllogisme judiciaire la prémisse supplémentaire de son choix. De quelque côté qu'on l'envisage, l'idée de lacune, ou de vide juridique, correspond donc à une démarche « de lege ferenda, elle est une invitation à l'imagination normative » (A. SUPLOT, *op. cit.*, p. 708).

⁹⁰⁷ SUPLOT (A.), *op. cit.*, p. 615.

⁹⁰⁸ WOLMARK (C.), *op. cit.*, p. 244.

⁹⁰⁹ Cass. soc., 12 février 2003, (trois arrêts), *Dr. soc.* 2003, p. 392 ; CRISTAU (A.), « Force majeure : à l'impossible l'employeur serait-il tenu ? », p. 388, cité par C. WOLMARK, *op. cit.*, p. 247.

⁹¹⁰ CRISTAU (A.), cité par Cyril WOLMARK, *op. cit.*

⁹¹¹ *Idem*.

⁹¹² STOFFEL-MUNCK (Ph.), Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle, *RDC.*, 2003, n°1, p. 59.

⁹¹³ WOLMARK (C.), *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 248.

⁹¹⁴ CRISTAU (A.), cité par Cyril WOLMARK, *op. cit.*

prospère en droit du travail : l'inévitabilité de l'événement pour l'employeur et l'impossibilité d'exécuter le contrat, toutefois, ces deux conditions ne remplissent pas les mêmes fonctions⁹¹⁵. L'employeur, assumant l'ensemble des risques affectant son exploitation, ne pourra donc jamais invoquer à son profit l'inévitabilité de l'événement, le caractère prévisible ou évitable de l'événement permet en fait au salarié (et aux juges) de faire obstacle à ce que le débat porte sur la seconde condition, à savoir l'impossibilité d'exécuter le contrat⁹¹⁶.

592. Nous rejoignons le Professeur Cyril WOLMARK dans ses propos : « *En dépit de cette diversité, de définitions, une certaine unité dans la démarche peut être décelée. Dans tous les domaines considérés, il est loisible d'identifier une marque essentielle de l'événement de force majeure, l'impossibilité d'exécuter le contrat de travail, la démarche suivie par la Cour de cassation, quelle que soit la Chambre considérée, peut donc être analysée comme un raisonnement en deux temps : recherche préalable d'une condition d'irrecevabilité de la force majeure, puis examen de la marque essentielle de la force majeure* »⁹¹⁷. Si, la signification de la force majeure varie selon les champs d'application, il en va de même pour la faute lourde⁹¹⁸.

593. La faute lourde, définie à partir de l'intention de nuire du salarié⁹¹⁹, doit être établie par l'employeur, de sorte que l'on ne peut raisonnablement exiger de lui qu'il continue à occuper le salarié pendant la période de préavis⁹²⁰. Lorsqu'elle est constatée, la faute lourde du salarié lui fait perdre son immunité vis-à-vis de son employeur⁹²¹. Dans l'élaboration des règles jurisprudentielles de droit du travail, l'intervention des juges, quel que soit leur ordre juridique, importe peu. D'ailleurs, dans les pays concernés, où le droit administratif n'a encore trouvé une compétence propre, on constate que c'est le juge judiciaire qui est le créateur du droit administratif. Même là où ils sont compétents, les juges judiciaire et

⁹¹⁵ WOLMARK (C.), *op. cit.*, p. 248.

⁹¹⁶ *Idem.*

⁹¹⁷ *Idem.*, n° 260.

⁹¹⁸ *Idem.*, n° 261.

⁹¹⁹ Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-41-921, *Bull.* 2007, V, n° 57. La Haute juridiction considère que « *L'employeur qui n'a pas toléré le maintien du salarié sur le lieu du travail ne peut être privé de la possibilité d'invoquer la faute grave. Il importe peu que, dans un souci d'apaisement ou d'humanité, il ait accordé au salarié des droits auxquels il n'aurait pu prétendre en raison de la gravité de sa faute* ». Voir également, Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 14-26.071, ECLI : CCASS :2017 : SO00162 ; Cass. soc., 25 janvier 2017, n°15-21.352, inédit ; Cass. soc., 26 janvier 2017, n°15-27.365, inédit.

⁹²⁰ Article 11 de la convention n°158 de l'OIT. À rapprocher à l'article 74 du Code du travail de la République Démocratique du Congo.

⁹²¹ Cass. soc., 27 novembre 1958, *JCP*, 1959, II, 11143, note J. BRETHER de la GRESSAYE, D. 1959, p.20, note R. LINDON, *Gr.arr.*, A. BRUN, n° 74, p. 235, cités par C.WOLMARK, *op. cit.*, p. 255.

administratif sont en concurrence en matière de protection des libertés : d'un côté, le juge judiciaire est présenté comme le gardien par excellence de la liberté individuelle, ce que consacre expressément la Constitution, mais d'un autre côté, est célébrée la jurisprudence protectrice élaborée par le Conseil d'État⁹²².

594. Le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas « *l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés* »⁹²³ ? De plus, les faiblesses du recours pour excès de pouvoir ont été largement surmontées, le juge administratif s'est vu doter d'outils similaires à ceux dont dispose le juge judiciaire pour assurer une protection effective des libertés : pouvoir d'injonction, création du référé-liberté, etc.⁹²⁴ En pratique, dans la mesure où le droit du travail reste lié aux droits de l'homme, on peut admettre qu'il y a un éclatement de fait quant aux compétences des juges des deux ordres juridiques.

595. Le juge criminel, juge de la protection des droits des salariés. Pendant longtemps, les conflits internes de jurisprudence entre les différentes chambres de la Haute juridiction ont été un apport normatif juridique, au-delà de leur unification, en droit positif. Ainsi, l'intervention du juge criminel, dans les litiges individuels du travail, a permis de faire évoluer ce droit. On constate que le débat judiciaire est, en effet, situé en matière pénale sur le terrain de la violation des textes par l'employeur, et non sur celui de leur conciliation avec les règles du droit des contrats, le juge criminel a été le premier à admettre le droit à la réintégration des représentants du personnel illégalement licenciés, ou à rejeter la résiliation judiciaire de leur contrat⁹²⁵.

596. L'intervention du juge criminel a également mis en avant l'interprétation des normes protectrices des salariés par la Chambre criminelle. Dans une espèce riche d'apports, il s'agissait de savoir si des représentants syndicaux devaient siéger au comité central d'entreprise. Dans le silence des textes, la Chambre criminelle a ainsi admis que : « *de la combinaison de l'article 5 de l'ordonnance du 22 février 1945 (...), et de l'article 21 de ladite ordonnance, il résulte que les comités d'entreprise, les comités d'établissement et les comités*

⁹²² BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif ? », *Le juge judiciaire*, Dalloz, 2016, p. 20.

⁹²³ JÈZE (G.), « Rapport à l'Institut international de droit public », *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 162, cité par Grégoire BIGOT, *op. cit.*, p. 20.

⁹²⁴ BIGOT (G.), *op. cit.*, p. 20.

⁹²⁵ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, *op. cit.*, p. 687.

centraux d'entreprise sont tous trois régis, quant à leur mode de composition, par le principe de la triple représentation patronale, salariée, et syndicale »⁹²⁶. Par cet arrêt, on voit comment, au lieu d'interpréter restrictivement les textes organisant les institutions représentatives, le juge criminel en tire, au contraire, un principe général, celui de la triple représentation au sein du comité, qui lui permet ensuite de combler les lacunes, dans un sens favorable aux droits des salariés, cet arrêt illustre aussi l'idée suivant laquelle l'intérêt du recours au juge pénal n'est pas nécessairement lié à la prononciation de sanctions⁹²⁷.

597. Le recours au juge criminel ne permet pas seulement de rappeler des règles ou des principes déjà consacrés par le législateur, c'est un moyen d'obtenir la reconnaissance de règles ou de principes nouveaux, par exemple, le droit à la réintégration, le principe de non-discrimination, les devoirs statutaires du chef d'entreprise, le principe de la triple représentation au sein des comités d'entreprise, entre autres⁹²⁸. Ces principes généraux du droit viennent en complément des textes **(B)**.

B - L'appui sur des textes ou des principes généraux du droit

598. Le juge administratif, juge originel des principes généraux du droit du travail. Bien qu'aujourd'hui élaborés par les juges de deux ordres juridiques, les principes généraux du droit sont, avant tout, une création du Conseil d'État⁹²⁹, ce qui explique l'intérêt d'analyser le rôle de l'intervention de ce juge dans les litiges individuels du contrat du travail, qui, par essence reste un pur acte de droit privé.

599. Le Doyen Gérard CORNU les définit comme des « *règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter* »⁹³⁰. On admet,

⁹²⁶ Cass. crim., 9 octobre 1958, *Bull. crim.* n° 615, p. 1087 ; D. 1959, J, 68 ; *Dr. ouvr.* 1959, p. 19, cité par Alain SUPIOT, *op. cit.*, p. 688.

⁹²⁷ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, *op. cit.*, p. 688.

⁹²⁸ *Idem.*

⁹²⁹ Dans les pays concernés, l'histoire de cette juridiction suprême administrative connaît des bouleversements de fond. Seule la République démocratique du Congo s'est récemment doté d'un Conseil d'État, après l'éclatement de la Cour suprême de justice. En revanche, au Sénégal, c'est une loi de 2008 qui l'a supprimé au profit de sa fusion avec la Cour de cassation. Au Cameroun, au Mali, et en Guinée, quel que soient les cas de figure, toutes les Cours suprêmes disposent de Chambres administratives faisant office de « Conseil d'État ».

⁹³⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 806.

sans hésiter qu'en droit positif, la théorie des principes généraux du droit du travail s'applique à tous les secteurs qui relèvent, directement ou indirectement, du droit administratif ayant fait l'objet d'une extension singulière au droit du travail, toute énumération se révélant nécessairement provisoire⁹³¹.

600. On peut néanmoins citer quelques-uns comme : « toute peine mérite salaire », l'égalité des sexes⁹³², l'égalité d'accès aux fonctions et aux emplois publics⁹³³, l'impossibilité de licencier une salariée en état de grossesse⁹³⁴, ou encore, l'interdiction d'infliger aux salariés « des amendes ou autres sanctions pécuniaires »⁹³⁵. L'histoire du droit du travail révèle que le juge administratif n'est pas seulement « juge de la stricte légalité » administrative⁹³⁶, il est aussi appelé à se prononcer en matière d'extension des conventions collectives, de représentation syndicale, de contrôle de l'emploi et des licenciements des représentants du personnel⁹³⁷.

601. À l'instar du droit comparé, dans les pays concernés, la compétence du Conseil d'État est la conséquence de l'insertion des règles du droit public en droit du travail, ce qui confirme la convergence avec la pratique jurisprudentielle. Ainsi, le Président Guy BRAIBANT⁹³⁸ a écrit, à juste titre, qu'« à mesure que le droit du travail se publicise, le rôle du Conseil d'État s'accroît dans son élaboration et son application. S'agissant d'une branche de droit privé, dont le contenu relève d'abord de l'autonomie des volontés individuelles et collectives, et dont le contentieux appartient en principe aux tribunaux, cette institution n'y tenait à l'origine qu'une place mineure, voire marginale. Il n'en est plus un caractère législatif et réglementaire, et le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur tous les projets de loi et la plupart des projets de décret qui s'y rapportent ; d'autre part, les interventions de la puissance publique se multiplient (...), il en résulte un abondant contentieux administratif »⁹³⁹. Les juridictions de l'ordre administratif sont toujours appelées à connaître,

⁹³¹ MORVIN-CALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, op. cit., p. 25.

⁹³² C.E., Ass., 22 avril 1960, *Dame Legrand*, Rec. p. 261.

⁹³³ C.E., 11 mars 1962, *Ville de Strasbourg*, Rec. p. 194

⁹³⁴ C.E., Ass., 8 juin 1973, *Mme Peynet*, Rec. p. 406, JCP 1975, II, 17957, note Y. SAINT-JOURS.

⁹³⁵ C.E., Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, Rec. p. 268.

⁹³⁶ MORIN-GALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, op. cit., p. 22

⁹³⁷ SUPIOT (A.), op. cit., p. 704.

⁹³⁸ Guy BRAIBANT a exercé la fonction de président de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat français de 1985 à 1992 (www.conseil-etat.fr/recherche, consulté le 24 juillet 2019).

⁹³⁹ BRAIBANT (G.), « Le Conseil d'État », in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 140.

en tout ou partie, à titre principal ou par voie d'exception, des litiges intéressant le droit du travail, notamment chaque fois que ceux-ci mettent en jeu l'intervention de la puissance publique⁹⁴⁰, leurs compétences s'étendent principalement à trois catégories de litiges⁹⁴¹. La première recouvre ceux nés de l'exercice du pouvoir normatif⁹⁴², la deuxième relève du contentieux de l'ensemble des mesures qui découlent de l'exercice de la « police des relations de travail »⁹⁴³, la troisième se rapporte au contentieux du service public de l'emploi.

602. Nous partageons l'avis de Monsieur Asli MORVIN-GALIN selon lequel : « *les rapports de travail et la vie de l'entreprise entraînent une multiplication de décisions administratives individuelles ou réglementaires, qui sont autant de sources de litiges. Il appartient à l'inspecteur du travail d'imposer le retrait d'une clause du règlement intérieur et d'autoriser le licenciement des représentants du personnel. Ces actes administratifs faisant grief, soit au salarié soit à l'employeur, sont susceptibles d'un recours devant la juridiction administrative par les deux voies contentieuses que sont le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux* »⁹⁴⁴. Force est d'admettre que la Haute juridiction a activement participé à la consécration et à la consolidation des droits sociaux, désormais considérés comme fondamentaux⁹⁴⁵. La recherche de l'unification étant la règle en matière d'interprétation de normes, les mêmes principes fondamentaux se retrouvent à la base de l'ensemble de la jurisprudence, qu'elle soit sociale, criminelle ou administrative⁹⁴⁶.

603. La convergence des limites du pouvoir normatif du juge est effective dans le droit positif des pays concernés, à l'instar de l'article 11 du Code civil guinéen qui dispose qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Ces dispositions rappellent le principe de la séparation des pouvoirs, selon lequel, les juges doivent appliquer la règle de droit de façon mécanique, sans

⁹⁴⁰ MORIN-CALVIN, (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, op. cit., p. 23.

⁹⁴¹ PRETOT (X.), « Le juge administratif et le droit du travail », *Justices et travail*, n° 7-8, 1997, p. 41 et s., spéc. p. 42.

⁹⁴² PRETOT (X.), De l'esprit des circulaires et instructions (...) et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social, *RJS* 1997, n° 6, p. 415.

⁹⁴³ MORIN-CALVIN (A.), « *le juge administratif peut être saisi du contentieux des autorisations de licenciement de salariés protégés, le contrôle du règlement intérieur de l'entreprise, les dérogations aux règles relatives à la durée du travail, les mesures au titre de la prévention des risques professionnels, etc.* », op. cit., p. 23.

⁹⁴⁴ MORIN-CALVIN, (A.), op. cit., p. 23

⁹⁴⁵ *Idem*.

⁹⁴⁶ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, op. cit., p. 727.

créer des règles de droit. En d'autres termes, le prétendu pouvoir normatif du juge connaît des limites (§ 2).

§ 2. Les limites de la création jurisprudentielle

604. Concrètement, c'est en droit comparé que l'on trouve la justification historique des dispositions de l'article 11 du Code civil guinéen. En France, à la fin de l'Ancien droit, les Parlements, également compétents pour rendre la justice au nom du roi, s'étaient peu à peu arrogés le pouvoir législatif. Ils rendirent des décisions de portée générale « *arrêts de règlement* », lesquelles avaient force de loi non seulement dans leur ressort, mais elles s'imposaient aussi aux juridictions inférieures. Déjà, PORTALIS voyait en cela une situation inacceptable : « *la révolution vient de mettre fin à une dangereuse confusion* »⁹⁴⁷, a-t-il écrit.

605. On admet que c'est la méfiance des révolutionnaires fascinés par les idées de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs, qui a rendu possible l'interdiction du pouvoir judiciaire de s'immiscer du champ de compétence du législateur. Ainsi a-t-on vu inscrit dans la loi des 16 et 24 août 1790, spécialement aux articles 10, 11, 12 et 13, le principe fondamental suivant : « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des droits du Corps législatif, à peine d'être sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture* ». Toutefois, ces limites à la création n'empêchent nullement le juge saisi de trancher en opportunité ou en équité **(A)**. Son pouvoir normatif se limite au cas d'espèce, ce qui ne donne à son interprétation qu'un caractère de source de droit précaire **(B)**.

A - L'exclusion d'une solution en opportunité ou en équité

606. La mission du juge saisi, entendue au sens strict, se trouve entre deux exigences, pour le moins difficiles, à certains égards. D'une part, il est lui formellement interdit de créer une règle, d'autre part, il a l'obligation de trancher, de peur de voir sa responsabilité retenue pour déni de justice. En pratique, il dispose d'une marge de manœuvre qu'aucun texte ne proscriit, à

⁹⁴⁷ PORTALIS (J.-M), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Écrit et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1998, p. 30. Sur le thème de la séparation des pouvoirs, il est permis de renvoyer aux travaux du Professeur Michel TROPER, notamment : *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, thèse Paris, 1967, LGDJ, 2^e éd., 1980, *L'héritage politique de la Révolution française*, Lille, PUL, 1993, p. 95, « *Pour une théorie juridique de l'État* », PUF, 1994, spéc., pp. 224 et s.

savoir, décider en opportunité ou en équité. S'agissant de l'opportunité, elle s'apprécie au moment d'un contrôle qui peut porter sur la nature d'une norme ou la légalité de celle-ci. Il va sans dire que le fait que ce contrôle se fasse en fonction de la nature du litige ou de la qualité des parties est indifférent.

607. Approfondir cette question nous renvoie à une autre, celle de savoir à quoi sert l'intervention du juge. Les fonctions du juge sont liées au vocable latin « *Juridictio* »⁹⁴⁸, qui ne signifie rien d'autre que son obligation de dire le droit, de l'appliquer aux faits dans une espèce. Il s'agit d'un vieux débat dont on est loin de trouver l'unanimité, y compris en doctrine. Ainsi, Monsieur le Professeur Roger PERROT affirme : « *Sur ce problème, les controverses n'ont jamais cessé et ne cesseront sans doute jamais, chaque auteur apportant une touche personnelle qui souvent affine le débat, mais qui souvent aussi le fait rebondir sans vraiment le résoudre* »⁹⁴⁹.

608. S'agissant du contrôle de légalité, tant pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, il a la particularité de limiter leur intervention à la seule vérification de la régularité de l'acte en cause, à constater simplement que les conditions légales sont réunies au regard des critères objectifs, qui peuvent aller de l'existence du consentement des parties, etc., jusqu' à ce qui le distingue du contrôle d'opportunité au cours duquel il doit s'assurer davantage que la demande correspond à la protection des intérêts de la partie demanderesse, ou encore de l'ordre public. Le juge administratif, par exemple, en usant de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, peut valablement retenir la responsabilité de la puissance publique et octroyer ou non une indemnisation à la victime d'un dommage, qu'il aura lui-même librement déterminée. Au contraire, le contrôle d'opportunité consiste souvent à assurer le respect de la protection de certains intérêts, qui peuvent être variés (salarié, l'employeur, environnement, etc.).

609. Surgit alors la question de savoir si un tel contrôle a un caractère juridictionnel ou non. Nous répondons par l'affirmative, dans la mesure où, s'agissant de l'intervention du juge, qui consiste à vérifier, avant qu'il se prononce est un acte juridictionnel, peu importe l'existence

⁹⁴⁸ Le terme de *Juridictio* est « *doté de multiples sens (juridiction, pouvoir de rendre la justice, action de la rendre, autorité, compétence, ressort), traditionnellement employé en doctrine, par opposition à *imperium*, pour désigner la mission ou l'action de dire le droit (de trancher le litige par application du droit), ensemble de fonctions dont chacune obéit à des règles particulières* » (CORNUT (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 591).

⁹⁴⁹ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 1998, n° 580, p. 480.

ou non d'un litige. Notre affirmation rejoint celle d'une doctrine majoritaire. En effet, le Doyen Gérard CORNU définit l'acte juridictionnel comme un « *acte accompli en vue de produire un effet de droit (recherché par son auteur)* »⁹⁵⁰.

610. D'autres auteurs atténuent leur affirmation. Ainsi selon Messieurs les Professeurs Serge GUINCHARD et Jean VINCENT, « *ce qui compte ce n'est pas l'existence d'une contestation, mais le fait que le juge, en procédant à une constatation, en vérifiant une situation juridique grâce au syllogisme judiciaire*⁹⁵¹, *accomplit une fonction qui, par lui-même, est juridictionnelle* »⁹⁵². Toutefois, s'il est permis d'admettre que le contrôle d'opportunité est un acte juridictionnel, cela est moins sûr en revanche, pour le contrôle de légalité qui n'est pas, à proprement parler, un contrôle d'opportunité, excepté dans certains cas, comme la déclaration d'utilité publique. Messieurs les Professeurs Gérard CORNU et Jean FOYER voient, en ce contrôle, une nature juridictionnelle⁹⁵³. Pour faire face à une lacune de la loi et éviter de prendre une décision injuste, le juge peut également trancher en équité est un mécanisme très utilisé dans la *Common law*.

611. Selon Monsieur le Professeur Michel VILLEY, l'équité permet une adaptation des textes, parce qu'elle est en quelque sorte supérieure au droit écrit⁹⁵⁴. Le Doyen Jean CARBONNIER écrivait à cet égard : « *l'équité est ainsi la 'justice du cas particulier'*⁹⁵⁵, un « *droit affranchi de règles, rejetant toute aspiration à l'universel, un droit où le juge cherche une solution particulière pour chaque espèce, mieux : une solution individuelle pour chaque être humain* »⁹⁵⁶.

612. Face à l'état de nécessité⁹⁵⁷, le juge, à l'instar du « *bon juge* » MAGNAUD⁹⁵⁸, doit choisir l'équité et dépasser ainsi la seule logique de droit : « *le jugement est un doute qui*

⁹⁵⁰ CORNU, (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.591.

⁹⁵¹ Nous avons souligné ce terme parce qu'il est également utilisé par Alain SUPLOT dans sa thèse « *Le juge et le droit du travail* ».

⁹⁵² VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, 1999, n° 161, p. 100.

⁹⁵³ CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Thémis, n° 22, p. 132.

⁹⁵⁴ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p.97.

⁹⁵⁵ CARBONNIER (J.), « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », in J.V.M. SHIELDS, J.A. DUNCAN, *The State of Crime in Scotland*, coll. the international library of criminology, Delinquency and deviant social behaviour, ed. Tavistock publication, 1964, p. 314.

⁹⁵⁶ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1 : Introduction, n° 9, p. 23.

⁹⁵⁷ En matière pénale, « *il s'agit d'une situation dans laquelle une personne, face à un danger actuel ou imminent pour elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien menacé, et qui constitue une cause d'irresponsabilité pénale, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de sauvegarde et la gravité de la menace* » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 421).

décide ; le procès, l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout »⁹⁵⁹. Dans l'analyse des phénomènes juridiques primaires⁹⁶⁰, où le jugement fait jeu égal avec la règle de droit⁹⁶¹, les jugements selon l'équité, « *pratiquement innombrables* »⁹⁶², font jeu égal avec les jugements selon les règles de droit⁹⁶³. Il n'en demeure pas moins que l'équité ne peut tout justifier, si elle est excessive, elle devient inéquitable⁹⁶⁴. L'équité peut justifier la protection d'une partie en situation de faiblesse, mais si cette protection est trop importante, elle risque d'entraîner des effets indésirables⁹⁶⁵.

613. On peut constater qu'à l'ambiguïté légale (interdiction de créer la règle *versus* obligation de trancher sans prétexte), peut s'ajouter la confrontation entre le jugement moral et social, d'une part, et l'application de la loi, d'autre part. Or, le juge ne pourrait rester indifférent étant, avant tout, un « *homme, non pas une machine à syllogismes : autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité* »⁹⁶⁶. À l'instar du « phénomène Magnaud », que de nombreux auteurs refusent de considérer comme un modèle, mais plutôt comme la manifestation d'une « *passade jurisprudentielle* », passade qui se caractérise non seulement par son caractère éphémère, mais encore en ce qu'elle est infondée et irraisonnée, simple impulsion souvent contraire aux règles⁹⁶⁷. À l'inverse, un modèle peut se définir comme un élément rationnel et abstrait par rapport auquel les faits se mesurent, il permet un jugement de conformité⁹⁶⁸. Selon Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *un fait ou une personne peuvent constituer des modèles s'ils présentent en eux-mêmes suffisamment d'abstraction pour que ces jugements de conformité ultérieurement possibles puissent s'opérer. Ainsi, Portalis est souvent présenté comme un modèle dans l'art législatif* »⁹⁶⁹.

⁹⁵⁸ Tribunal correctionnel de Château-Thierry, 4 mars 1898, inédit.

⁹⁵⁹ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, op. cit., p. 321.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 151.

⁹⁶¹ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, op. cit., vol. 1 : *Introduction*, p. 11 et p. 19.

⁹⁶² *Ibidem*, p. 29.

⁹⁶³ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. 1 : *Introduction*, pp.19-21.

⁹⁶⁴ LANZARA (D.), *Les modes prétoriens d'aménagements des principes du droit des obligations*, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2014, p.165.

⁹⁶⁵ *Idem*.

⁹⁶⁶ CARBONNIER (J.), op. cit., p. 24.

⁹⁶⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le modèle du bon juge Magnaud », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 335-342, spéc. p. 336.

⁹⁶⁸ *Idem*.

⁹⁶⁹ *Idem*.

614. Nous pensons que la notion d'état de nécessité, telle qu'empruntée à l'ordre normatif par le juge MAGNAUD et importée dans l'ordre juridique, a sa justification, car la fonction du juge est avant tout de garantir et de veiller au respect et à l'effectivité des principes fondamentaux dans une société digne de ce nom. Ainsi, le plus important n'est pas de savoir si un juge est un modèle ou non. Ce qui importe, nous semble-t-il, c'est de trancher en toute indépendance, sans pression quelconque. Une décision rendue en équité ne s'oppose pas à l'impartialité de l'office du juge. Autrement dit, le juge de la *Common law* qui, régulièrement, fonde ses décisions sur *l'Equity*, serait taxé de « mauvais » juge. Lorsqu'on examine les interventions jurisprudentielles du juge judiciaire et du juge administratif, on se rend compte qu'il n'y a pas véritablement pas de différence de fond, pour autant que les oppositions soient dissipées.

615. Comme l'a rappelé à juste titre, Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIÉ, « *au nom de la sécurité juridique, qualifiée comme relevant d'un impératif absolu* »⁹⁷⁰, on a pu assister, autrefois, à des oppositions d'approches portant notamment sur les interprétations faites par les juges judiciaire et administratif. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la convergence semble avoir pris le dessus au bénéfice d'une unification. S'agissant du droit du travail, la crainte de l'insécurité serait d'autant plus significative du fait, entre autres, de l'abondance du contentieux lié au contrat de travail, de la médiocrité des lois⁹⁷¹, de l'inflation législative,⁹⁷² sans ignorer les revirements de jurisprudence.

616. Il importe que les interprétations des normes faites par les ordres judiciaire et administratif puissent trancher conformément à la règle de droit, afin d'éviter des incohérences. Monsieur le Conseiller Jean-François WEBER, dans son ouvrage rappelle, à juste titre, les exigences de la Haute juridiction, dont « *le premier devoir de la Cour de cassation est d'assurer la sécurité juridique et donc la constance dans l'interprétation de la loi* »⁹⁷³.

617. S'agissant des pays concernés, cette exigence est d'une importance significative, car les interprétations de la Haute juridiction, peuvent avoir des effets rétroactifs évidemment

⁹⁷⁰ TEYSSIÉ (B.), « Sur la sécurité juridique en droit du travail », colloque du 7 avril 2006, Laboratoire de droit social de Paris II, *Dr. soc.*, Dalloz, 2006, , p. 703 et s.

⁹⁷¹ MAZEAUD (A.), La sécurité juridique et les décisions du juge, *Dr. soc.*, 2006, p. 744.

⁹⁷² DOCKÈS (E.), Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 835.

⁹⁷³ WEBER (J.-F.), *La Cour de cassation*, La Documentation française, Pairs, 2006, p.111.

préjudiciables « *pour la protection tant d'intérêts individuels légitimes que de l'intérêt général* »⁹⁷⁴. De ce point de vue, l'intervention du législateur OHADA constitue une garantie somme toute « minimale ». En l'absence de l'Acte uniforme OHADA portant sur le droit du travail, la CCJA, à travers sa jurisprudence, veille à la sécurité juridique dans le domaine du droit des affaires.

618. Toutefois, comme l'affirme le Professeur Antoine MAZEAUD, étant donné que « *l'insécurité des décisions du juge est encore plus mal ressentie que l'insécurité des lois à laquelle nous sommes mithridatisés* »⁹⁷⁵, toute incohérence dans l'interprétation de la Haute juridiction par rapport à celle du Conseil d'État renforcerait cette insécurité juridique, dans la mesure où la cohérence jurisprudentielle de la Cour de cassation constitue le corollaire de sa vocation fondamentale d'unifier de l'interprétation de la norme⁹⁷⁶. L'intervention du juge ayant pour but de suppléer les lacunes de la règle, ou de la compléter au moyen de l'interprétation, se pose dès lors, la question de la nature de la jurisprudence : alors que certains pensent qu'elle est une source de droit, d'autres, en revanche, voient en elle une autorité précaire (B).

B - La jurisprudence : autorité ou source de droit précaire ?

619. L'autorité relative de la chose jugée est l'attribut de la décision et la limite du pouvoir officiellement reconnu à la jurisprudence⁹⁷⁷. On dit qu'elle a un effet *inter partes*, c'est-à-dire, le contraire de l'autorité de la chose jugée, définie comme un ensemble d'effets attachés à la décision juridictionnelle⁹⁷⁸. Dans cette approche, la jurisprudence n'est certes pas une « puissance nulle », selon la conception de Montesquieu, voire un mot « qui doit être effacé de notre langue »⁹⁷⁹ ; elle reste subordonnée à la loi, dans une position de soumission qui l'empêche de devenir et d'acquérir son autonomie⁹⁸⁰.

⁹⁷⁴ MATTHIEU (B.), *Le juge et la sécurité juridique* : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge, D. 2004, n° 23, p. 1603.

⁹⁷⁵ MAZEAUD (A.), *op. cit.*, p. 745.

⁹⁷⁶ MORVIN-CALVIN (A.), « La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Contribution au dialogue des juges en droit du travail », *op. cit.*, p. 28.

⁹⁷⁷ MOLFESSIS (N.), « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008/3 (n°126), pp.87-100.

⁹⁷⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁷⁹ ROBESPIERRE, séance du 18 novembre 1790, Archives parlementaires, 1ère série, t. XX, p. 516, cité par Nicolas MOLFESSIS, in « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 88.

⁹⁸⁰ MOLFESSIS (N.), « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 88.

620. En droit comparé, le Professeur Nicolas MOLFESSIS souligne : « *L'étude des rapports de la loi et de la jurisprudence constitue assurément l'un des thèmes favoris de la doctrine française. Ouverte aux publicistes autant qu'aux privatistes, aux théoriciens du droit comme aux praticiens, la réflexion sur leurs relations s'offre comme un objet inépuisable, où les controverses peuvent s'épancher à loisir. Les problématiques les plus diverses se jouent ici, dans ce rapport de sources du droit qui, selon les cas, se complètent ou se concurrencent, se stimulent ou s'opposent* »⁹⁸¹. L'absence d'unanimité en doctrine, sur la question de savoir si la jurisprudence est une source de droit en droit positif, ranime le débat, de telle sorte que, « *depuis une centaine d'années, c'est même devenue une question récurrente que de s'interroger sur la création du droit par le juge* »⁹⁸². GENY, EISMEIN, WALINE, CARBONNIER, HEBRAUD et bien d'autres se sont interrogés sur l'intrusion de la jurisprudence dans les modes d'élaboration du droit⁹⁸³.

621. Pendant ce temps, son poids ne cessait de s'accroître à mesure, que la loi voyait le sien diminuer, un jugement ne liant que les parties entre lesquelles il intervient. C'est son caractère précaire qui, d'une certaine manière, l'empêche d'être considéré comme une source du droit⁹⁸⁴.

622. Très tôt, François GENY refusa de reconnaître la jurisprudence comme une source de droit. Pour y parvenir, il a opéré une classification entre, des sources formelles du droit (la loi, la coutume et la Constitution) et les autorités (la jurisprudence et la doctrine). De plus, tout en reconnaissant que les sources formelles et les autorités s'influencent mutuellement et que la jurisprudence peut parfois « propulser » une règle coutumière. Ainsi écrit-il : « *c'est donc strictement en tant qu'initiatrice de coutume que la jurisprudence peut, à mon avis, et de nos jours encore, passer pour une force vraiment productive de droit* »⁹⁸⁵. L'éminent juriste conclut, quelle que soit son influence, la jurisprudence demeure par conséquent, une simple autorité et non une source, tout simplement parce qu'elle ne peut pas l'être, en raison de textes constitutionnels et législatifs⁹⁸⁶, il a néanmoins permis de susciter la contradiction⁹⁸⁷ qui est pérenne.

⁹⁸¹ *Idem.*

⁹⁸² MALAURIE (Ph.), La jurisprudence parmi les sources du droit, *Répertoire Defrénois*, 30 mars 2006, n° 6, p. 476.

⁹⁸³ MOLFESSIS (N.), « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 88

⁹⁸⁴ *Idem.*

⁹⁸⁵ GENY (F.), *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1954, pp. 51-52.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 34 et s.

623. L'affirmation de François GENY nous convainc. De même, nous partageons l'opinion du Doyen Jean CARBONNIER lorsqu'il écrit : « *on aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels* »⁹⁸⁸. Cette doctrine a pendant un temps, défini la jurisprudence comme « *l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens* »⁹⁸⁹, au même titre que la doctrine⁹⁹⁰.

624. Dans son affirmation, sur l'illégitimité de la règle jurisprudentielle, le Doyen Jean CARBONNIER, considère entre autres, que le jugement serait enfermé dans un statut constitutionnel destiné à l'empêcher de devenir règle de droit⁹⁹¹. Pareille interdiction serait un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs⁹⁹². Il n'en demeure pas moins que, formellement, la jurisprudence, bien qu'elle soit créatrice, s'affirme dépendante de la loi, par exemple, la Cour de cassation lui donne toujours, comme la loi l'impose, un soubassement législatif bien fictif en réalité⁹⁹³. La jurisprudence n'est source de droit que pour les praticiens lorsqu'elle est « constante » : c'est à elle qu'ils se réfèrent en citant et en disséquant ses arrêts⁹⁹⁴.

625. En revanche, pour le Professeur Charles EISENMANN, refuser à la jurisprudence le statut de source de droit procède à la vérité d'une lecture excessivement séparatiste de *l'Esprit des lois*⁹⁹⁵. De même, pour ses successeurs, on aura beau prétendre que la jurisprudence ne saurait être une source du droit, son pouvoir créateur est bien évident⁹⁹⁶, la règle

⁹⁸⁷ F. ZENATI souligne : « *La contribution de Gény à la théorie contemporaine de la jurisprudence est essentielle. Toute la pensée postérieure a trébuché sur la contradiction qu'il a instituée entre la vertu normative de la jurisprudence et son caractère non contraignant. La postérité a été contrainte d'adhérer à sa distinction des autorités et des sources du droit (...)* » (ZENATI (F.), *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, p. 79).

⁹⁸⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, 25 éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, p. 273.

⁹⁸⁹ CARBONNIER (J.), « *Le procès et le jugement* », *Cours de sociologie juridique*, 1961-1962, *Association corporative des étudiants en droit*, Paris, 1962, p. 262.

⁹⁹⁰ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Paris, 27^{ème} éd., 2004, p. 267 et s.

⁹⁹¹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, p. 273.

⁹⁹² *Idem.*

⁹⁹³ MALAURIE (Ph.), « *La jurisprudence parmi les sources du droit* », *Répertoire Defrénois*, 30 mars 2006, n° 6, p. 324.

⁹⁹⁴ *Idem.*

⁹⁹⁵ EISENMANN (Ch.), « *L'Esprit des lois* » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Duchemin, Paris, 1933, p. 191.

⁹⁹⁶ MOLFESSIS (N.), « *Loi et jurisprudence* », *op. cit.*, p.88.

jurisprudentielle s'applique à l'égal de la loi, sans hiérarchisation des sources⁹⁹⁷. La jurisprudence devient clairement une source autonome, elle « fait » elle-même la règle qu'elle applique, et est véritablement devenue créatrice de droit⁹⁹⁸. En outre, en se fondant sur les traités internationaux, la jurisprudence peut priver la loi d'effets, on s'éloigne de plus en plus de la séparation des pouvoirs, base de la démocratie⁹⁹⁹.

626. Nous pensons que la jurisprudence a acquis sa lettre de noblesse en droit positif contemporain, notamment durant cette dernière décennie. À ce titre, elle demeure une autorité pour les juges et les praticiens, sans toutefois devenir une source du droit. Aussi constante soit-elle, sa durée de vie n'est jamais longue. De plus, l'élément de la souveraineté, reconnu au seul législateur, lui fait défaut pour prétendre à un tel alignement. Si une partie de la doctrine admet que la jurisprudence crée la règle, elle refuse toutefois de l'assimiler aux autres sources formelles, tels que la loi ou le règlement¹⁰⁰⁰.

627. Un auteur relève : « *ce qui constitue la faiblesse congénitale de la jurisprudence, c'est sa position subordonnée par rapport à la loi, qui conserve (heureusement) le pouvoir de la briser ; à la racine même de cette faiblesse congénitale, il y a donc-source ou pas source-une absence de pouvoir créateur (...)* »¹⁰⁰¹. Ainsi, pour la doctrine, la spécificité de l'intervention des juges en droit social conduit à des interrogations principales, dont celle de l'existence ou non de politiques jurisprudentielles¹⁰⁰².

628. S'agissant du juge communautaire, le Conseiller Philippe LÉGER affirme que l'idée de la politique jurisprudentielle laisserait entendre « *qu'il y a quelque part des juges qui auraient élaboré un programme intellectuel et le mettraient en œuvre au fur et à mesure des cas qui leur sont proposés* »¹⁰⁰³. Ainsi, l'on peut admettre que, s'agissant des pays d'Afrique

⁹⁹⁷ JESTAZ (P.), « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », Dalloz, 1987, *chr.*, III.11, p. 13.

⁹⁹⁸ MALAURIE (Ph.), *op. cit.*, p. 324.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, p. 325.

¹⁰⁰⁰ HERON (J.), L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle, *RRJ*, 1993, p. 1083.

¹⁰⁰¹ TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 9^{ème} éd., 2012, n° 360.

¹⁰⁰² AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », *Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, 2002, pp.7-18.

¹⁰⁰³ LÉGER (Ph.), « Pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes et dialogue des juges nationaux et supranationaux », in Ph. AUVERGNON (dir.), *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, *op. cit.*, p. 83 et s.

francophone, la CCJA¹⁰⁰⁴ ne définirait pas de « politiques » au sens strict, mais se contenterait d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité¹⁰⁰⁵.

629. Nous rejoignons le Professeur Philippe AUVERGNON lorsqu'il indique que, même si l'on ne parle pas de « politique jurisprudentielle », la question de l'orientation de la pratique jurisprudentielle du juge communautaire, en matière sociale, s'avère incontournable¹⁰⁰⁶. La cour a, progressivement, conduit les juridictions nationales, par le biais de la procédure préjudicielle, à ne pas appliquer les dispositions de leur droit national restreignant la libre circulation des travailleurs dans la Communauté¹⁰⁰⁷. À ce titre, la situation dans la CEDEAO et la CEMAC en est une illustration, notamment avec le « passeport CEDEAO »¹⁰⁰⁸. Toutefois, cette politique ne s'applique pas dans la SADC, du moins vis-à-vis des ressortissants de la R.D. Congo, qui restent soumis aux conditions générales d'immigration. Pour les pays concernés, si l'on admet que les évolutions jurisprudentielles du juge communautaire en matière sociale ne se sont pas élaborées contre les jurisprudences nationales¹⁰⁰⁹, cela n'est pas le cas pour la matière commerciale, avec la CCJA.

630. En effet, cette dernière est une juridiction tout à fait originale, en ce qu'elle se transforme de manière occasionnelle et accessoire en juge du fond. Aux termes de l'article 14 alinéa 5 du Traité révisé de l'OHADA en date du 17 octobre 2008, on peut lire : « *en cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond* ». Or, comme le relève une doctrine majoritaire, cette cour est, avant tout, juge de cassation dans le contentieux lié à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes¹⁰¹⁰. Elle a pour rôle de se substituer aux cours nationales de cassation afin

¹⁰⁰⁴ Cette affirmation est d'autant plus vraie que l'article 14 alinéa 1^{er} du Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, adopté le 17 octobre 2008 à Québec (Canada) dispose : « *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions* ».

¹⁰⁰⁵ PACTEAU (B.), « À propos du dialogue des juges en Europe », in Ph. AUVERGNON (dir.), *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, op. cit., p. 79 et s.

¹⁰⁰⁶ AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », op. cit., p. 7.

¹⁰⁰⁷ LÉGER (Ph.), op. cit., p. 83.

¹⁰⁰⁸ À ce jour, ce passeport ainsi que la carte d'identité biométrique ont été rendus possibles voire effectifs sur la base des dispositions de l'article 59 du Traité CEDEAO, du Protocole A/SP.1/5/79 de Dakar du 25 mai 1979 sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement.

¹⁰⁰⁹ AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », op. cit., p. 7 et s.

¹⁰¹⁰ SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 78.

d'unifier l'interprétation du droit uniforme, et d'éviter ainsi un renvoi devant une juridiction du dernier ressort en cas de cassation¹⁰¹¹.

631. S'agissant d'une haute juridiction communautaire, cette compétence peut choquer à certains égards, et pourtant, en droit comparé, pareille exception est admise¹⁰¹². Ainsi, utilisée pour les jurisprudences constantes et bien établies, la cassation sans renvoi limite, de ce fait, toute résistance des juges du fond¹⁰¹³. Il n'en demeure pas moins que la principale mission du droit OHADA est de permettre l'effectivité de la sécurité juridique, gage de la stabilité des économies dans les États-Parties. Dès lors, l'on peut admettre sans risque que le choix de l'exception qu'est la cassation « sans renvoi » par la CCJA correspond, d'une part, à la méfiance de certaines juridictions nationales, réputées de rendre les décisions dans les délais déraisonnables, d'autre part, à l'allègement de la procédure permettant aux parties de ne pas retourner devant une autre cour d'appel de *renvoi* qui serait désignée pour rejuger l'affaire¹⁰¹⁴.

632. Toutefois, pour ce qui est de la matière sociale, on admet, à la suite du Professeur Antoine LYON-CAEN, que c'est, en réalité, à partir de situations nationales, qu'une série de réflexions fondamentales sur l'existence de politiques jurisprudentielles peuvent être initiées¹⁰¹⁵. En fait de compte, le développement du phénomène jurisprudentiel dans un système de droit écrit, pourrait bien dépendre d'un ensemble d'éléments¹⁰¹⁶. De façon générale, il semble nécessaire de ne pas nier l'importance de la réception des décisions des juges, quelquefois par l'opinion publique¹⁰¹⁷, plus systématiquement par les professionnels du droit¹⁰¹⁸, et singulièrement par la communauté des juristes universitaires¹⁰¹⁹.

¹⁰¹¹ ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 390, p. 163.

¹⁰¹² L'article L.411-3 du code d'organisation judiciaire français dispose que : « *La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie (....)* ».

¹⁰¹³ FABRE (M.), « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP, G.*, n° I, 347, 2001, p. 1715.

¹⁰¹⁴ LOHOUES-OBLE (J.), « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, 5 (3) 1999, pp.543-591, spéc. n° 91.

¹⁰¹⁵ LYON-CAEN (A.), « Politique (s) jurisprudentielle (s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », in Ph. AUVERGNON (dir.), *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, op. cit., p. 21 et s.

¹⁰¹⁶ AUVERGNON (Ph.), op. cit., p. 7 et s.

¹⁰¹⁷ DAUBLER (W.), « Politiques jurisprudentielles en droit du travail ? Un point de vue allemand », in Ph. AUVERGNON (dir.), *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, op. cit., p.29 et s.

¹⁰¹⁸ LYON-CAEN (A.), « Politique (s) jurisprudentielle (s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », op. cit., p. 21.

¹⁰¹⁹ AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », op. cit., p. 7.

633. En droit du travail, il est évident que la jurisprudence crée la règle, car le juge ne se contente pas toujours d'appliquer la loi à la lettre. Ainsi peut-il la compléter. En réaction, la loi peut défaire la jurisprudence, notamment en votant de nouvelles lois¹⁰²⁰. La doctrine majoritaire reconnaît l'influence de ce pouvoir¹⁰²¹, non expressément prévu par la loi.

634. S'agissant des pays soumis à notre étude, force est de constater que ce pouvoir créateur du juge national est très limité, voire invisible, en ce qu'il n'influence pas véritablement le pouvoir législatif, qui reste plus sensible à l'accroissement des normes d'origine internationale, telle que celles érigées par l'OIT, et, dans une certaine mesure, à la jurisprudence des juridictions supranationales régionales comme que les cours de justice de la CEDEAO, de l'UEMOA et de la CCJA, pour le droit OHADA. On admet volontiers que, dans tout État de droit, la Cour suprême a pour mission de contrôler la légalité des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions inférieures. À cette fin, elle interprète les dispositions normatives sur lesquelles sont fondées ces décisions dont elle vérifie la légalité et assure, de la sorte, l'unité de la jurisprudence.

635. Comme le rappelle à juste titre Monsieur le Président Paul MAFFEI, par l'interprétation qu'elle donne de la loi dans une cause qui lui est soumise, la Cour suprême détermine son sens et sa portée¹⁰²². Certes, cette interprétation n'est pas contraignante pour les juges du fond qui demeurent libres de donner leur propre interprétation ; cependant, s'ils s'écartent de celle donnée par la Cour suprême, ils risquent d'être censurés par cette dernière¹⁰²³.

636. En droit comparé, on peut retenir pour son apport, l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique, sur la preuve obtenue de manière illicite¹⁰²⁴. En l'espèce, il a été décidé que : « *le juge ne peut écarter la preuve obtenue illicitement que si l'on se trouve dans l'une des trois hypothèses : - lorsque la loi prévoit elle-même la sanction de nullité pour l'irrégularité en question ; lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ; lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable* ». Cette jurisprudence, qui crée une

¹⁰²⁰ MOLFESSIS (N.), « Loi et jurisprudence », *op. cit.*, p. 91.

¹⁰²¹ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant*, éd., Liaisons, Rueil-Malmaison, 23^e éd., 2014, n°67 ; MAZEAUD (A.), « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 383.

¹⁰²² MAFFEI (P.), « Rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes », ([www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul MAFFEI.pdf](http://www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul%20MAFFEI.pdf), consulté le 10 juin 2019).

¹⁰²³ *Idem.*

¹⁰²⁴ Cass. Belgique, arrêt du 14 octobre 2003, cité par Paul MAFFEI, *op. cit.*

règle de droit essentielle dans le procès pénal, a été attaquée à la fois devant la Cour européenne des droits de l'homme et libertés fondamentales et devant la Cour constitutionnelle de Belgique.

637. Dans plusieurs arrêts, la *CEDH* a considéré que cette jurisprudence n'était pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De même, la Cour constitutionnelle a également estimé que « *cette jurisprudence ne violait pas en soi les libertés fondamentales garanties par la Constitution* »¹⁰²⁵. La contribution de cette décision est significative en ce qu'elle a incité le législateur à approuver cette jurisprudence en lui donnant un ancrage légal¹⁰²⁶.

638. De même, la Haute juridiction lors de cette dernière décennie a montré qu'elle n'avait pas vocation à demeurer prisonnière de la qualification donnée par la loi. Par un arrêt, la Chambre sociale, a ainsi considéré : « *Que le législateur doit avoir un motif impérieux d'intérêt général pour corriger une interprétation jurisprudentielle* »¹⁰²⁷. En l'espèce, il s'agissait de vérifier la légalité d'« horaire d'équivalence ». La Haute juridiction a indiqué : « *Que le principe de prééminence du droit et de la notion de procès équitable, résultant de l'article 6.1 de la CEDH et des libertés fondamentales, s'oppose, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement juridique d'un litige* »¹⁰²⁸. Cet arrêt confirme la position actuelle de la Haute juridiction, alors qu'avant cette date, elle se refusait tout pouvoir créateur¹⁰²⁹.

639. On peut constater, y compris dans les pays concernés, que l'accroissement des droits fondamentaux permet à la jurisprudence de s'affranchir du pouvoir législatif, notamment avec cette possibilité d'écarter la loi si elle est contraire. Nous partageons l'affirmation du Professeur Nicolas MOLFESSIS, selon laquelle, « *cette nouvelle étape constitue un changement considérable, dont on n'a sans doute pas encore montré toutes les implications. Elle met la loi dans une situation de sujétion. Plus encore, cette même loi devient source de*

¹⁰²⁵ C. const. Belgique, arrêt 158/2010 du 22 décembre 2010, cité par Paul MAFFEI, *op. cit.*

¹⁰²⁶ L'article 32 du Code d'instruction criminelle belge, inséré par la loi du 24 octobre 2013, reprend la règle énoncée par l'arrêt de la Cour de cassation, cité par Paul MAFFEI, *op. cit.*

¹⁰²⁷ Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004, n° 01-41.757, *Bull. ass. plén.*, n° 2 et n° 3.

¹⁰²⁸ *Idem.*

¹⁰²⁹ Cass. 1^{ère} Ch. civ., 2 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97 ; D. 2003, 593, note Christian ATTIAS ; Cass. civ., 3^{ème} Ch., 2 octobre 2002, *Bull. II*, n° 250, D. 2003, 513.

suspicion, puisqu'il faut comprendre qu'elle pourrait bien être attentatoire aux droits et libertés. Elle n'était déjà plus l'alpha et l'oméga du droit positif depuis longtemps ; la voilà parfois contraire au droit positif lui-même, puisqu'elle doit céder devant des droits plus forts qu'elle. Le juge, dans cette affaire, devient « gardien » des droits et libertés. Changement d'office »¹⁰³⁰.

640. Pour faire prévaloir la sécurité juridique, le juge peut alors restreindre l'*imperium* de la loi, en s'arrogeant le droit de déterminer, en dernier ressort, qui de la jurisprudence ou de la loi doit prévaloir¹⁰³¹. Plus encore, le juge qui n'entend pas laisser à la loi le dernier mot, prétend même déterminer que, si elle sert ou non l'intérêt général, en contrôlant les « motifs impérieux d'intérêt général », il inspecte la loi, jusque et y compris dans ses fondements démocratiques¹⁰³².

641. L'intervention du juge communautaire dans l'interprétation de la norme est devenue importante dans les pays examinés, sa jurisprudence ayant autorité dans les États membres. Ces juridictions à caractère « sous régional » ont, parmi les compétences qui leur sont attribuées, celles d'interpréter les conventions à l'application desquelles elles doivent veiller. C'est notamment le cas de trois juridictions que sont la Cour de justice de la CEDEAO, de la CEMAC, de la CCJA pour le droit OHADA, et celle de la SADC. Nous n'aborderons ces juridictions que dans leur compétence d'interprétation, à l'exclusion de la SADC, dont l'intérêt pour la présente étude est moindre.

642. Concernant la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)¹⁰³³, le Traité lui reconnaît également une large compétence, qui va notamment de l'interprétation et de l'application des actes des différentes institutions au sein de cette Communauté, au jugement des litiges relatifs, à la violation des droits de l'homme par les États membres. La Cour est également compétente à se prononcer sur la légalité des actes des diverses instances de la CEDEAO, ainsi que sur les litiges susceptibles d'exister entre elles.

¹⁰³⁰ MOLFESSIS (N.), « *Loi et jurisprudence* », *op. cit.*, p. 90.

¹⁰³¹ *Idem.*

¹⁰³² *Idem.*

¹⁰³³ La Cour de justice de la CEDEAO a été instituée en application des articles 6 et 15 de la version révisée du Traité CEDEAO de 1993.

643. La Cour de justice de la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC)¹⁰³⁴ a une compétence similaire à celle de la CEDEAO. Tous les pays francophones concernés sont Parties de l'espace OHADA, qui dispose d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Celle-ci est constituée, pour avis, sur l'application et l'interprétation des Actes uniformes. Elle est également compétente pour statuer en tant que juge de cassation, en lieu et place des cours de cassation nationales des États membres de l'OHADA, pour tout contentieux relatif au droit uniforme¹⁰³⁵. Bien évidemment, cette compétence de la CCJA implique l'interprétation des règles du droit uniforme.

644. S'agissant des arrêts rendus par les cours supranationales et répondant à une question préjudicielle, ils sont contraignants pour le juge qui l'a posée dans l'affaire qui en fait l'objet, et même dans d'autres affaires ; ces décisions auront alors une autorité particulière¹⁰³⁶. Quant aux avis de la CCJA statuant sur l'interprétation et l'application des Actes uniformes, ils ne seront pas contraignants, dès lors que cette juridiction n'a qu'une compétence d'avis, mais, ici aussi, ils jouiront d'une autorité particulière, semblable à celle de la chose interprétée, en effet, le but de ces avis est d'assurer une interprétation unique des Actes uniformes¹⁰³⁷. Il faut admettre que les arrêts de la Cour CCJA, statuant comme juge de cassation, ainsi que ceux de la Cour de justice de la CEDEAO et de la Cour de justice CEMAC, auront également valeur de jurisprudence dans des affaires semblables dont les juridictions nationales seront, par la suite saisies¹⁰³⁸.

645. On peut considérer, aujourd'hui, le rôle créateur de la jurisprudence des juridictions supranationales comme évident, en ce que cette dernière contribue à la sécurité juridique dans le droit positif des États parties. Cependant, si nul ne met en cause l'existence d'un phénomène jurisprudentiel, sauf à relever des intensités fort diverses, l'hypothèse de l'existence de « politiques jurisprudentielles » en droit social est, en revanche, particulièrement discutée¹⁰³⁹. Ainsi, face à certains types de législation (« fourre-tout », floue

¹⁰³⁴ La Cour de justice de la CEMAC est née à la suite de la conférence des chefs d'État du 9 janvier 2009. La CEMAC réunit 6 États membres de l'Afrique centrale, à savoir, le Cameroun, la République centrafricaine, le Congo, le Gabon, la Guinée-Équatoriale et le Tchad.

¹⁰³⁵ Article 14 du Traité révisé en date du 17 octobre 2008 à Québec.

¹⁰³⁶ MAFFEI (P.), « Rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes », ([www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul MAFFEI.pdf](http://www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul%20MAFFEI.pdf), consulté le 10 juin 2019).

¹⁰³⁷ *Idem.*

¹⁰³⁸ *Idem.*

¹⁰³⁹ AUVERGNON (Ph.), « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative », *op. cit.*, p. 7.

ou trop technique...) des Cours suprêmes en viennent à assumer la responsabilité non pas de « politiques jurisprudentielles » mais d'une « politique de principe »¹⁰⁴⁰. Toutefois, dans la mesure où la plupart de ces juridictions supra-nationales sont récentes, il est trop tôt de dresser un bilan sur l'état de dialogues existants entre les juges communautaires et leurs collègues nationaux. Et, entre les juges communautaires et les législateurs nationaux. De telles initiatives, permettraient à ces juridictions de rester à la pointe des réalités locales. En droit comparé, le droit européen a prévu des instruments qui favorisent le « dialogue des juges »¹⁰⁴¹ en matière civile. Ainsi, la *Convention de Bruxelles* du 27 septembre 1968 (plusieurs fois modifiée), concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale en constitue un bon exemple.

¹⁰⁴⁰ LYON-CAEN (A.), « Politique (s) jurisprudentielle (s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴¹ Cette expression a été vulgarisée en France par le Commissaire du gouvernement Bruno GENEVOIS dans sa formule : « à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges », Conclusions rendues dans l'affaire Cohn-Bendit, CE du 22 décembre 1978, *D.* 1979. pp. 155-161, *spéc.* p. 161, cité par Laurence BURGORGUE-LARSEN, in « De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz-Sirey, 2009, pp. 95-130, *spéc.* p. 95.

Conclusion du Chapitre 2

646. Le cheminement de l'étude des fonctions du juge a permis de mettre en évidence la nature du rôle de ce tiers, qualifié de trait d'union entre les parties et dont l'office a pour mission d'apporter la pacification sociale. L'étude du droit positif a révélé que le juge étatique ne pouvait y parvenir qu'en faisant preuve de compétence liée à l'organisation procédurale, car l'intérêt de la bonne administration de la justice en dépend. Cependant, la détermination de la juridiction compétente constitue un préalable à toute saisine du juge, ainsi qu'à l'examen du litige au fond. Toutefois, s'agissant de la matière sociale, la légitimité des juridictions du travail suscite des débats parmi certains juristes et économistes. Les premiers arguent que celles-ci doivent disparaître au nom de l'unité de juridiction et de l'absence d'indépendance de certains de ses membres, tandis que les seconds considèrent que la saisine judiciaire et la longueur de procédure occasionneraient des fonds exorbitants. Ainsi, préconisent-ils le recours aux modes alternatifs de règlements pour mettre fin aux litiges individuels du travail.

647. Nous avons vu que le droit du travail était une discipline qui contient de nombreuses normes variées et qu'en cas de conflits entre elles, le juge devrait veiller au respect de la hiérarchie des normes, sans exclure la possibilité d'écarter les normes supérieures au profit des normes inférieures au nom du principe de faveur. Durant ces dernières décennies, ce principe est devenu un principe général du droit du travail en ce qu'il organise l'ordre public social.

648. Par son intervention, le juge, lorsqu'il interprète une règle, participe à la création du droit. Cependant, l'absence d'unanimité en doctrine quant à la reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit n'est pas récente. Les précédents développements nous ont permis de nous aligner sur l'opinion de François GENY et Jean CARBONNIER, qui voient en la jurisprudence une autorité, une source de droit précaire, en ce que sa survie dépend de la réaction du pouvoir législatif qui peut soit l'adopter, soit la défaire. Toutefois, l'étude nous a montré que les normes internationales et régionales, relatives aux droits de l'homme font actuellement partie intégrante du droit du travail. Ce phénomène a également permis, ces dernières années, à la jurisprudence de confirmer son pouvoir normatif en droit social. Dans cette hypothèse, la mise en place d'un dialogue à la fois vertical et horizontal des juges, voire son renforcement, s'avère plus que nécessaire afin d'assurer une bonne justice digne de ce nom dans les pays d'Afrique subsaharienne.

Conclusion du Titre II

649. La compréhension ainsi que l'analyse des principes relatifs au traitement du litige du travail dépassent l'étude réservée aux sciences juridiques. Dès lors, sont également examinés les droits de l'homme qui, par nature, tirent leur origine des normes internationales universelles ou régionales. Bien que confrontés à un phénomène de multiplication d'instances de règlement des litiges, les demandeurs sont appelés à choisir la juridiction compétente devant laquelle ils vont introduire leur action. L'intégralité du contentieux lié aux litiges individuels du travail relève de la compétence exclusive du juge judiciaire.

650. Cette compétence d'attribution est due à la nature du litige né à la suite d'un contrat de travail. C'est la loi, dans une certaine mesure, la jurisprudence qui reconnaît au juge civil une telle compétence, le droit du travail renvoyant aux règles qui le régissent. Le juge du contrat de travail doit être réaliste et ferme en vue d'assurer les garanties procédurales nécessaires à un procès équitable. Si ces garanties procédurales sont souples, elles doivent aussi être efficaces pour la bonne conduite de l'instance.

651. De manière traditionnelle, devant les juridictions du travail, la procédure est orale, c'est-à-dire, publique. Cependant, ces dernières années, on assiste à l'accroissement de l'écrit, lequel s'oppose à l'oralité accusée de générer l'insécurité juridique et l'inégalité des armes entre les parties. Ainsi, l'on peut observer, dans les pays étudiés, que l'écrit a tendance à s'imposer dans les procédures orales, allant jusqu'à la dispense de la comparution des parties.

652. Le juge doit maximiser la force protectrice des droits fondamentaux du procès, tels que les droits de la défense. Il s'agit d'un défi que doit relever le juge africain aujourd'hui, à l'instar du juge français, et de sortir définitivement de sa « fonction pratiquement nulle » que Montesquieu lui a assignée¹⁰⁴². Cela est possible, car on observe qu'en matière de droit des affaires, par exemple, la CCJA, sous la bannière de l'OHADA, parvient à assurer les garanties procédurales, notamment en se prononçant dans les délais raisonnables. Par son intervention, le juge du contrat doit influencer le pouvoir législatif, user davantage de son pouvoir normatif, sans mettre en péril la sécurité judiciaire.

¹⁰⁴² BADARA FALL (A.), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politique en Afrique », *op. cit.*, n° 262.

Conclusion de la Partie I

653. La première partie de notre étude a été consacrée à l'identification des prévisions générales permettant au juge d'exercer sa mission lorsqu'il est saisi dans les litiges individuels du travail. Notre démarche a été complétée d'incursion dans quelques droits étrangers non africains, à savoir le droit français, le droit québécois et le droit anglo-saxon. L'étude des prévisions et prescriptions générales a permis de conclure que concernant des pays examinés, les instances habilitées à résoudre des litiges individuels existent sous la bannière des us et *coutumes* communautaires, même si, dans la plupart de ces pays, elles ne se limitent pas qu'au droit du travail. La modernisation de la société africaine francophone a contribué à la mise en place et au renforcement des juridictions étatiques spécialisées. Cependant, du fait de la mondialisation des économies locales depuis ces dernières décennies, les juridictions étatiques sont victimes de leurs attributions formelles, notamment avec l'accès gratuit à la justice. À cela, s'est ajouté le manque de moyens humains et matériels. Ainsi, on peut admettre que cette situation a pour conséquence, entre autres, l'engorgement des greffes des juridictions du travail et le retard dans le prononcé des décisions.

654. De nombreux justiciables, n'ayant plus confiance au juge étatique, tentent de l'éviter, ayant de plus en plus recours aux alternatives de règlement. Toutefois, cette exclusion du juge étatique n'est que relative. À défaut, sa saisine reste la seule voie possible. Pour autant, les parties doivent s'assurer de la compétence du juge saisi. Aussi doivent-elles démontrer l'existence de la relation subordonnée, en particulier avec le phénomène de *co-employeur*. Cette approche, loin de « déjudiciariser » le règlement des litiges individuels du travail, offre de nombreux avantages, parmi lesquels le gain de temps et la réduction des dilatoires procéduraux grâce à la mise en état. Ainsi, le juge étatique doit intervenir pas uniquement pour trancher tel ou tel litige ou cas d'espèce mais pour orienter les parties, avant la finalisation de la procédure, et homologuer leurs transactions lorsque cela est nécessaire. Quelle que soit la nature de son intervention, le juge étatique se doit de veiller au respect des principes fondamentaux propres à tout procès. Les prévisions et prescriptions générales ayant été identifiées dans le droit positif des cinq pays francophones étudiés, il convient à présent de s'interroger sur les difficultés récurrentes auxquelles doit faire face le juge étatique.

Deuxième Partie – DIFFICULTÉS ET QUESTIONS RÉCURRENTES

655. La nature de la fonction de juge est particulière, elle requiert une remise en question permanente par les pouvoirs publics, afin de répondre aux attentes de plus en plus croissantes des citoyens et des justiciables. En Afrique francophone, la multiplication des scandales judiciaires de ces dernières décennies a permis d'observer un constat : le rejet du juge étatique. Nous pensons que, sans être une fatalité, cette « *crise* » observée dans tous les systèmes judiciaires des pays étudiés, depuis ces trois dernières décennies peut-être résolue, pour autant que les causes soient identifiées. L'importance de la question des fonctions du juge est telle qu'elle mérite qu'on s'y attarde quelques instants.

656. Les difficultés et questions récurrentes relatives aux fonctions du juge dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés sont liées à celles de l'indépendance du juge. Cette question a déjà été examinée par une partie de la doctrine, notamment Messieurs les Professeurs Alioune FALL, Moussa SAMB et Demba SY, qui fait explicitement référence aux « *menaces internes de l'indépendance* »¹⁰⁴³.

657. La question des fonctions du juge est souvent abordée au regard de la question de l'indépendance du juge, indépendance qui nécessite d'être garantie pour parvenir à la création et au maintien de l'État de droit. Ainsi, il importe de retenir une approche plus que globale, sans exclure l'épineuse question des conditions d'exercice, par rapport aux moyens matériels et humains mis à la disposition de l'institution, qui sont des voies d'amélioration indispensables à l'intervention du juge (**Titre 1**). Toutefois, l'ensemble des questions énumérées dépend de la conception que l'on se fait des fonctions du juge. Il convient alors de garder un espoir, même si l'effectivité peut paraître illusoire à certains égards (**Titre 2**).

¹⁰⁴³ FALL (A.B.), « Les menaces de l'indépendance. Les menaces internes », in *L'indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar, 2007, p. 56 ; SAMB (M.), « État des lieux de la justice au Sénégal, réflexions sur une gouvernance en crise », in : *Sénégal 2000-2012* (M. Diop), Karthala Paris, 2013, coll. Hommes et Sociétés, pp.207-246; SY (D.), « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », in : *Le statut du juge en Afrique*, *Afrilex* n°3-juin 2003.pp. 1-19., disponible sur <https://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-condition-du-juge-en-afrique-1.html> (consulté le 8 mai 2016).

Titre 1. LES VOIES D'AMÉLIORATION DE L'INTERVENTION DU JUGE

658. Du point de vue de l'organisation de la procédure devant le juge, on peut constater qu'il existe une convergence entre les droits positifs des pays étudiés. Ainsi, l'on peut retenir que, dans une instance, d'abord, seules les parties introduisent l'instance et elles ont la liberté d'y mettre fin. Ensuite, les parties conduisent l'instance et il leur appartient d'accomplir les actes de procédure conformément aux formes et délais requis. Enfin, le juge a pour rôle de veiller au bon déroulement de l'instance dont il peut impartir les délais. Il reste que ce dispositif énoncé ne permet pas de conclure que, dans une instance, les parties peuvent elles-mêmes mettre fin à un litige sans l'intervention du juge. Ainsi, dans les litiges individuels du travail, les voies d'intervention du juge sont multiples. Elles consistent à ce que le juge autorise, tranche et, dans certains cas, homologue l'acte transactionnel signé par les parties.

659. On peut paraphraser le Doyen Roger PERROT et affirmer que « *l'éminence des fonctions et la gravité des décisions qui peuvent être prises par les juges impliquent, de leur part, des devoirs très particuliers qui vont au-delà des obligations incombant normalement à des fonctionnaire* »¹⁰⁴⁴. Par conséquent, nous pensons que toutes ces voies ont besoin d'être améliorées afin de répondre aux attentes des justiciables et des citoyens qui sont devenus plus exigeants ces dernières décennies, y compris dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés. Par ailleurs, pour ce qui est des possibles voies d'amélioration, nous nous appuyons sur celles relatives à la formation et à la responsabilisation du juge. Il convient donc de démontrer, dans un premier temps que les enjeux du recrutement et de la formation sont à placer au cœur de l'intervention du juge (**Chapitre 1**), et dans un second temps que le respect des garanties et des obligations du juge est une voie nécessaire à son intervention (**Chapitre 2**).

¹⁰⁴⁴ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 17^e éd. par B. BEIGNIER et L. MINIATO, LGDJ, 2018, p.303.

Chapitre 1. Les enjeux du recrutement et la formation

660. Dans le processus de modernisation de la justice en Afrique francophone, le juge est un élément essentiel. De manière générale, comme pour le fonctionnaire, le recrutement du juge étatique dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés constitue une priorité¹⁰⁴⁵. L'État assigne au juge un rôle éminent, il le recrute et le forme pour qu'il tranche les litiges dans sa juridiction d'affectation.

661. On nous enseigne, par exemple, que pendant la période coloniale, s'agissant des pays d'Afrique francophone, le recrutement du juge professionnel se déroulait non parmi les juges métropolitains comme ce le fut le cas pour l'Afrique du nord, mais de manière particulière. Tant par l'accès à la fonction que par la formation, ou encore par les affectations, ou par le statut, les juges d'Outre-mer étaient au cœur d'une stratégie dont le moyen était le droit¹⁰⁴⁶.

662. À la fin XIX^e siècle, dans les métropoles belges et françaises a été créé le premier concours d'accès aux fonctions d'auxiliaire de justice. On observe la même politique aussi bien dans les ex-territoires A.O.F. que dans l'ex-Congo-belge. Le juge appartient à un « corps », celui des magistrats, dont l'organisation et le fonctionnement suscitent parfois des critiques de la « confusion des genres », dans la mesure où il y a unicité entre les magistrats du siège et ceux du parquet. Dans les colonies, le juge était nommé discrétionnairement jusqu'en 1924¹⁰⁴⁷, où l'examen professionnel d'accès à la magistrature coloniale était ouvert aux licenciés en droit. Les élèves de la section magistrature de l'École coloniale étaient tenus de le passer¹⁰⁴⁸, et les candidats admis avaient le statut de magistrat soit à titre provisoire, soit à titre définitif¹⁰⁴⁹. Pour les ex-territoires A.O.F., la formation était assurée à l'École Nationale de Formation d'Outre-Mer (ENFORM).

¹⁰⁴⁵ FALL (A.B.), « Les menaces de l'indépendance. Les menaces internes », in *L'indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar, 2007, p. 56.

¹⁰⁴⁶ FABRE (M.), « Le magistrat d'Outre-mer. L'aventure de la justice », extrait de l'ouvrage : *Le juge et l'Outre-mer : les roches bleues de l'Empire colonial*, éd. Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 73.

¹⁰⁴⁷ S'agissant des ex-territoires AOF, le texte applicable était le Décret du 27 juillet 1905.

¹⁰⁴⁸ FABRE (M.), *op.cit.*, p. 73.

¹⁰⁴⁹ S'agissant de l'ex-Congo belge, le texte applicable était l'Arrêté royal, du 7 juillet 1924, modifié par l'arrêté du Régent du 11 septembre 1948, v. *Codes et lois du Congo belge*, STROUVENS et PIRON Pierre, 6^e éd., Codes LOUWEER, 1948, p.1108.

663. Pour l'ex Congo-belge, c'est l'École coloniale de Bruxelles (ECB) qui assurait la formation. Si aujourd'hui, ce modèle de recrutement hérité de l'époque coloniale est applicable dans les pays concernés, il l'est moins pour la formation. L'absence d'adaptation au contexte du moment est à l'origine de la mise en cause de ces systèmes essentiellement fondés sur la sélection (**Section 1**). Le modèle de recrutement actuel souffrant d'une absence de crédit selon de nombreuses critiques, tant des citoyens, que des justiciables, appelle à combler les déficits de formation (**Section 2**).

Section 1. Les systèmes de sélection en cause

664. On peut constater une certaine convergence dans les pays concernés quant au mode de recrutement du juge. Il est sélectif en amont ; il s'agit d'un concours d'entrée dans la fonction publique, parfois sur titre mais aucun de ces pays ne recrute ses juges par voie d'élection, comme c'est le cas dans les pays de la *Common Law*.

665. En revanche, il existe une divergence dans leur encadrement. En effet, à la différence des autres pays étudiés¹⁰⁵⁰, à ce jour, la République démocratique du Congo est le seul pays de l'Afrique francophone à ne pas disposer de Centre de formation pour les personnels judiciaires¹⁰⁵¹.

666. En d'autres termes, à l'issue de leur concours, les candidats admis ressortissant des quatre pays concernés, entrent, en qualité d'auditeurs de justice, au Centre de formation professionnelle où ils bénéficient d'un temps de scolarité et d'un temps de stage en juridiction. Ceux de la RDC apprennent leur métier sur le tas, le plus souvent aux côtés des plus anciens, dans les juridictions d'affectation. Dans tous ces pays, le juge stagiaire participe à l'activité de la juridiction à laquelle il est affecté, sans pouvoir rendre de décisions¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ L'ÉNAM du Cameroun est la plus ancienne école, restée active. Le Centre de formation judiciaire du Sénégal date de 1995, consacré par le décret n°95-20 du 6 janvier 1995, il a succédé à l'ÉNAM créé en 1975. L'Institut national de formation judiciaire du Mali a été fondé par l'Ordonnance n°37/P-RM du 15 août 2001. La Guinée s'est récemment dotée d'un Centre de formation judiciaire grâce au décret D/2017/147/PRG/SGG du 27 juin 2017. Tous ces centres assurent tant la formation initiale que la formation continue des juges.

¹⁰⁵¹ Il convient d'observer que de 1960 au milieu des années 1970, la formation des juges était assurée à l'ÉNDA au sein de laquelle il existait une section de magistrature. Cependant, depuis le mois de février 2019, les bailleurs de fond traditionnels dont l'Union européenne ont fait un don d'un centre de formation du personnel judiciaire « INAFORJ » qui, à ce jour, bien qu'inauguré au mois de juillet de la même année n'est pas encore opérationnel, faute de financement local.

¹⁰⁵² COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 17^e éd., 2014, p.121.

Cependant, dans l'un¹⁰⁵³ comme dans l'autre cas, le modèle actuel de recrutement connaît des limites (§1). Si après leur nomination, certains sont des généralistes pendant toute leur carrière, face au besoin d'adaptation de la société, d'autres font le choix de se spécialiser dans divers domaines. Il n'en demeure pas moins que si la spécialisation possède des atouts, elle comporte une faiblesse dans la carrière du juge (§2).

§1. Les limites du modèle du recrutement classique

667. La convergence en ce qui concerne le mode actuel du recrutement du juge, comme celui des autres acteurs de la justice étatique, ne date d'hier. Cependant, force est de constater que ce mode de recrutement connaît des limites qui nécessitent une adaptation réelle, au regard des conséquences observées. En effet, dans certains pays, comme la R.D. Congo, par exemple, ces dernières années, ce mode de recrutement a été à l'origine d'un scandale administratif.

668. En effet, le recrutement du juge, sans passer par une école de formation, fait partie des conditions générales d'accès à la fonction publique. Or, est fonctionnaire celle ou celui qui peut simplement apporter la preuve d'un numéro matricule délivré par le ministère de la fonction publique, ce qui favorise la fraude dans les effectifs des vrais fonctionnaires, y compris dans la magistrature. Ainsi, à la fin de l'année 2017, une commission d'enquête¹⁰⁵⁴, créée par le ministère congolais de la justice, a pu identifier plus de 200 faux magistrats, dont certains occupaient des postes importants, comme chefs de juridictions, d'autres n'avaient pas de diplômes universitaires, et jamais suivi de formation juridique, etc.

¹⁰⁵³ S'agissant de la RDC, on peut noter que le législateur a tout prévu, du moins, en théorie. Une panoplie des textes, parfois confuse, tels que la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats, parle de l'existence d'une École supérieure de la magistrature qui n'a jamais été créée. La Résolution n°001/2011 du 26 mai 2011 portant adoption et mise en application du Code d'éthique et de déontologie des magistrats ; la Circulaire n°001/2012 du 13 février 2012 portant relèvement de la discipline des magistrats ; la Circulaire n°0014/D.088/IM/PGR/2010 du 17 février 2010 relative à la bonne marche de service ; la Circulaire conjointe n°001 du 06 janvier 2011 relative au déplacement des magistrats du siège et du parquet ; le Circulaire n° 5659/D.008/IM/252/PGR/SEC/2011 du 19 octobre 2011 portant interdiction d'accès au PGR sans invitation, etc. À chaque fois, on assiste à une sorte de farce institutionnelle, une improvisation dans la manière de gérer l'État car tous ces textes lorsqu'ils ne sont pas lisibles, ne sont respectés ni appliqués, donc inutiles parce qu'ils génèrent une incohérence apparente. En réalité, les choses fonctionnent à l'ancienne.

¹⁰⁵⁴ Il s'agit de la commission spéciale du CSM chargée de la vérification des dossiers administratifs et du contrôle physique des magistrats, mise en place dès le mois d'octobre 2017. V. www.radiookapi.net/2018/03/20/actualite-justice/enquete-sur-des-dossiers-des-magistrats (consulté le 2 avril 2019) ; www.rfi.fr/afrique/2018/01/30/-rdc-chasse-magistrats-faussaires-justice (consulté le 02 avril 2019).

669. Néanmoins, dans la mesure où ces personnes ont pu rendre des jugements, la question de la valeur juridique de ces décisions ne se pose pas, si l'on applique la fameuse « *théorie du fonctionnaire de fait* »¹⁰⁵⁵, développée en droit comparé en France et en Belgique. L'exemple le plus célèbre est, sans doute, *l'affaire dite des époux de Montrouge*¹⁰⁵⁶. Si aujourd'hui, le juge est recruté par voie de concours, avant sa prise de fonction, il a besoin d'acquérir une formation initiale. Il va de soi que tout au long de sa carrière, une actualisation obligatoire de ses connaissances doit se faire au moyen d'une formation continue, ce modèle nécessitant une adaptation au contexte de la société.

A - La nécessité d'équilibrer les modes du recrutement

670. Traditionnellement, la voie d'accès privilégiée à la fonction de juge est celle du Centre de formation judiciaire, il s'agit d'un tronc commun. Selon les cas, il peut s'agir du « concours étudiant » et du « concours de fonctionnaires ».

671. Ce type de recrutement a l'avantage non seulement d'assurer l'égalité des chances, mais aussi d'encourager l'accès aux jeunes dans la profession de juge. Pour autant, ce mode n'échappe pas aux critiques qui convergent avec celles observées en droit comparé, à l'instar de celles formées par une doctrine majoritaire française¹⁰⁵⁷, y compris au niveau de la direction de l'ENM¹⁰⁵⁸. L'autre mode d'accès, est celui réservé aux candidats qui, en raison d'une ou de plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats de membre d'une

¹⁰⁵⁵ Cette théorie est applicable en droits administratifs français et belge. Son objectif est d'atténuer les conséquences préjudiciables de l'incompétence légale d'un fonctionnaire. Elle s'applique de manière large, dans le souci de sécurité juridique des actes administratifs.

¹⁰⁵⁶ C.cass., 17 août 1883. En l'espèce, la Haute juridiction avait considéré que ces mariages étaient néanmoins valables.

¹⁰⁵⁷ GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), ces éminents auteurs relèvent que jusqu'en 2009, « on s'étonnera que les épreuves écrites du concours étudiants ne comportaient aucun contrôle de procédure civile et de procédure pénale (sans même parler du droit du procès dans le sens du droit commun du procès équitable), ce qui conduisait les candidats, tout naturellement, à négliger ces matières et l'école de la magistrature à introduire des enseignements de procédure pour compenser ce déficit ! Un comble si l'on veut bien songer un seul instant que la formation initiale doit précéder l'entrée des candidats et que le jeune magistrat accomplira des actes de procédure, tant au civil qu'au pénal, tout au long de sa carrière et souvent, malheureusement, dès le début de sa carrière comme juge d'instruction (Cf. l'affaire d'Outreau). La faveur, la prime donnée aux candidats publicistes ou issus d'une formation de sciences politiques, par le jeu des coefficients, aggravait la situation augurait mal de la compétence technique des futurs juges », *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 14^e éd., p.210 à 211.

¹⁰⁵⁸ Cf. *le discours du directeur*, M. Olivier LEURENT, le 29 août 2016 devant la promotion (366 élèves) revenant de son stage d'avocat : « *rappelez-vous constamment que notre recrutement, même au terme d'un concours difficile ou sur titres consacrant un parcours élogieux, ne nous donne néanmoins aucune légitimité définitivement acquise pour juger nos concitoyens* », propos rapportés par P. ROBERT-DIARD, JCP 2016, 946, cités par S. GUINCHARD, A. VARINARD, Th. DEBARD, *op.cit.*, p. 210 à 211.

assemblée élue ou encore des fonctions juridictionnelles à titre non professionnel, par exemple, juges consulaires.

672. À ces modes de recrutement, s'ajoute celui réservé aux personnes qui, en raison de leurs titres professionnels¹⁰⁵⁹, y compris, universitaires, sont dispensées des épreuves du concours d'entrée, par exemple, certains enseignants d'université, etc. En droit comparé, ce mode de recrutement a été conçu comme exceptionnel, mais il a été assez largement utilisé au cours de ces dernières années en France, eu égard à l'insuffisance des effectifs de juges¹⁰⁶⁰. Ainsi, comme le nombre de candidats recrutés sur titres ne peut dépasser le tiers de chaque promotion d'auditeurs de justice, ce chiffre paraît faible.

673. Comme pour les conditions d'entrée au Centre de formation des avocats, le seul fait d'un concours n'est pas significatif de l'aptitude d'un candidat à intégrer un corps professionnel. La magistrature, de manière générale, gagnerait davantage en laissant plus de place aux juristes expérimentés. La « maturité »¹⁰⁶¹ étant l'une des garanties supplémentaires de compétence que les justiciables attendent du juge, n'importe quel juriste ne peut prétendre devenir juge.

¹⁰⁵⁹ S'agissant de la RDC, l'article 3 de la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats dispose que : « sont dispensés du concours, les candidats qui ont exercé comme avocat durant au moins cinq ans ». Cette disposition est floue, voire incomplète, car elle ne précise pas s'il s'agit du nombre d'années d'inscription au Tableau de l'Ordre des avocats ou du nombre d'année d'exercice effectif. En d'autres termes, un avocat inscrit depuis au moins cinq ans au Tableau, mais qui n'a pas exercé et n'a pas sollicité son omission volontaire peut s'en prévaloir et intégrer la magistrature sans passer le concours d'entrée à la profession de magistrat. En revanche, l'article 11 de la loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats en Guinée paraît plus claire lorsqu'elle dispose que : «Peuvent être nommés magistrats : les avocats inscrits au Barreau guinéen et ayant au moins quinze années de pratique professionnelle ».

¹⁰⁶⁰ COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), *Procédure civile, op.cit.*, p.122.

¹⁰⁶¹ Le juge lorsqu'il a prêté serment, en principe, travaille seul. Son indépendance en dépend. Or, l'âge du juge, particulièrement au début de sa carrière, constitue un élément non négligeable. Ainsi, ne serait-il pas plus raisonnable que durant les cinq premières années de sa carrière, par exemple, un juge provisoire soit nommé afin de bénéficier de plus d'encadrement de ses « mentors ». En droit comparé, la doctrine majoritaire française affirme à ce propos : « L'éminence de la fonction implique de s'assurer de l'éminence de la personnalité ; rien ne permet à 25 ans (voire moins) de faire ce genre de preuve et aucune école ne peut enseigner les autres qualités requises », S. GUINCHARD, « La vie judiciaire » 5-9 octobre 1994, cité in *Institutions juridictionnelles, op. cit.*, p. 212. Monsieur le Professeur KLEIN n'a pas hésité de souligner que « l'âge de la sérénité doit être intégré dans les conditions d'accession à la fonction non pas comme un maximum, mais comme un minimum » (KLEIN (Th.), « La fonction de juge », in *Mélanges PETTITI*, BRUYLANT, 1998, p. 507). Selon Monsieur le Président CANIVET, la justice de base devrait être confiée aux « magistrats qui ont déjà de l'expérience », les plus jeunes sortant de l'École devant d'abord exercer des fonctions collégiales, au sein des cours d'appel : « il ne faut plus construire son expérience professionnelle comme juge unique dans un TGI ou comme juge d'instruction », G. Canivet, interview au *Figaro Magazine* 5 nov.2004, cité par GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DÉBARD (Th.), *op. cit.*, p. 215.

674. En effet, nous rejoignons la doctrine majoritaire lorsqu'elle affirme : « Le magistrat n'est pas un fonctionnaire comme les autres, ne faut-il pas voir les choses différemment, sous l'angle des intérêts des justiciables, et sous cet angle seulement, et poser en principe qu'il n'est pas un professionnel du droit comme les autres ? En sortant de l'ENM, il ne s'installe pas pour créer et faire fructifier une clientèle. Il intervient dans la vie des affaires, mais aussi dans celle de ses concitoyens. Ses décisions seront lourdes de conséquences pour ceux qui n'ont pas le choix de leur juge, de s'adresser à un autre s'il est incompetent, vulgaire, inhumain etc. »¹⁰⁶².

675. D'autre part, selon Monsieur le Professeur Guy CARCASSONNE, la garantie se trouve dans le sens de la responsabilité qu'a le juge et de l'envie qui est la sienne de le défendre contre toute mise en cause, intérieure comme extérieure¹⁰⁶³. Ainsi suggère-t-il, que la première épreuve devrait porter non sur le droit mais sur la philosophie, et être éliminatoire¹⁰⁶⁴. La reconnaissance passe par la connaissance et la connaissance par sa sanction naturelle, à savoir la responsabilité du juge : les deux sont liés¹⁰⁶⁵.

676. D'une certaine manière, la nécessité d'adapter le mode traditionnel du recrutement dépasse les frontières des pays concernés. Ainsi, en droit comparé, ces dernières années, la doctrine majoritaire s'est beaucoup intéressée à la question. Un auteur a pu souligner que, « dans une société normalement constituée, les fonctions judiciaires devraient être confiées à des hommes d'expérience qui se sont signalés depuis longtemps par la droiture de leur esprit et dont les compétences ont été unanimement appréciées au cours d'une vie professionnelle de plusieurs dizaines d'années »¹⁰⁶⁶. À partir de là, tout est possible, il suffit d'élaborer une procédure de sélection souple, mais offrant toutes les garanties d'un recrutement impartial¹⁰⁶⁷. Ce système est retenu dans les pays de la *Common Law*, s'agissant de mettre l'accent sur le recrutement latéral.

¹⁰⁶² GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁶³ CARCASSONNE (G.), « Rapport introductif », *L'indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar, 2007, p. 45.

¹⁰⁶⁴ CARCASSONNE (G.), « Rapport introductif », in *L'indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, op.cit.

¹⁰⁶⁵ GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DÉBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 212.

¹⁰⁶⁶ LAMARQUE (J.), in *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p. 152.

¹⁰⁶⁷ GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DÉBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, op.cit., p.213.

677. Le recrutement par tour extérieur est l'un des modes de recrutement des juges, utilisé non seulement en France et Belgique, mais également dans les pays de la *Common Law* du Royaume Uni¹⁰⁶⁸, y compris au Québec¹⁰⁶⁹ où il constitue la règle. Il existe des similitudes dans ces deux pays, dans la mesure où le recrutement du juge est basé sur l'expérience professionnelle d'au moins 5 années d'exercice effectif, accessible aux justices. La particularité de ce mode de recrutement tient au fait qu'il permet une intégration directe dans un poste de magistrat sans passer par la scolarité du Centre de formation judiciaire¹⁰⁷⁰. Il n'est qu'un recrutement complémentaire.

678. La formation initiale est cependant largement compensée par l'expérience et par la déontologie qu'ils ont généralement connue dans leur ancienne profession¹⁰⁷¹. Il existe aussi des différences quant à la mise en œuvre de ce recrutement comme par exemple au Sénégal, et parfois même dans le silence des textes comme au Mali, où on trouve des juges recrutés par cette voie, notamment dans certaines provinces pour pallier la pénurie d'effectifs d'appoint.

679. Néanmoins, s'agissant de la culture juridique civiliste, nous rejoignons Monsieur Denis SALAS lorsqu'il affirme que « le recrutement par tour extérieur reste ponctuel et qu'il n'a pas le même prestige. 'le recruté latéral', reste tout au long de sa carrière un « recruté latéral », notamment dans les petites juridictions de province. S'il n'est pas considéré comme un intrus, il est « accueilli » dans la profession »¹⁰⁷². Cette voie de recrutement n'a jamais eu les faveurs de l'ordre judiciaire, on lui reprochait notamment, « par esprit de corps », d'octroyer à des

¹⁰⁶⁸ La Loi de révision constitutionnelle (*Constitutionnal Reform Act « CRA »*) a été votée par le parlement en mars 2005. Elle a créé la *Judicial Appointment Commission « JAC »*, un organe indépendant entièrement financé par le *Lord Chief Justice* (Président des toutes les juridictions du Royaume Uni) et opérationnel depuis 2006. La JAC consacre un mode de désignation plus transparent ; elle a instauré le système de concours pour les postes judiciaires vacants, leur promotion ainsi que leurs détails. Pour devenir juge permanent, il n'y a pas de limite d'âge minimum ni de maximum. La seule limite porte sur l'âge du départ à la retraite pour les juges qui est de 70 ans. Quant aux conditions d'études, des connaissances et une expérience professionnelle dans le domaine du droit sont requises entre cinq et sept ans effectifs, *Lord Judge, The Lord Chief Justice*, lors de la cérémonie *d'Equality in Justice Day*, oct. 2008, disponible sur [www. Judiciary.uk/about-the judiciary/judges-career-paths/becoming-a-judge/](http://www.Judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-judge/) (consulté le 19 août 2019).

¹⁰⁶⁹ Le recrutement des juges se fait à la demande du ministère de la justice, sur proposition d'une municipalité ou d'un tribunal. Une annonce publiée dans le *Journal du Barreau du Québec* donne les détails liés. L'article 87 de la Loi sur les tribunaux judiciaires dispose : « il faut être avocat régulièrement inscrit, exercer sa profession pendant au moins dix années. Se soumettre à un entretien devant un comité de sélection qui vérifie les qualités personnelles et intellectuelles, l'intégrité, les connaissances, l'expérience professionnelle ainsi que la motivation du candidat. Le comité fait son rapport sur la liste des candidats retenus et le soumet au ministre de la justice qui est libre de retenir ou pas un candidat » (L.R.Q., Chapitre T-16).

¹⁰⁷⁰ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 3^e éd., 2017, p. 335.

¹⁰⁷¹ SALAS (D.), « *Les enjeux de la formation des juges* », *op.cit.*, p. 10.

¹⁰⁷² *Idem.*

personnalités extérieures des postes qui auraient pu être pourvus par voie interne, par des magistrats passés par « les fourches caudines de l'ENM »¹⁰⁷³.

680. Ces dernières années, dans la plupart des pays concernés, le recours à ce mode de recrutement, bien que faible, est maintenu, mais il s'est diversifié. On recense désormais un recrutement latéral avec intégration à titre définitif et un recrutement latéral avec intégration à titre temporaire¹⁰⁷⁴.

681. S'agissant de la première catégorie, la liste des personnes pouvant être ainsi intégrées directement est limitativement donnée par les textes¹⁰⁷⁵. Il peut s'agir d'avocats et de greffiers en chef, ainsi que de certains fonctionnaires du ministère de la justice, à la double condition d'être titulaires d'une maîtrise en droit et d'avoir au moins sept années de services effectifs en cette qualité. Figurent également sur la liste, les conseillers d'État en service ordinaire, les maîtres des requêtes au Conseil d'État ayant au moins dix ans de fonction, les professeurs de facultés de droit ayant enseigné pendant au moins dix ans, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, entre autres.¹⁰⁷⁶ En toute hypothèse, l'intégration fait l'objet d'un contrôle préalable rigoureux, notamment par le biais d'un stage probatoire organisé par l'ENM¹⁰⁷⁷. Les législations des deux pays concernés semblent être avancées, à l'instar de la loi camerounaise qui consacre le recrutement latéral aux universitaires, sous certaines conditions¹⁰⁷⁸. Il en va de même de la récente loi sénégalaise qui paraît ouverte en ce qu'elle inclut les universitaires politologues¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, op.cit. p. 335.

¹⁰⁷⁴ *Idem.*

¹⁰⁷⁵ *Idem.*

¹⁰⁷⁶ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, op.cit. p. 336.

¹⁰⁷⁷ *Idem.*

¹⁰⁷⁸ L'article 14.4 du Décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature, dispose : « Par dérogation aux dispositions qui précèdent peuvent être intégrés directement après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature. a) au deuxième grade et nommés à un emploi dudit grade, les avocats et les chargés de cours à la faculté de droit visés à l'article 11 paragraphe 2 alinéa b ci-dessus. b) au troisième grade et nommés vice-présidents à une cour d'appel les professeurs agrégés des facultés de droit et les professeurs titulaires du *Doctor of Laws* (L.L.D.), ils ne peuvent être nommés avant deux ans à un autre emploi. »

¹⁰⁷⁹ Le statut des magistrats sénégalais date de 1992 avec la loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992, modifiée successivement par les lois organiques : n° 94-61 du 9 août 1994, n° 96-30 du 21 octobre 1996, n° 2000-23 du 9 février 2000 et plus récemment avec la loi organique n° 2017-10 du 17 janvier 2017. Les dispositions des articles 40 et 41 traitent du recrutement latéral pour les juridictions des 1^{er} et second degrés. Ainsi, aux termes de l'article 40 alinéa 2, on peut lire que « les administrateurs des greffes et les greffiers en chef titulaires d'une maîtrise, d'un master en droit ou d'un diplôme équivalent, ayant exercé leur profession depuis (10) années au moins, peuvent être recrutés, en qualité d'auditeur de justice, après avis du CSM ». L'article 41 dispose que : « les candidats recrutés, au titre de l'article 40 alinéa 2 de la présente loi organique, reçoivent une formation, d'une durée de dix huit (18) mois ». Alors que les articles 70 et 71 traitent dudit recrutement à la Cour suprême. L'article 70, alinéa 2 dispose que : « Peuvent également être nommés dans ces emplois, les professeurs titulaires

682. Quant à la seconde catégorie, elle regroupe les personnalités extérieures au monde judiciaire en leur proposant d'intégrer provisoirement la magistrature¹⁰⁸⁰. L'idée est de permettre un enrichissement du milieu judiciaire par des expériences diverses. Elle n'est cependant pas sans susciter certaines craintes sur l'indépendance de ces magistrats à l'égard des milieux dont ils sont issus ou quant à leurs qualités morales et intellectuelles¹⁰⁸¹.

683. Pour ce qui est de l'État de droit dans les pays d'Afrique francophone étudiés, quel que soit le mode de recrutement retenu, la rigueur s'impose. Si, en droit comparé, on a pu parler de ce sujet, c'est notamment grâce à l'apport de la doctrine, de la presse et du courage de certains magistrats qui n'ont cessé de dénoncer les scandales judiciaires, comme l'affaire Marc Dutroux¹⁰⁸² en Belgique, l'affaire d'Outreau¹⁰⁸³ en France, qui en sont de parfaites illustrations.

684. Mais dans les cinq pays concernés par notre étude, on constate une convergence quant aux conditions de travail du juge qui sont difficiles. Cependant, dans la mesure où l'on s'accorde sur le fait que le juge n'est pas un fonctionnaire comme les autres, notamment dans la prise en compte des revendications de son statut (en termes d'avantages de rémunération et

des facultés de sciences juridiques et politiques comptant vingt-cinq années d'exercice effectifs de la profession ou de carrière dans les services publics, après avis du CSM. » Cette loi organique consacre en outre une catégorie, pour le moins originale, celle des magistrats « délégués ». Tel est le sens de l'article 71 alinéa 2 qui dispose en ces termes : « Peuvent également être nommés en qualité de conseiller délégué ou d'avocat général délégué, les avocats comptant vingt-cinq années d'exercice effectif de leur profession. »

¹⁰⁸⁰ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, op.cit., p. 336.

¹⁰⁸¹ *Idem*.

¹⁰⁸² L'affaire DUTROUX, une affaire criminelle, a fait la « Une » des médias à l'échelle mondiale en 1996. Elle portait sur des viols et des meurtres d'enfants et de jeunes adolescents, ainsi que d'activités relevant de la pédophilie. D'une atrocité historique, elle a permis de découvrir les dysfonctionnements de la Justice et les rivalités policières en Belgique. V. https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Dutroux, (consulté le 30 août 2019).

¹⁰⁸³ L'affaire d'Outreau, est une autre affaire pénale d'abus sur mineurs (viols, agressions sexuelles, corruption et proxénétisme) concernant des faits qui se sont déroulés entre 1997 et 2000. A l'instar de la précédente, elle a mis en évidence les dysfonctionnements de l'institution judiciaire et les médias. L'apport de cette affaire, concerne la justice, car, tous les échelons de l'appareil judiciaire sont mis en cause. La gravité des faits ont permis la mise en place d'une Commission parlementaire, dont Le rapport a régulièrement mis en avant le problème de la « solitude du juge d'instruction ». Les parlementaires ont souligné, à plusieurs reprises qu'il paraissait difficile de continuer à laisser le juge d'instruction prendre autant de décisions aussi importantes sans se référer tout au moins en discuter avec qui que ce soit. Un autre problème est apparu, est celui de l'inexpérience des juges « sortant de l'école ». À cet effet, un parlementaire a ainsi indiqué que pour des affaires d'une telle importance, un délai de cinq ans d'expérience semblait être un minimum. En l'espèce, il s'est avéré que, dans l'une des juridictions concernées, il n'y avait que trois juges d'instruction, dont le plus expérimenté n'avait, à l'époque des faits, qu'un an et demi de pratique. V. https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Outreau, (consulté le 30 août 2019) ; Rapport de la Commission d'enquête parlementaire (1) chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite 'Outreau : www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp#P8904_2796019 (consulté le 30 août 2019) ; J. PRADEL, « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 », *JCP* n° 14, 4 avril 2007, I 138 ; P. JOXE, « L'affaire d'Outreau et les enfants, in *Après-Demain* », (2010/3 n°15, NF), pp.12-15 ; Robert SCHERHR, « L'affaire d'Outreau and the Parliamentary Investigation Commission », in *the Wrongful Conviction blog*.

de conditions de travail) spécifique, l'État, puis les justiciables, sont en droit d'attendre de lui une série des qualités¹⁰⁸⁴ irréprochables, en particulier des qualités intellectuelles et morales, loin de toute corruption.

685. Ce dernier fléau qui cause tant de préjudices aux économies et aux justiciables est à l'origine de la perte de confiance en la justice étatique dans les pays étudiés. L'équilibre dans les modes de recrutement est une bonne chose, mais il faut aller plus loin, notamment dans la vulgarisation au sein des milieux universitaires, par exemple, afin que tout le monde prenne conscience de la nécessité d'avoir des juges compétents dans un État de droit digne de ce nom.

686. Nous pensons que le « concours étudiant » doit se faire dans une proportion limitée. Il convient de privilégier le recrutement par tour extérieur sur la base de critères plus sévères, comme c'est le cas dans les pays de la *Common Law* et au Québec, voire en Belgique et en France. Les législateurs sénégalais et camerounais semblent avoir compris l'importance de la question.

687. Nous rejoignons deux éminents auteurs qui relèvent, à juste titre, que « l'acte de juger ne se résume pas à l'application de la loi, mais il exige une compétence qui excède la qualification délivrée par l'ENM ; il ne suffit pas d'être bon juriste pour être bon juge : il faut y ajouter des qualités de cœur, d'efficacité et aussi de l'expérience »¹⁰⁸⁵, le *savoir-être* et le *savoir-faire*, sans quoi toute compétence serait vaine. Ainsi, la question de la légitimité du juge ne se poserait plus à chacune de ses interventions lors d'un litige individuel du travail. Cela va sans dire que le fait d'être nommé à une juridiction ne doit pas empêcher le juge de maintenir le contact avec l'extérieur, par le dialogue, même si cela dépasse les frontières du « corps judiciaire » auquel est attaché le juge judiciaire.

¹⁰⁸⁴ Faisant allusion aux qualités du juge au Royaume Uni, Lord Judge, the Lord Chief Justice déclarait : « *Many qualities are required of a Judge...He or she must of course know the law, and know how to apply it, but the Judge must also be wise to the ways of the world. The Judge must have the ability to make a decision* », allocution prononcée lors de l'Equality in Justice Day, oct.2008, [www. Judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-judge/](http://www.Judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-judge/), (consulté le 19 août 2019).

¹⁰⁸⁵ GARAPON (A.) et SALAS (D.), *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Le Seuil, 2006, p. 144 s.

B - Le besoin de dialogue entre les juges et les acteurs du système

688. Selon un auteur, l'expression « dialogue » serait apparue dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle¹⁰⁸⁶. Tout d'abord utilisé en philosophie, en particulier par Platon et Aristote à propos des entretiens philosophiques, le terme ne passe dans le français usuel qu'au XVI^{ème} siècle avec le sens d'« entretien entre deux ou plusieurs personnes » et s'emploie spécialement pour l'échange verbal des personnages de théâtre, pour s'étendre par la suite à ceux du cinéma, de la radio et de la télévision¹⁰⁸⁷. Au XX^{ème} siècle, enfin, « il a développé le sens de 'discussion, négociation', dans le vocabulaire politique et syndical », on parlera ainsi de dialogue social¹⁰⁸⁸.

689. S'agissant des pays d'Afrique francophone, avec la justice traditionnelle, le dialogue a toujours existé, généralement sous l'arbre à palabres, après que chacun est rentré de la chasse ou des champs. Ce dialogue social est le fondement même de l'équilibre sociétal de toutes les époques. En effet, dans une communauté, les qualités du chef, qui fait également office de chef de juridiction, sont confirmées par sa capacité à entretenir le dialogue de façon permanente, à l'interne comme à l'externe, pour une paix sociale.

690. Le chef n'agit pas seul, il a des juges-collaborateurs qu'il a choisis, soit en raison de leur appartenance à un lignage noble, soit en raison de leurs qualités dûment approuvées au sein de la communauté. Ces derniers ont généralement une grande expérience de la vie et des hommes, ils sont, pour la plupart âgés. Aucun recrutement improvisé n'est possible. Pendant l'exercice de ses fonctions, ce juge peut soit se référer aux méthodes de juger, soit aux décisions de ses collègues qui sont réputés pour leur sagesse, la théorie de « *précédents* » occupant une place de taille. La collaboration mutuelle et les échanges d'avis sont possibles. D'une certaine manière, le dialogue serait l'exutoire de tensions détournées et d'affrontements¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ COSTA (J.-P.), « Le dialogue du juge avec lui-même », in : *Le dialogue des juges, Mélanges Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p.195.

¹⁰⁸⁷ LAMY de (B.), « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », in *La qualité de la norme*, colloque du 13 novembre 2014, à l'Université de Bordeaux, *Mare et Martin*, 2016, p. 335.

¹⁰⁸⁸ *Idem*.

¹⁰⁸⁹ LAMY de (B.), « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », in : *La qualité de la norme*, colloque du 13 novembre 2014, *op. cit.*, p. 335.

691. En droit moderne, l'expression est née pour désigner paradoxalement le phénomène de confrontation des juges qui ne parlent pas la même langue juridique et qui n'ont donc pas le trait d'union indispensable au dialogue¹⁰⁹⁰. En revanche, l'expression de dialogue des juges semble avoir bousculé la hiérarchie des normes et attisé l'inquiétude chez une partie de la doctrine. Soulignons ici les propos du Professeur Xavier MAGNON : « Aucun écrit doctrinal consacré, plus ou moins largement, aux rapports de système ne semble faire l'économie de l'usage de cette expression, soit pour lui accorder une place privilégiée si ce n'est préférentielle par rapport à la première, soit que la hiérarchie des normes n'est tout simplement plus mentionnée, le caractère suranné du concept ne méritant plus qu'il ne soit évoqué »¹⁰⁹¹.

692. Selon la thèse de Chloé CHARPY, il semblerait que Nicole QUESTIAUX ait été la première¹⁰⁹² à retenir l'expression de « dialogue de techniciens de la justice »¹⁰⁹³, avant qu'elle ne soit transformée pour la postérité¹⁰⁹⁴ en droit français. Quant à la paternité de l'expression « dialogue des juges » elle est attribuée à Monsieur le président Bruno GENEVOIS, alors Commissaire du gouvernement, qui l'a utilisée dans sa formule : « *à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges* »¹⁰⁹⁵, lors des conclusions rendues dans la célèbre *affaire Cohn-Bendit*¹⁰⁹⁶.

693. Depuis l'affaire Daniel Cohn-Bendit, le dialogue des juges figure partout¹⁰⁹⁷, le thème est constamment repris par la doctrine en France¹⁰⁹⁸, en Belgique¹⁰⁹⁹ et au Royaume-Uni¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁰ *Idem*.

¹⁰⁹¹ MAGNON (X.), « L'expression de « dialogue des juges », peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », article disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725330/document>, (consulté le 21 août 2019), p. 1.

¹⁰⁹² CHARPY (C.), *Les rapports de systèmes constitutionnels et européens de protection des droits fondamentaux en France*, Thèse, Aix-en-Provence, 2016, p. 345.

¹⁰⁹³ QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS*, LGDJ, 1974, p. 387.

¹⁰⁹⁴ MAGNON (X.), *op. cit.*, p.3.

¹⁰⁹⁵ BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, pp. 95-130, spé. p.95.

¹⁰⁹⁶ CE du 22 décembre 1978, D. 1979, pp.155-161, spé. p. 161.

¹⁰⁹⁷ BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le dialogue des juges. L'ère dialogue en question(s). De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p.771.

¹⁰⁹⁸ DELMAS-MARTY (M.), « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.305-316 ; GARDIÈS (J.-L.), « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », in *Archive de philosophie du droit, tome 29 Dialogue*,

Et les juges africains ne sont pas en reste¹¹⁰¹. L'expression de « dialogue des juges », devenue pourtant habituelle dans le langage juridique ne figure dans aucun lexique des termes juridiques, alors qu'elle est constamment employée en doctrine.

694. L'analyse du dialogue des juges implique de l'appréhender non comme un sujet de sociologie judiciaire, mais comme une manière de dire le droit, de le découvrir ou de le fabriquer¹¹⁰². Si ces dernières années, le dialogue des juges a suscité beaucoup d'intérêt parmi la doctrine et les juges eux-mêmes, c'est sans doute parce qu'il recèle en lui le germe d'une conception, sinon nouvelle, du moins différente, du droit et de la justice¹¹⁰³.

695. Le juge, traditionnellement considéré comme un automate qui ne peut parler que de manière anonyme au nom de la loi¹¹⁰⁴, la « bouche de la loi », selon l'expression de Montesquieu, ce mythe n'appartient manifestement plus à la réalité. Ainsi, ces dernières années, le juge est devenu un acteur incontournable de la société, visible à tous les niveaux, tout cela se traduit, par une « montée en puissance »¹¹⁰⁵.

696. Parallèlement à cette montée en puissance, les juges entretiennent des relations de plus en plus étroites entre eux, et ce, par delà les frontières¹¹⁰⁶. Ces relations peuvent « prendre des

dialectique en philosophie et en droit, Paris, Sirey, 1984, pp.169-174 ; GREWE (G.), « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.505-517 ; GUILLOUD-COLLIAT (L.), « Le dialogue des juges dans l'Union européenne », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp.165-180.

¹⁰⁹⁹ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n°2008/2, vol.61, pp.109-129 ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, 596 pages ; OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURRETZ (P.), (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, coll. Philosophie, 1991, pp.241-272.

¹¹⁰⁰ DAVIES (G.), « The legitimising role of Judicial Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », PhD Thesis, Cardiff University, 2017 ; ARNULL (A.), « Judicial Dialogue in the European Union », Oxford Scholarship Online, Jan. 2013.

¹¹⁰¹ Voir en ce sens, la 1^{ère} visite de travail des juges de la Cour de justice de la CEDEAO à la Cour de justice des droits de l'homme à Arusha. Rapport disponible sur www.fr.african-court.org/images/Speeches/FR_open_Prez_ECOWAS_Arusha.pdf. (Consulté le 21 août 2019).

¹¹⁰² FRYDMAN (B.), Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, article disponible sur www.philodroit.be/IMG/pdf/B_FRYDMAN_Conclusion_Le_dialogue_international_des_juges_30_mars_2007.pdf, (consulté le 21 août 2019).

¹¹⁰³ *Idem*.

¹¹⁰⁴ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n° 2008/2, vol. 61, p. 109.

¹¹⁰⁵ DELAMS-MARTY (M.), « La mondialisation et montée en puissance des juges », in : *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice*, 2007, pp. 95-114.

¹¹⁰⁶ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n° 2008/2, vol. 61, p. 110.

formes très diverses : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échange d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. »¹¹⁰⁷. Le dialogue des juges signale leur émancipation par rapport à leur ordre juridique national¹¹⁰⁸. Dès lors, l'on peut comprendre pourquoi, dans la plupart des pays étudiés, ce dialogue connaît du retard, et parfois il est même inexistant¹¹⁰⁹, une telle structuration ou restructuration de cette catégorie de fonctionnaires impressionne politiques.

697. Dans cinq les pays concernés par notre étude, la nouvelle génération des juges a besoin de se distinguer. Ceux-ci veulent intensifier le réseau de leurs échanges et de leurs relations, dialoguer et le plus souvent, nouer des liens d'association¹¹¹⁰. Ceux qui ont la chance de prendre part à des colloques internationaux se retrouvent avec des académiques, au-delà de ce qui les sépare (origine nationale, culture, ordre juridique sur lequel ils sont chargés de veiller), l'adhésion au club manifeste ce qu'ils ont en commun, leur statut de juge et leur mission de rendre la justice, contribuant ainsi à la création d'un *ethos* ou d'une communauté judiciaire internationale¹¹¹¹. Le dialogue entre juges permet de débattre de sujets d'intérêts communs, qui vont du type de compétences attribuées aux différents juges jusqu'aux analyses sur les orientations jurisprudentielles relatives à différents domaines d'intervention¹¹¹². Ces initiatives ont une valeur d'information et de connaissance, et sont certainement utiles pour renforcer les facteurs qui favorisent la formation d'un espace culturel homogène¹¹¹³.

698. La tradition juridique des pays concernés étant fortement influencée par la théorie de la séparation des pouvoirs, le juge est donc exclu de la politique pour être cantonné à l'interprétation du droit¹¹¹⁴. De plus, la part du juge dans l'interprétation du droit semble elle-

¹¹⁰⁷ ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005, p. 6 et 7.

¹¹⁰⁸ DELMAS-MARTY (M.), « Du dialogue à la montée en puissance des juges », *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁰⁹ Nos propos confirment la réponse d'un président d'un tribunal de grande instance en RDC, lors de notre enquête de terrain dans le cadre de la présente étude. Ce dernier ainsi que l'ensemble de ses collaborateurs, font systématiquement l'objet d'un refus d'autorisation de sortie du territoire national aux fins d'assister à un séminaire organisé par leurs collègues à l'étranger et, plus récemment, à un colloque à l'ÉNEM de Bordeaux. En effet, même si les juges ne sont pas des fonctionnaires comme les autres, il n'en demeure pas moins qu'ils ont encore besoin d'une « autorisation de sortie » pour prendre part à un événement des juges à l'extérieur du pays. Le CSM jouit d'un pouvoir discrétionnaire à ce propos, il faut être « proche » de la hiérarchie, nous a confié ce juge.

¹¹¹⁰ FRYDMAN (B.), *op. cit.*, p. 4.

¹¹¹¹ *Idem.*

¹¹¹² VERGOTTINI de (G.), *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, (trad.) J-J. PARDINI, Dalloz, 2013, p. 131.

¹¹¹³ *Idem.*

¹¹¹⁴ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), *op. cit.*, p. 111.

même extrêmement limitée, puisque l'instance judiciaire n'a pas vocation à créer des normes, mais seulement à appliquer celles en vigueur, décidées par d'autres¹¹¹⁵.

699. Au sein de l'Union européenne, une doctrine majoritaire en Belgique et en France explique la montée en puissance des juges comme le résultat d'un triple phénomène. Ainsi, selon Madame Julie ALLARD et Monsieur Arnaud VAN WAEYENBERGE, on constate, depuis la Seconde Guerre mondiale, un processus qui s'est accéléré dans les années 90, de *juridiarisation* des relations sociales, caractérisé par une extension du droit dans des domaines de plus en plus nombreux de la vie de la société¹¹¹⁶. En outre, l'on constate une judiciarisation des rapports sociaux et un recours accru au juge¹¹¹⁷.

700. Monsieur Antoine GARAPON souligne que, « ces dernières années ont vu le contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Le juge se manifeste dans un nombre de secteurs de la vie sociale toujours plus étendu »¹¹¹⁸. Mais la montée en puissance des juges découle également d'un troisième phénomène, à savoir leur *autonomisation* croissante¹¹¹⁹.

701. D'une part, les juges s'émancipent des autres pouvoirs constitués, ce qui contribue à renforcer l'image d'un juge plus puissant qu'avant. Ce phénomène est particulièrement bien illustré au niveau national, avec le constitutionnalisme et l'idée selon laquelle, un texte juridique fondamental peut se maintenir au-dessus des lois et de la volonté du législateur¹¹²⁰. Ainsi, dans certains pays comme la Belgique, il a fallu du temps au monde politique pour admettre que la Cour constitutionnelle puisse exercer un contrôle des lois au regard de la Constitution, car cela impliquait que ce soit le juge qui ait le dernier mot sur le droit, et non le législateur¹¹²¹. Tel est l'esprit de l'arrêt *Ferrera*¹¹²². D'autre part, les juges gagnent en autonomie vis-à-vis de l'État en tant que tel. En effet, les systèmes juridiques

¹¹¹⁵ *Idem.*

¹¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹¹⁷ *Idem.*

¹¹¹⁸ GARAPON (A.), *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 20.

¹¹¹⁹ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), *op.cit.*, p. 112.

¹¹²⁰ *Idem.*

¹¹²¹ *Ibidem.*

¹¹²² C. Cass. *Belgique, Ferrera*, Arrêt du 28 septembre 2006, n° C.02.05.0570. F, cité par ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), *op.cit.*, p. 110. Cet arrêt condamne l'État belge pour fautes commises par ses organes agissant dans le cadre de la fonction législative.

supranationaux¹¹²³ concurrencent la loi nationale, de sorte que l'État n'est plus la seule source du droit positif applicable sur son territoire¹¹²⁴.

702. D'une certaine manière, on observe que la mise en place, voire le maintien, du dialogue entre les cours de justice régionales est rendue possible par l'accroissement des normes de protection des droits de l'homme, tant à l'échelle universelle (OIT, Pactes internationaux) qu'au niveau régional (Charte africaine et conventions, etc.). Lors de son interprétation, les juges ont le choix de faire l'exposé des normes internationales, de fonder leurs arguments des citations ou encore d'avoir recours à des décisions externes, ce qui, en substance est spontané et facultatif.¹¹²⁵

703. S'agissant des pays d'Afrique francophone, cette méthode est à l'état embryonnaire, voire inexistante. Nul doute qu'elle devrait s'étendre avec l'accroissement des normes internationales et régionales des droits de l'homme. Ainsi, par exemple, à l'échelle continentale, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) fait référence à la jurisprudence de la CEDH et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH)¹¹²⁶. Il va sans dire que le fait que la mission attribuée à la CADHP est différente de celle de la CEDH et de la CIADH, notamment par le caractère non contraignant de ses arrêts, qui paralysent, d'une certaine manière, toute comparaison élargie. Il n'en demeure pas moins que ces dernières années, la CADHP fait constamment référence aux décisions des Cours étrangères¹¹²⁷. Cependant, on constate une divergence dans le droit positif des pays concernés. En effet, comme tel est souvent le cas dans divers domaines, la sous-région de l'Afrique de l'Ouest s'organise en créant des instruments juridiques qui facilitent l'émergence des États-parties.

¹¹²³ C.J.C.E., *Costa/ENEL*, 15 juillet 1964, C-6/64, in *Recueil*, 1964, I, p. 1141 et s. L'apport de cet arrêt est d'avoir consacré, très tôt, le concept de primauté du droit communautaire sur le droit national et d'en avoir fait un « principe angulaire ».

¹¹²⁴ ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), *op.cit.*, p. 113.

¹¹²⁵ VERGOTTINI de (G.), *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, trad. J.-J. PARDINI, Dalloz, 2013, p. 124.

¹¹²⁶ OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricains de garantie des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, n°62, 2005, pp. 499-537.

¹¹²⁷ *Cour ADHP, Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme c. la République de Côte d'Ivoire*, arrêt, 18 novembre 2016, requête n°001/2014, §95, §134, §148. V. également, *Cour ADHP, Affaire Mohamedi Abubakari c. la République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 3 janvier 2016, requête n°007/2013, §27 (à propos de la recevabilité des preuves. La Cour a cité l'arrêt de la CEDH, du 24 juillet 2012, para 69., *Affaire Sarp Kuray c. Turquie*), §158 (cf. CEDH : *Affaire Pellissier et Sassi c. France*, arrêt du 25 mars 1999, para 52, CIADH, *affaire Yvon Neptune c. Haïti* arrêt du 6 mars 2008, paras 102-109), §193 CEDH : *Affaire Dombo Beheer B.V. C. Pays bas*, arrêt du 27 octobre 1993, para33., §224 CEDH : *Affaire Lorenzetti C. Italie*, arrêt du 10 avril 2012, para 27.

704. Le dialogue des juges de la CEDEAO est bien réel¹¹²⁸. Il connaît un retard dans la zone CEMAC et en RDC, alors qu'il est présenté, depuis nombre d'années, comme la clef de voûte des rapports entre les différents systèmes juridiques¹¹²⁹. S'agissant du droit des affaires, nous pensons que la CCJA, par exemple, aurait dû combler ce retard pour l'ensemble de l'espace OHADA. En effet, le fait que le législateur OHADA ait retenu des rapports de supériorité, notamment en privilégiant la méthode dite de *recours en cassation* en lieu et place de celle du *renvoi préjudiciel*, affaiblit un tel dialogue inter-juridictionnel, voire le rend quasi-nul, alors que ce type de dialogue mettrait ces juridictions à l'abri de certaines critiques.

705. À ce jour, l'existence d'instruments juridiques susceptibles de favoriser le dialogue entre les juges des États membres fait défaut. Et, de ce point de vue, l'on peut affirmer qu'au sein de l'espace OHADA, la touche judiciaire est inexistante alors qu'elle devrait être une bonne opportunité pour tous les acteurs de justice, notamment en échangeant leurs expériences professionnelles quant à l'application des Actes uniformes dans leur pays d'origine. Or, ce dialogue *intégré*, organisé dans une sorte de verticalité dénuée de hiérarchie tout au moins en théorie, est le ciment de l'entente juridictionnelle indispensable pour le développement d'une intégration harmonieuse, empreinte d'interprétation et d'application uniformes du droit communautaire¹¹³⁰.

706. L'on peut s'interroger sur l'intérêt de cette « omission », somme toute volontaire, de dialogue des juges. D'emblée, l'on suppose que les raisons peuvent être financières, ensuite, relative à la différence de méthode de recrutement des différents acteurs de justice (magistrats, huissiers et greffiers) et à leur méthode de travail de ces derniers dans les États membres. Si certains acteurs de justice sont initialement formés dans des centres de formation

¹¹²⁸ En ce sens, nous-nous référerons à l'allocution d'ouverture du Président ORÉ, lors de la visite de travail des juges et hauts fonctionnaires de la Cour de justice de la CEDEAO à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arusha du 26 février au 1^{er} mars 2018 : « En se prononçant sur le dialogue judiciaire, le Doyen CORNU distingue trois formes de dialogue : le dialogue contradictoire entre les parties, où le juge n'est qu'un simple arbitre ; le dialogue interrogatoire où les interlocuteurs ont des fonctions complémentaires, non interchangeables ; et l'entretien, à savoir un dialogue neutre où la communication n'est marquée par aucun rapport spécifique. De ces trois formes de dialogue, c'est la deuxième, c'est-à-dire le dialogue interrogatoire, qui s'applique à l'exercice dans lequel nous nous engageons formellement par la visite de travail qui commence ce jour. Une visite de travail formelle de l'ensemble des juges et des hauts fonctionnaires de la Cour de justice de la CEDEAO à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est en effet une première dans l'histoire de la justice africaine », disponible sur www.fr.african-court.org/images/Speeches/FR_open_Prez_ECOWAS_Arusha.pdf. (Consulté le 21 août 2019).

¹¹²⁹ LAFAILLE (F.), « Le dialogue des juges ». À propos de l'ouvrage de Giuseppe de Vergottini, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65 n°4, 2013, pp. 969-972.

¹¹³⁰ BURGORGUE-LARSEN (L.), *op.cit.*, p. 100.

d'acteurs de justice, d'autres apprennent leur travail sur le tas, ce qui peut être source de difficultés concernant les méthodes de travail.

707. Toutefois, dans la mesure où la plupart des juridictions supranationales en Afrique n'ont été que récemment créées, l'instauration, sinon le renforcement, de dialogue entre les juges communautaires et leurs collègues nationaux, d'une part, et entre les juges communautaires et les législateurs nationaux, d'autre part, s'avère nécessaire. Ce dialogue permettrait à ces juridictions de rester à la pointe des réalités locales qui font partie du quotidien du juge national. Au sein de l'Union européenne, par exemple, le droit européen a prévu des instruments qui favorisent le « dialogue des juges » en matière civile¹¹³¹.

708. Or, « *l'internationalisation du dialogue des juges est entendue comme la manifestation du décloisonnement territorial du dialogue* »¹¹³². Le juge est et sera toujours rattaché à un territoire (pour les juges internes), ainsi qu'à des procédures et, *in fine*, à un système de normes spécifiques (pour les juges internes et internationaux). Il est alors conduit à s'ouvrir à d'autres juges rattachés à d'autres univers systématiques¹¹³³. Le dialogue ne se manifeste pas exclusivement dans le cadre d'un duo juridictionnel, il peut se nourrir de multiples interactions entre plus de deux juges¹¹³⁴.

709. S'agissant de la matière sociale, à l'échelle continentale, il pourrait s'établir, à notre avis, un dialogue *conventionnel* des juges, qui se développe dans l'univers très particulier des conventions de protection des droits de l'homme¹¹³⁵, mais il traiterait également des questions liées au droit du travail, étant entendu que la matière fait partie intégrante des droits de l'homme. L'universalisation des droits fondamentaux ne permet plus l'isolement des acteurs du droit, ce qui permet, à ce titre, une convergence entre les pays concernés quant au respect des normes de l'OIT.

710. Le dialogue des juges est un moyen pour en inciter certains à recourir facilement à la « doctrine de l'équivalence ». Cette dernière sert à limiter les hypothèses d'incohérence entre

89 Cf. *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (plusieurs fois modifiée).

¹¹³² BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz-Sirey, 2009, pp. 95-130, spéc. p. 97.

¹¹³³ *Idem.*

¹¹³⁴ *Idem.*

¹¹³⁵ BURGORGUE-LARSEN (L.), *op.cit.*, p. 100.

le système prévu de protection des droits¹¹³⁶, respectivement, la Charte africaine et l'ordre communautaire. Il s'agit toutefois de ne se référer qu'aux bonnes décisions étrangères exemptes de toute critique de légitimité pour parvenir à la rédaction des décisions très concises en droit interne. Le dialogue des juges est d'un intérêt significatif. Toutefois, il n'y a nul besoin de dialogue au sein d'un même ordre juridique dont la cohérence est assurée par des rapports d'autorité, et les contradictions sont effacées par des institutions qui, au final, assurent l'unité de l'interprétation du droit¹¹³⁷. De même, comme l'affirme Monsieur le Professeur Giuseppe de VERGOTTINI, entre cours nationales placées sur un pied d'égalité, « il n'existe pas de dialogue »¹¹³⁸. Car, le droit étranger est seulement une « variable de connaissance » pour un juge qui dispose d'une « totale liberté en la matière »¹¹³⁹.

711. S'agissant du droit du travail, on assiste de plus en plus, à un consensus international sur la nécessité de reconnaître le droit à la négociation collective comme étant le prolongement de la liberté syndicale, mais aussi la nécessité de donner force à des droits reconnus dans la Déclaration de 1998 de l'OIT relative aux droits fondamentaux des travailleurs¹¹⁴⁰.

712. L'OIT, ayant développé un centre de formation des juges à Turin, a permis non seulement une meilleure connaissance des contenus de ses normes par les juges, mais a également créé des conditions favorables pour que ses conventions fassent l'objet d'une application directe par ces derniers¹¹⁴¹. Plusieurs manifestations ont ainsi été organisées tels que colloques, congrès, recherches ciblées sur les transformations des normes depuis plus de trente ans dans un mouvement de circulation des idées et de « migrations jurisprudentielles ». ¹¹⁴² Cela montre non seulement l'apparition d'un véritable « dialogue entre les juges » dans le cadre institutionnel de référence, mais aussi de façon transversale, en

¹¹³⁶ VERGOTTINI de (G.), *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, trad. J.-J. PARDINI, Dalloz, 2013, p. 66.

¹¹³⁷ LAMY de (B.), *op.cit.*, p.2.

¹¹³⁸ VERGOTTINI de (G.), p. 208.

¹¹³⁹ VERGOTTINI de (G.), *op.cit.* pp. 162 et 163.

¹¹⁴⁰ MOREAU (M.-A.), (dir.), « Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale », in : *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 16.

¹¹⁴¹ *Idem.*

¹¹⁴² ROBIN-OLIVIER (S.) et RÉMY (P.), « Les migrations jurisprudentielles, facteur de développement du droit international du travail ? », dans *Justice et mondialisation en droit du travail*, pp. 65-99, cités par MOREAU (M.-A.), *op.cit.*, p. 16.

raison d'une aspiration commune des juges à la construction d'une justice sociale plus universelle¹¹⁴³.

713. L'articulation normative a pour objectif de créer uniquement des maillons pour imposer le respect du jeu des sources dans le cadre institutionnel de référence, mais également de contraindre une cohérence propre au pluralisme juridique en raison de l'existence d'un engagement de l'État qui se doit d'être respecté par les acteurs¹¹⁴⁴.

714. Dans le droit positif des pays concernés, où il existe une dualité juridique, le dialogue entre juges de cassation n'est pas incompatible, au contraire, il contribue à la construction d'une « jurisprudence cohérente »¹¹⁴⁵, ressentie comme « facteur de sécurité juridique »¹¹⁴⁶. Cette démarche est rendue possible notamment avec la diffusion de l'idée d'unifier progressivement les droits sociaux nationaux¹¹⁴⁷. Nul doute que, c'est cette initiative de l'Organisation internationale du travail qui permet aujourd'hui d'unifier ces dispositifs. Mais le contexte actuel de mondialisation des échanges rend encore plus pressante la mise en œuvre d'un droit social international, dont le domaine d'intervention forgerait un « socle normatif interrogeable » pour chaque État, du moins pour les textes dûment ratifiés¹¹⁴⁸.

715. Si l'on admet que chaque branche du droit s'est développée grâce au dialogue des juges, force est de constater que l'apport du droit social à ce dialogue est significatif, ce qui est confirmé en droit européen. En effet, selon Madame le Professeur Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, le droit social, toujours à la pointe, a en effet très largement contribué à la richesse de la construction normative européenne, une construction complexe, ou substituable à un ordre national ou bien à l'ordre international¹¹⁴⁹. Par le droit social, ont d'abord été mises en évidence les relations verticales entre la norme communautaire et la norme nationale¹¹⁵⁰. Ainsi en fut-il du droit primaire relatif au marché intérieur avec la libre circulation des

¹¹⁴³ MOREAU (M.-A.), « Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale », *op.cit.*, p. 17.

¹¹⁴⁴ *Idem.*

¹¹⁴⁵ CANIVET (G.), « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p. 953.

¹¹⁴⁶ MAZEAUD (A.), « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p. 748.

¹¹⁴⁷ MORIN-GALVIN (A.), « La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Contribution au dialogue des juges en droit du travail », LGDJ, 2013, p. 32.

¹¹⁴⁸ MORIN-GALVIN (A.), *op.cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁹ POILLOT PERUZZETTO (S.), « Le droit social, vecteur du changement de paradigme du droit en Europe », in : *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 24.

¹¹⁵⁰ *Idem.*

salariés et au principe de non-discrimination, mais également des droits fondamentaux de la CEDH, de la charte des droits fondamentaux, de la charte sociale européenne, et ainsi que des directives d'harmonisation¹¹⁵¹.

716. On peut relever un apport similaire du droit social, bien que récent, qui a permis l'effectivité de la construction de la communauté CEDEAO et de la CEMAC. Par le droit social, ont également été mises en évidence les relations horizontales entre les normes nationales via les premières règles de droit international privé issues du règlement sur la sécurité sociale. À ce jour, concernant certaines institutions, nous partageons l'opinion d'un auteur, selon lequel, si les systèmes d'intégration africaine fonctionnent et que les juridictions communautaires sont effectives, leur balbutiante activité montre que le mécanisme préjudiciel n'est pas (encore) une procédure phare¹¹⁵².

717. Le juge, en sa qualité de gardien des libertés individuelles, se trouve au cœur de toute construction du droit social. Sa jurisprudence se caractérise par un recours de plus en plus marqué concernant les droits fondamentaux. Sa démarche consiste à se référer à des normes issues de plusieurs systèmes juridiques : normes de l'OIT¹¹⁵³, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine. Ces sources qui ne sont pas hiérarchisées, ne s'inscrivent pas dans une organisation pyramidale ; il s'agit de normes en réseaux¹¹⁵⁴.

718. Le juge interne est lié par le principe de primauté du droit supranational. En cas de conflits de normes, l'obligation de faire primer les dispositions des traités régulièrement ratifiés sur la loi interne est une exigence constitutionnelle, la Cour de cassation reconnaît un effet direct des conventions de l'OIT et d'autres textes internationaux qu'elle soulève parfois d'office¹¹⁵⁵. Le juge utilise la méthode de combinaison des normes. Cette démarche s'impose à lui, étant lié par les sources supranationales, et pourtant, le cas échéant, être censuré sur leur fondement ; elle est dictée par la nécessité d'assurer l'effectivité du droit, elle traduit

¹¹⁵¹ *Idem.*, p. 24.

¹¹⁵² PRISO-ESSAWE (S.-J.), « Chronique CEMAC. Chronique des activités de la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale », *Penant*, 2007, n°858, pp. 105-125.

¹¹⁵³ AUBERT-MONPEYSEN (Th.), « La combinaison des normes par la Chambre sociale de la Cour de cassation », in : *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 119.

¹¹⁵⁴ *Idem.*

¹¹⁵⁵ *Ibidem.*

pleinement le souhait d'un dialogue conçu comme « *une activité par les hommes du droit autour de normes qui ne sont pas forcément déjà construites* »¹¹⁵⁶.

719. S'il est vrai que le juge se trouve au centre de la construction de la règle de droit, le droit du travail en particulier, en tant qu'activité requiert l'implication d'autres acteurs de justice dont la participation au dialogue avec le juge est capitale. Au-delà des autorités administratives indépendantes, déjà organisées en réseau, à l'instar de celui des autorités nationales de concurrence, les professionnels du droit sont également des acteurs en dialogue¹¹⁵⁷. Ils s'organisent en réseaux, formels ou informels, organisant les conditions de ce dialogue¹¹⁵⁸. La lecture de certaines décisions, d'avis ou de régulations montre que le dialogue, avec le croisement de références qui l'accompagnent, intervient entre les différentes autorités qui ont changé de contrôle d'application et d'interprétation des normes supranationales, qu'il s'agisse des organes de contrôle des conventions de l'OIT¹¹⁵⁹, ou des cours de justice régionales.

720. En somme, dans la nécessité de voir le droit comme une activité, ce sont, bien évidemment, tous les professionnels en la matière qui jouent un rôle dans leur pratique quotidienne, la pratique notariale, mais également celles des juristes d'entreprise et des huissiers, participant très largement à la construction d'un droit spontané qui pourra éventuellement devenir une règle de droit¹¹⁶⁰. D'une certaine manière, le dialogue entre ces professions est tout aussi nécessaire et se traduit également par une « prise en compte » des règles et des pratiques des homologues¹¹⁶¹.

§ 2. Les atouts et les faiblesses de la spécialisation des juges

721. La spécialisation est un processus cognitif qui a pour effet d'appliquer une étiquette particulière, présentant une ou plusieurs caractéristiques qui le différencient des autres, le rendant spécial : c'est l'action de se spécialiser¹¹⁶². En revanche, la spécialisation des juges est

¹¹⁵⁶ *Idem.*

¹¹⁵⁷ POILLOT PERUZZETTO (S.), *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁵⁸ *Idem.*

¹¹⁵⁹ LYON-CAEN (A.), « En guise de conclusion : poursuivons le dialogue », in : *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSSSEN, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 166.

¹¹⁶⁰ POILLOT PERUZZETTO (S.), *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁶¹ *Idem.*

¹¹⁶² Dictionnaire Larousse version électronique, www.editions-larousse.fr, (consulté le 20 décembre 2019).

complexe, car certaines fonctions juridictionnelles sont textuellement spécialisées sans pour autant être exercées au sein de juridictions elles-mêmes spécialisées¹¹⁶³. La notion de spécialisation est à géométrie variable, soit *ratione materiae*, soit *ratione loci*, soit les deux en même temps. Une première forme de spécialisation consiste à multiplier les juridictions, c'est ainsi qu'à côté du tribunal de grande instance, ont été créés le tribunal d'instance et le tribunal du travail¹¹⁶⁴. Le Doyen Georges CORNU définit un spécialiste comme un auteur, un praticien du droit professant une compétence confirmée en une matière particulière¹¹⁶⁵.

722. De plus, certains magistrats exercent des fonctions juridictionnelles non spécialisées, alors même qu'ils sont spécialisés dans la connaissance d'un certain type de contentieux¹¹⁶⁶. Néanmoins, on admet que, quels que soient les critères d'attribution du caractère spécialisé à une fonction juridictionnelle, à un juge ou bien à une juridiction, la spécialisation du système judiciaire comporte des avantages et des inconvénients¹¹⁶⁷. Le but de la spécialisation est d'utiliser des compétences acquises dans un domaine précis. Ainsi, d'une part, la spécialisation elle-même constitue un avantage en ce qu'elle est un moyen d'accroissement de l'autorité de l'office du juge **(A)**. D'autre part, l'adaptation répétée peut être un facteur d'isolement du juge par rapport aux généralités professionnelles **(B)**.

A- Un moyen d'accroissement de l'autorité de l'office du juge

723. Afin de tenter de comprendre l'enjeu de la spécialisation des juges, il faut aller du général vers le particulier et poser en principe que le droit, on l'oublie trop souvent, forme un tout et que l'acte de justice est un acte d'humanité¹¹⁶⁸. Nous partageons l'opinion de Madame le Professeur Corinne BLERY lorsqu'elle affirme qu'il y a quatre formes de spécialisations, la première consistant à multiplier les juridictions¹¹⁶⁹. Ce sont les principales juridictions civiles d'exception, dont la compétence est fondée sur la matière et/ou la valeur du litige,

¹¹⁶³ AUDRY (J.), *La professionnalisation du juge*, Thèse, Université Toulon, 2016, p. 318.

¹¹⁶⁴ BLERY (C.), « Rapport introductif. La notion de spécialisation », *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁶⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 986.

¹¹⁶⁶ AUDRY (J.), *La professionnalisation du juge*, Thèse, *op. cit.* p. 318.

¹¹⁶⁷ *Idem.*

¹¹⁶⁸ BEIGNIER (B.), « Avant propos », in *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 9-10.

¹¹⁶⁹ BLERY (C.), « Rapport introductif. La notion de spécialisation », in *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 13-22.

voire la qualité de la personne¹¹⁷⁰, par exemple, un salarié, pour le tribunal du travail ; son secteur de compétence est plus nettement circonscrit.

724. De même, il existe des juridictions pénales « de droit commun » et des juridictions pénales « spécialisées », et d'autres juridictions encore plus spécialisées, dont la compétence est fondée sur la nature des infractions ou la qualité du délinquant : ainsi en est-il des juridictions spécialisées¹¹⁷¹, même si pour ces dernières, on constate parfois, dans les pays étudiés, qu'il y a une certaine confusion dans la distribution des compétences, en matière pénale, notamment lors du déferrement des civils devant les juridictions militaires, sous des prétextes liés au maintien de l'ordre public. En revanche, ailleurs par exemple, les pays européens ont supprimé la justice militaire en temps de paix. Ainsi, comme tout justiciable, le militaire est soumis aux règles de droit commun lorsqu'il commet, en dehors de son service, des infractions de droit commun¹¹⁷².

725. La spécialisation des juges est souvent perçue comme une solution à la diversification des problématiques données. Dans le monde judiciaire, s'il importe, à l'heure de l'éclatement des sources du droit et de l'inflation législative, d'avoir de bons spécialistes, il est indispensable d'avoir recours à ceux qui savent contempler l'ensemble d'un dossier et mettre en perspective le droit¹¹⁷³. Une deuxième forme instaure des juridictions spécialisées au sein des juridictions susmentionnées, ou tout au moins certaines d'entre elles ; c'est ainsi qu'il y a un juge de l'exécution, un juge de la mise en état, au sein du tribunal de grande instance, sans parler de son président qui est juge des référés et des requêtes ; un conseiller de la mise en état ou un conseiller rapporteur devant la cour d'appel ; des sections au sein du tribunal du travail¹¹⁷⁴.

726. Une troisième forme peut résulter de la création de Chambres spécialisées au sein d'une juridiction¹¹⁷⁵. Ces Chambres sont l'organe du tribunal ou de la cour tout entière et non des juridictions indépendantes comme celles que nous venons de voir, il s'agit, par exemple, de la

¹¹⁷⁰ *Idem.*

¹¹⁷¹ *Idem.*

¹¹⁷² BEN HADJ YAHIA (S.), « Des juridictions d'exception aux juridictions spécialisées, le sort », in *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 77-79.

¹¹⁷³ BEIGNIER (B.), « Avant propos », in *La spécialisation des juges*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁷⁴ BLÉRY (C.), « Rapport introductif. La notion de spécialisation », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁷⁵ *Idem.*

chambre sociale¹¹⁷⁶, de la Chambre administrative, entre autres. C'est notamment le cas au Cameroun où, en l'absence de tribunaux du travail, le tribunal de grande instance connaît des litiges individuels du travail, d'une certaine manière, ou encore dans certaines régions des pays étudiés, où l'on observe l'absence de tels tribunaux. La quatrième forme est obtenue par une restriction du nombre de juridictions aptes à connaître certains litiges particuliers¹¹⁷⁷, par exemple, la Cour des comptes et le Conseil d'État, qui sont des juridictions administratives spécialisées, mais qui, malgré leur ancienneté, ne suscitent pas moins de multiples interrogations¹¹⁷⁸.

727. Ces juridictions spécialisées se caractérisent par une grande diversité : elles peuvent être soit uniques en leur genre comme la Cour des comptes, soit multiples, avec le plus souvent un double degré de juridiction que l'on retrouve¹¹⁷⁹. Leurs missions sont également très diverses : elles peuvent statuer sur des recours contre des décisions administratives, comme le font les juridictions spécialisées, d'autres encore statuent en dehors de tout procès, sans avoir à se prononcer sur une décision administrative ou sur des poursuites : ainsi est-il de la Cour des comptes qui doit se prononcer sur l'ensemble des comptes comptables publics¹¹⁸⁰.

728. L'approche de spécialisation des pays concernés par notre étude diffère de celle des pays de la *Common Law*, où il n'existe pas de spécialisation de contentieux. Pour autant, il ne faut pas conclure à l'absence de spécialisation des juridictions¹¹⁸¹. En effet, dans ces pays, la proximité avec le justiciable est un critère plus opérant que celui de la spécialisation par matière¹¹⁸². Comme l'affirme Madame le Professeur Wanda MASTOR, « *sans jamais perdre de vue cette fonction première de la justice, les systèmes de droit anglo-saxons ont développé la spécialisation de l'action de juger. Tout d'abord, au sein des cours existantes, avec la création de Chambres ou divisions spécialisées. Cette tendance à la spécialisation est évidente au Royaume-Uni, où une loi de 2007 a créé une véritable juridiction administrative. Ensuite, à travers la multiplication de commissions spécialisées dotées de pouvoirs quasi*

¹¹⁷⁶ *Idem.*

¹¹⁷⁷ *Idem.*

¹¹⁷⁸ JACQUINOT (N.), « La spécialisation en contentieux administratif, remarques sur les juridictions administratives spécialisées », in : *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 81-106.

¹¹⁷⁹ *Idem.*

¹¹⁸⁰ *Idem.*

¹¹⁸¹ MASTOR (W.), « Les juges anglo-saxons, spécialistes...du général », in : *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 213-222.

¹¹⁸² *Idem.*

*judiciaires, lesquelles ont pu se transformer en véritables juridictions ou, du moins se doter de pouvoirs de plus en plus importants. Enfin, on observe par ailleurs, que le critère de la spécialisation s'immisce dans le système judiciaire surtout par le biais du recours aux experts »*¹¹⁸³.

729. La spécialisation peut même être laissée au choix du juge naturel d'une affaire¹¹⁸⁴, ainsi, en fonction de leur gravité, la poursuite de l'instruction, de certaines infractions, peuvent nécessiter qu'un juge d'une juridiction de province, bien que de même compétence, par exemple, se dessaisisse au profit d'un juge de la capitale. En matière sociale, les atouts de la spécialisation du juge sont considérables pour diverses raisons. Cette dernière procure la meilleure appréhension des enjeux économiques et sociaux, une meilleure visibilité du contentieux, ainsi qu'une amélioration de la sécurité juridique et de la qualité des décisions rendues. Elle permet de donner au juge une identité professionnelle et son ouverture à la cité, notamment avec toutes les questions relatives aux politiques urbaines, au lieu d'appartenir à une machine gigantesque¹¹⁸⁵. En matière du droit des affaires applicable, par exemple, la spécialisation fait partie des objectifs à réaliser dans l'espace OHADA. L'ERSUMA¹¹⁸⁶ fait des efforts en ce sens, mais cela ne se limite qu'aux acteurs de tribunaux de commerce. Toutefois, il faut observer que la spécialisation ne fait pas l'unanimité, tant parmi la doctrine que parmi les juges, en raison du risque d'isolement et de création d'une catégorie de juge, à part.

B- L'adaptation, risque d'isolement aux généralités professionnelles

730. Traditionnellement, la justice étatique est caractérisée par l'unité du corps juridictionnel. Or, comme on peut le constater, y compris en droit européen, si la spécialisation est souhaitable à maints égards, elle recèle nombre de dangers dont le principal est l'éventuelle séparation du juge spécialisé du corps des juges généralistes¹¹⁸⁷. Les juges qui, en raison de leur spécialisation, ont déjà eu à trancher des problèmes, peuvent être enclins à reproduire constamment les mêmes solutions que celles retenues précédemment, ce qui risque d'être

¹¹⁸³ *Idem.*

¹¹⁸⁴ BLÉRY (C.), « Rapport introductif. La notion de spécialisation », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁸⁵ SALAS (D.), « Les enjeux de la formation des juges », *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁸⁶ L'article 41 du Traité OHADA qui consacre les attributions à l'ERSUMA prévoit d'assurer aux magistrats des juridictions commerciales une formation spécialisée en droit des affaires.

¹¹⁸⁷ Avis CCJE (2012) n°15, para.14, adopté lors de la 13^e réunion plénière du CCJE, Paris, 5-6 novembre 2012.

défavorable à l'évolution de la jurisprudence en fonction des besoins de la société¹¹⁸⁸. À l'instar des pays anglo-saxons et du Québec, où les juges sont recrutés parmi les brillants avocats ayant en moyenne une expérience pratique de dix ans. On observe que, l'absence de spécialisation entraîne inéluctablement celle des juridictions. Ces juges étant avant tout, spécialistes du général, pouvant examiner tout à tour des affaires civiles, pénales, administratives ou fiscales¹¹⁸⁹.

731. En effet, dans les cinq pays francophones concernés, si ces dernières décennies la spécialisation a été majoritairement encouragée chez les avocats, c'est à la fois pour pouvoir appréhender les dossiers de leurs clients avec assurance et répondre aux exigences liées aux risques de responsabilité professionnelle. En effet, on soutient que la spécialisation est, pour ces acteurs de justice, un gage d'expérience et de qualité, de marketing et de positionnement permettant la diligence dans le traitement de données, voire un gage de sécurité pour leurs clients. En réalité, ce « phénomène » est plutôt un moyen pour pallier la concurrence d'une profession de plus en plus concurrencée par d'autres métiers. Car les avocats, tout comme les juges, doivent être en mesure d'exercer leur profession dans la polyvalence, surtout lorsqu'ils sont installés dans de petites villes, quitte à travailler en association ou en *co-counsel*, pour des cas les plus complexes.

732. Au contraire, les juges ne sont pas soumis aux « caprices » des justiciables, ils remplissent un service public de la justice. Par conséquent, leur spécialisation, tout en étant encouragée¹¹⁹⁰, peut être un inconvénient pour la gestion de leur carrière et contribuer au risque de s'enfermer au lieu de favoriser le travail en équipe qui est le corollaire de la fonction des juges. Elle peut aussi conduire à un cloisonnement du droit et de la procédure, qui isole les juges spécialistes des réalités juridiques dans les autres matières, et à l'éloignement potentiel des principes généraux et des droits fondamentaux, au risque de mettre en péril le principe de la sécurité juridique¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ *Idem.*

¹¹⁸⁹ MASTOR (W.), « Les juges anglo-saxons, spécialistes (...) du général », *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁹⁰ La loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats guinéens en son article 42 dispose que : « La spécialisation des magistrats vise à améliorer, à valoriser et à approfondir leurs connaissances et leurs aptitudes au titre de leurs formations antérieures et de leurs expériences professionnelles en vue de les orienter vers un domaine de compétence spéciale ».

¹¹⁹¹ Avis CCJE (2012) n°15, para.16.

733. Comme pour tous les acteurs de justice, la formation initiale dont a bénéficié le juge avant son entrée en fonction ne se résume qu'à une base de départ dans sa carrière. D'une certaine manière, il se spécialise sur le tas car, tout au long de son parcours professionnel, le juge, bien qu'étant inamovible, est en principe¹¹⁹², appelé à exercer la mobilité géographique et la mobilité fonctionnelle, sans limites. À titre d'exemple, le législateur français a fixé la durée de cette double mobilité à sept ans d'exercice pour les fonctions de chef de juridiction dans une même juridiction, et à dix ans certaines fonctions spécialisées, tout en les entourant de garanties afin de respecter le principe de l'inamovibilité des magistrats¹¹⁹³.

734. De plus, la spécialisation crée des inégalités entre les juges, dans la mesure où elle n'est possible que dans des juridictions de grande taille, alors que dans celles de taille réduite, il est difficile, voire impossible, de créer des Chambres spécialisées ou d'avoir des juges spécialisés. Ainsi, la spécialisation du juge suppose son attachement à des matières précises, elle est conçue selon le modèle de faculté de droit, notamment sur des connaissances théoriques, ce qui, en pratique constitue une limite, dans la mesure où elle requiert des connaissances transversales. Ainsi en est-il de la situation sur le plan social où le juge, avant de trancher, doit tenir compte des contraintes liées au droit de la famille, au droit fiscal, entre autres.

735. La spécialisation peut donner au juge le sentiment qu'en raison de son expertise dans le domaine spécial qui est le sien, il appartient à un groupe de juges d'élites différents des autres¹¹⁹⁴. Cela peut également donner l'impression au public que certains juges sont des « super juges » ou, au contraire, qu'un tribunal ne constitue qu'un organe purement technique, distinct du corps judiciaire¹¹⁹⁵. Au sein même d'une juridiction, on peut constater que les critiques sur la spécialisation sont sévères. En témoignent les déclarations de Monsieur Alain BRUEL, ancien Président du Tribunal pour enfant de Paris, à propos des juges des enfants : « *Tout le monde sait que le président du tribunal et le procureur de la République sont cent fois*

¹¹⁹² Dans certains pays, cette double mobilité est objective. Ainsi, il n'est pas rare qu'un juge reste en poste dans une même juridiction pendant plus de quinze ans. La justification peut être double, soit il s'agit d'une sanction, en vue d'un éloignement, soit il s'agit de préserver les intérêts « personnels » des supérieurs hiérarchiques, auquel cas, le maintien se traduit en une protection. Traditionnellement, la mobilité géographique est une source d'expérience, nous confiait un haut magistrat actuellement affecté à la Cour de cassation congolaise, qui affirme avoir beaucoup appris au cours des années passées en province.

¹¹⁹³ Loi organique n°2001-539 du 29 juin 2001, relative aux statuts des magistrats et au CSM.

¹¹⁹⁴ Avis CCJE (2012) n°15, para.18.

¹¹⁹⁵ *Idem*.

*mieux placés que lui pour donner un avis sur la création et le fonctionnement des établissements éducatifs, que le juge des libertés connaît bien mieux que lui les établissements où placer les mineurs quand il renonce à les envoyer en prison. »*¹¹⁹⁶

736. Le haut magistrat a poursuivi : *« À la réflexion, ce juge des enfants ne connaît pas son métier, et l'on a bien raison de permettre au procureur de le violenter, quelque peu en matière de jugement à délai rapproché, d'aller à la pêche dans son cabinet pour y chercher les dossiers en souffrance, de surveiller en se faisant rendre compte directement par les éducateurs responsables de la manière dont il gère les révocations de contrôle judiciaires et de sursis avec mise à l'épreuve, etc. Alors maintenant, il paraît que cet orgueilleux qui se croit supérieur à un juge de proximité fait de chute des manières à propos du projet de loi sur la décentralisation ? (...) le juge des enfants ferait œuvre plus utile en s'occupant des délinquants en temps réel et si possible sans état d'âme. S'il lui reste un peu de temps, on l'enverra en correctionnel car il est grand temps pour lui de préparer sa future affectation »*¹¹⁹⁷.

737. En réalité, le juge est spécialisé parce qu'il fait l'objet d'une spécialisation¹¹⁹⁸. Ainsi pensons-nous que la spécialisation peut être considérée comme une « valeur ajoutée » au sein d'une juridiction donnée. Elle ne doit pas être limitée par rapport au nombre de juges, elle doit s'étendre sur différentes branches autres que juridiques, afin de s'assurer de sa qualité. Elle doit faire l'objet d'une sélection parmi les juges les plus aptes, et être sous le contrôle du CSM. Le garde des Sceaux, tout comme les chefs de cours ne doivent avoir qu'un avis consultatif de façon à éviter tout écueil de discrimination et à garantir le principe d'égalité¹¹⁹⁹.

738. Contrairement à ce qui est prévu dans les pays étudiés, la spécialisation doit avoir un caractère obligatoire, y compris pour les juges en détachement dans d'autres services de l'État. À l'instar du modèle en vigueur au Québec sont organisées la formation sur la conduite du procès et les techniques sur les conférences de règlement à l'amiable, sur l'éthique, les

¹¹⁹⁶ BRUEL (A.), « La spécialisation : une nécessité vitale », *Journal du droit des jeunes*, 2004/3 (n°233), pp. 35-36.

¹¹⁹⁷ BRUEL (A.), La spécialisation : une nécessité vitale, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁹⁸ LACAMP-LEPLAË (O.), *Le juge spécialisé en Droit judiciaire privé*, Thèse, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁹⁹ Nous faisons allusion au témoignage de deux juges originaires du Burkina-Faso, camarades de promotion, qui avaient été admis au programme de Master 2 en Droit de la propriété intellectuelle co-organisé par l'Académie de l'OMPI et l'OAPI. Alors qu'ils remplissaient les conditions requises, ils s'étaient vu refuser l'autorisation par leur chef de Cour (...), inamovibilité aidant. Ils ont insisté pour suivre cette formation, mais n'ont pas perçu leurs indemnités de traitement pendant neuf mois.

nouvelles méthodes de travail, pour ne citer que ceux-ci. À notre avis, la spécialisation du juge devrait être un moyen de perfectionnement, et non une alternative, une obligation déontologique pour tout juge à partir de sa cinquième année d'exercice, par exemple. Il va sans dire que le juge des pays concernés doit œuvrer dans la polyvalence. Il doit conserver sa possibilité de connaître tous les types de contentieux, un peu comme son collègue, dans le système de la *Common Law*.

739. Le CSM, en accord avec les chefs de cours, devraient s'assurer que chaque juge occupe, au cours de sa carrière et au sein de sa juridiction, l'ensemble des fonctions juridictionnelles. Cela sous-entend que les plus anciens juges, en passe de partir à la retraite, doivent consacrer un temps nécessaire dans l'encadrement des plus jeunes, afin d'assurer la relève. À ce titre, l'honorariat est l'un des meilleurs moyens d'accomplissement, pour autant que la rémunération suive, afin de motiver le plus grand nombre d'entre eux. Il en va de l'amélioration de la bonne administration de la justice. Une fois recruté, le juge devrait bénéficier d'une formation initiale en amont pour acquérir les connaissances nécessaires à l'exercice de son métier, mais celles-ci doivent être renouvelées, en aval, par la formation continue, tout au long de sa carrière.

Section 2. Le comblement des déficits de formation

740. Il existe une convergence dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés pour reconnaître que le juge n'est pas un fonctionnaire comme un autre, car il joue un rôle essentiel à la construction et au maintien de l'État de droit. Au-delà de la réussite au concours d'entrée à l'École de la magistrature, l'on s'accorde que les connaissances acquises à la faculté de droit, tout comme les diplômes universitaires de l'impétrant ne suffisent pas. Ainsi peut-on imaginer des déficits évidents liés aux réalités de l'exercice des fonctions juridictionnelles, dans la mesure où, cet acteur de l'institution judiciaire a besoin de combler en amont, des connaissances à la fois théoriques et pratiques au cours de sa formation initiale commune à son collègue du parquet, avant d'entrer en fonction (§ 1). Tout au long de sa carrière, le juge participe à la construction quotidienne de la société qui ne cesse d'évoluer. De ce fait, il est impératif qu'il reste à la pointe, d'où l'importance de la formation continue (§ 2).

§ 1. L'obligation d'une formation initiale commune

741. Par définition, la formation est l'action de donner à quelqu'un (ou à un groupe) les connaissances nécessaires à l'exercice d'une activité¹²⁰⁰. Ainsi, par tradition, la formation est un impératif, une voie sûre à la fonction de juger en ce qu'elle permet au juge d'offrir des garanties procédurales indispensables à la bonne administration de la justice. Comme toute exigence classique, elle est le résultat d'un processus acquis au fil des années ce qui justifie la particularité de son histoire. S'agissant des pays concernés, la formation de juge est un héritage du modèle juridique français qui a, par la suite, prospéré ailleurs.

742. En effet, la tâche de former le juge s'avère particulière, car elle requiert la satisfaction d'exigences liées à sa compétence et à son impartialité pour, qu'il soit à la hauteur de la mission de protection des droits et libertés individuelles. De ce point de vue, l'impact de la formation initiale du juge est réel, en ce qu'elle lui permet de se construire une identité professionnelle propre, loin de l'impasse que suscite l'apprentissage sur le tas **(A)**. Il va sans dire que cette formation ne peut être rendue possible que sous un encadrement au sein d'un Centre de formation spécifique **(B)**.

A- L'impasse de l'apprentissage sur le tas

743. L'importance accordée à la formation du juge a toujours été au cœur du système judiciaire, même si sa matérialisation diffère dans le temps et dans l'espace. D'abord, pendant l'Ancien régime, elle s'appuyait sur la reproduction par les « héritiers »¹²⁰¹. Ainsi, en 1716, s'adressant à ses fils, le chancelier D'AGUESSEAU leur déclarait : « *L'essentiel est de vous former d'abord un plan général des études que vous êtes sur le point d'entreprendre ; de suivre ce plan avec ordre et avec fidélité, et surtout de ne point vous effrayer de son étendue. Ce n'est pas ici l'ouvrage d'un jour, ni même d'une année ; mais quelque long qu'il puisse être, si vous êtes exacts à en exécuter tous les jours une partie, vous serez comme ceux qui, dans les travaux qu'ils font faire, suivent toujours un bon plan sans jamais en changer. Comme ils ne perdent point de temps, ils mettent à profit toute la dépense qu'ils font. Insensiblement l'édifice s'élève, les ouvrages s'avancent ; et quelque lent qu'en soit le*

¹²⁰⁰ Dictionnaire Larousse, www.Larousse.fr, (consulté le 10 novembre 2019).

¹²⁰¹ GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », in : *Revista trimestrale, Questione Giustizia, Formazione ed Europa : esperienze a confronto*, Fascicolo, 1/2016, p. 2.

*progrès, on arrive toujours à la fin qu'on se propose, pourvu que l'on marche constamment sur la même ligne, et qu'on ne perde jamais de vue le plan qu'on s'est une fois formé »*¹²⁰².

744. Et comme la relève à juste titre Madame Simone Di GABORIAU, l'un des objectifs de cette formation était de mettre le juge « en état de démêler dans toutes les lois ce qui appartient à la justice naturelle et immuable, de ce qui n'est que l'ouvrage d'une volonté positive et arbitraire »¹²⁰³. Ensuite, après la période révolutionnaire, la formation a été fondée sur la reproduction sociale et familiale¹²⁰⁴, situation qui s'est maintenue jusqu'au début du XXe siècle. Ainsi, celui qui voulait entrer dans la magistrature, devait être nommé par le ministre de la justice¹²⁰⁵.

745. La fonctionnarisation des personnels de Justice est le fruit d'une lente évolution qui débute sous le Consulat avec la nomination des juges par le pouvoir exécutif, après avoir succédé à leur élection sous la période révolutionnaire, et avant, à l'office de judicature sous l'Ancien régime¹²⁰⁶. Deux conditions étaient alors exigées pour prétendre à cette nomination par le ministre : être licencié en droit et avoir effectué un stage de deux ans au Barreau, de sorte que les futurs magistrats avaient été avocats avant de devenir juges ou procureurs¹²⁰⁷. La réforme de 1906 a permis d'instituer un recrutement des juges sur concours, afin, pensait-on, « de constater que les candidats possèdent les connaissances théoriques et pratiques indispensables à l'exercice des fonctions judiciaires »¹²⁰⁸, à l'instar des autres corps de l'État.

746. En effet, pour pouvoir se présenter à ce concours, les candidats étaient astreints non seulement au stage du Barreau, mais également à un autre stage, d'une durée d'un an, au parquet d'une Cour d'appel ou dans une Étude d'avoués¹²⁰⁹. Jusqu'alors, la nomination effective des juges dépendait en effet du capital des relations qui pouvait être mobilisé en faveur des candidats, et plus précisément, du capital des relations politiques, car les

¹²⁰² D'AGUEUSSEAU (H.-F.), *Instructions sur les études propres à former un magistrat*, I, Paris, 1759, p. 258 et s.

¹²⁰³ D'AGUEUSSEAU (H.-F.), *op.cit.*, p. 273.

¹²⁰⁴ GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », *op.cit.*, p.2.

¹²⁰⁵ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *Rapport de l'IHEJ*, octobre 2008, p. 11.

¹²⁰⁶ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op.cit.*, p.11.

¹²⁰⁷ *Idem.*, p.12.

¹²⁰⁸ Article 7 du décret du 18 août 1906.

¹²⁰⁹ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *Rapport de l'IHEJ*, *op.cit.*, p. 12.

nominations, comme l'avancement, étaient du ressort du garde des Sceaux¹²¹⁰. Si l'importance du capital social familial était réelle, la formation s'est identifiée à la lente incorporation d'une culture familiale¹²¹¹.

747. Après l'abolition des « *privilèges* » dont la « *vénalité des charges* », la magistrature qui s'installa fut l'héritière morale de celle de l'Ancien régime¹²¹². Ainsi, PORTALIS, l'un des pères du Code civil, et fils d'un jurisconsulte de l'ancien régime, s'en défend dans son Rapport à la Chambre des pairs : « Nous croyons fermement que la maison paternelle est plus favorable aux études sérieuses, plus propre à disposer aux habitudes d'ordre et de régularité du fils d'un magistrat ou d'un jurisconsulte que tout autre séjour ; là, des mœurs graves et simples, une vie passée dans le silence du cabinet ou sous les regards du public lui enseignent avec autorité les devoirs de son état ; nous croyons fermement qu'il est utile à la société et qu'il importe à la bonne composition des tribunaux qu'un certain nombre d'individus se voue à la profession qu'ont honorée ou illustrée leurs pères ; la dignité de la magistrature s'en accroît et la confiance du public avec elle »¹²¹³. Il n'en demeure pas moins qu'au fil des ans, le système de clientélisme a été maintes fois dénoncé¹²¹⁴.

748. Et l'assouplissement progressif des méthodes d'interprétation du droit par le juge, à qui l'article 4 du Code civil de 1804 interdisait le déni de justice, même en présence « *du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* », ouvrit la voie à une certaine indépendance normative du juge¹²¹⁵. Enfin, celle-ci s'était installée dans un système d'autoreproduction du corps judiciaire avec transmission lignagère de la culture jusqu'au XIXe siècle¹²¹⁶. D'une certaine manière, le décret de 1906 a sensiblement limité le pouvoir du garde des Sceaux sur le recrutement et l'avancement des magistrats car institue également un tableau

¹²¹⁰ *Idem.*

¹²¹¹ BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », in *Acte de la recherche en science sociale*, vol.76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p.51.

¹²¹² GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », *op.cit.*, p.2.

¹²¹³ PORTALIS, *Rapport à la Chambre des pairs*, au nom de la commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi sur l'organisation du tribunal de première instance de la Seine, cité par Marcel ROUSSELET, *Histoire de la magistrature*, Paris, Plon, 1957, t.1, pp.205-206 ; cf. BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », in *Acte de la recherche en science sociale*, vol.76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p.52.

¹²¹⁴ LHERMITE (P.), « La crise de la magistrature », *La Nouvelle Revue*, 1901, vol.4, pp.103-118, cité par ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Evaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *Rapport de l'IHEJ*, *op.cit.*, p.12.

¹²¹⁵ GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », *op.cit.*, p.2.

¹²¹⁶ *Idem.*

d'avancement¹²¹⁷. Le mérite scolaire devient ainsi le principe de recrutement et d'avancement. Dorénavant, la nomination à un poste en début ou en cours de carrière est soumise à certains critères de compétence technique, d'ancienneté, étant un nouveau mode de reproduction basé sur légitimité scolaire¹²¹⁸.

749. Selon une doctrine, les exigences prévues par le décret de 1906 n'étaient pas suffisantes pour garantir la qualification des futurs juges. Ainsi, « l'on n'est point jurisconsulte pour avoir passé à l'école ses examens avec succès, que l'on est seulement apte à étudier le droit, qu'il faut encore, avant d'essayer de l'appliquer, des études bien plus sérieuses »¹²¹⁹. Il va sans dire qu'à cette époque, malgré la formation initiale, les juges apprennent leur métier sur le tas. Comme l'affirme par ailleurs, Madame Anne BOIGEOL, même si ce type de formation, par une longue imprégnation familiale, ne concerne effectivement que quelques-uns, qui s'inscrivent dans la descendance des grandes familles de magistrats, le principe qui le sous-tend, à savoir l'absence d'organisation de la formation doit s'acquérir par le jeu des dispositions personnelles et par la fréquentation du milieu judiciaire¹²²⁰. C'est par la fréquentation d'une juridiction, structurée essentiellement par le jeu de relations personnelles, que le futur magistrat doit progressivement, par la pratique, s'imprégner de la fonction et acquérir le savoir-faire d'un juge ou d'un substitut¹²²¹.

750. S'agissant des pays concernés, l'apprentissage de la fonction de juger sur le tas est observé pendant la période coloniale, notamment avec les juges européens. Après une courte formation liée au droit et *us* des territoires ceux-ci devaient exercer leur fonction, tandis que la formation initiale était censée contenir différents aspects techniques, le savoir-faire, les principes généraux de la procédure, c'est-à-dire, tout ce qui relève de l'humain dans la fonction de juger. Ces juges ont donc dû faire face aux réalités culturelles et environnementales, ce qui a permis l'accélération de la formation des magistrats indigènes dans l'ex Congo-belge où, pour être éclairé en matière pénale, par exemple, la justice

¹²¹⁷ BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », in *Acte de la recherche en science sociale*, vol. 76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, pp. 49-64.

¹²¹⁸ *Idem.*

¹²¹⁹ La formule est attribuée au Professeur FOUCART, article paru in *Revue de législation et de jurisprudence*, citée par Maurice DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, Thèse, Paris, 1908, p.143, et reprise par BOIGEOL (A.), La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle), in *Acte de la recherche en science sociale*, vol. 76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p. 51.

¹²²⁰ BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op.cit.* 52.

¹²²¹ ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1979, cité par ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op.cit.*, p.15.

coloniale faisait appeler le chef de village pour qu'il renseigne sur la coutume¹²²². En effet, il n'est pas rare que jusqu'à ce jour, que le droit applicable, n'ait prévu certains cas, ce qui nécessite les éclairages des chefs de village en raison de leur forte expérience à la coutume.

751. Le témoignage de l'auteur, haut magistrat honoraire, nous renseigne davantage sur l'intérêt de la formation initiale, ainsi affirme-t-il : « *On s'est beaucoup attaché, au Congo belge, à la formation de ces magistrats indigènes et on a eu infiniment raison. C'est là, en effet, un problème particulièrement important. Si on veut faire appel à ces éléments, et on est obligé de le faire car c'est la seule façon, en territoire d'outre-mer, de résoudre le problème de la justice. Il est bien nécessaire de leur donner des connaissances, une culture. C'est à cette connaissance à leur donner, à cette culture que l'on s'est attaché* »¹²²³.

752. Les rares magistrats et défenseurs d'office indigènes sélectionnés, pouvaient participer à des réunions dans lesquelles des cours leur étaient donnés, d'une part, il s'agissait d'enseigner le droit, d'autre part, on les faisait participer à des sortes de séances théoriques, et on leur proposait des cas pratiques, sous le contrôle d'un magistrat ancien, soit européen¹²²⁴, soit indigène, qui leur faisait une simulation de procès, accompagnée de conseils et d'éléments de procédure nécessaires.

753. D'une certaine manière, l'on peut constater qu'il s'agissait plus d'un moyen, pour la justice coloniale, de combler l'impasse de la formation reçue en métropole, laquelle se limitait aux réalités locales. Il n'était nullement question d'une volonté d'émanciper les indigènes. Cela s'explique par le fait que, contrairement à la politique coloniale de la France qui consistait à *l'assimilation*, celle de la Belgique était *paternaliste*, c'est-à-dire, qu'il n'y avait aucune formation pour les indigènes. Cette politique explique, dans l'ex Congo belge, l'absence d'un nombre important de cadres indigènes, y compris dans la magistrature. Jusqu'aux premières années des indépendances des pays concernés, c'est l'apprentissage sur le tas qui a permis l'effectivité du transfert des connaissances aux premiers juges africains, alors que dans d'autres pays, à l'instar du Sénégal, ce mode de transfert de compétence était plus avantageux, car jusqu'en 1975, les premiers juges étaient formés à l'ENM en France.

¹²²² MAURICE (R.), « L'organisation de la justice au Congo belge », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 5, n°1, janvier-mars, 1953, pp.97-112, spéc. p. 103.

¹²²³ *Idem.*

¹²²⁴ *Idem.*

754. On admet que l'apprentissage sur le tas est un simple produit de l'activité professionnelle des juges, associé au discrédit dont jouit la magistrature¹²²⁵. La fonction de juger requiert une professionnalisation, celle-ci passant avant tout par une formation initiale. C'est le seul moyen permettant d'éviter l'impasse de toute formation « sur le tas ». C'est ainsi que dans les pays étudiés, on a assisté à cette conversion d'examen d'entrée, devenu un véritable concours qui, somme toute, constitue la première phase de la formation initiale des juges.

755. De plus, cette formation ne ressemble pas à une remise à niveau des impétrants¹²²⁶. Cela sous-entend que la durée de la formation initiale des juges doit être raisonnable afin de leur permettre d'acquérir des connaissances théoriques et pratiques à la hauteur des tâches qui les attendent. Car, depuis toujours, sur le plan juridique, la formation académique est estimée incomplète, inadaptée et doit être compensée par un « enseignement théorique des matières spéciales que la faculté ne donne pas et que l'on trouve même si difficilement dans les livres »¹²²⁷.

756. Dans la mesure où la formation initiale des juges constitue un gage de sécurité juridique, elle ne peut se limiter uniquement aux matières juridiques. Elle doit comprendre une variété de disciplines lui permettant de répondre aux objectifs de la fonction de juger. Cela sans exhaustivité doit concerner, non seulement les formations théoriques, mais aussi les valeurs de l'organisation judiciaire, l'approfondissement des connaissances des procédures civile et de pénale, la déontologie et l'éthique, le management d'audiences, la préparation méthodologique aux actes écrits et oraux, l'informatique ou encore la langue étrangère. Il s'agit d'apprendre au futur juge le sens des contours du métier qui l'attend à la fin de sa

¹²²⁵ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op.cit.*, p.16.

¹²²⁶ En effet, sans remettre en cause les capacités intellectuelles et individuelles de nombreux juges en RDC par exemple, force est de constater que la majorité d'entre eux ont appris leur métier sur le tas, avec tous les risques qui y sont liés. Alors que le pays vient de se doter d'un centre de formation, l'article 4 du statut des magistrats dispose que : « Les candidats retenus (...) sont admis à l'école supérieure de la magistrature et soumis à un stage de douze mois dont l'organisation est fixée par le Conseil Supérieur de la Magistrature » À notre avis, le problème de la formation appropriée à l'ensemble des acteurs de justice, en particulier, des juges n'est pas entièrement résolu, alors que la durée de formation initiale des juges et des greffiers est de deux années consécutives au Cameroun (article....), au Mali (article 24 du Statut de la magistrature) et en Guinée. Cette formation est répartie en une première phase de stage combinée avec l'enseignement théorique à l'école. Elle est suivie d'un stage à l'extérieur, auprès de juridictions, d'administrations et en cabinet d'avocats. Et la seconde phase prend généralement la forme d'un stage qui vise à préparer les futurs juges à l'exercice du premier poste.

¹²²⁷ FAU (G.), « La formation professionnelle des juges de paix, Le pouvoir judiciaire, 25 avril 1948 », cité par ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 57.

formation initiale. Ce qui n'exclut pas le doute que l'on accroche si souvent à la qualité de juge, car la vérité est incertaine, plurielle, autant qu'absolue et nécessaire.

757. Nous pensons que prétendre transmettre un savoir-faire à des lauréats lors d'un concours d'entrée, par des personnes qui n'ont pas forcément bénéficié d'une bonne formation (en l'espace, prévue sur une période de douze mois) est trop court¹²²⁸. Cette dernière décennie, la problématique de la formation des juges est au cœur de tous les pays, y compris en Afrique francophone. Il en va de même en France et en Belgique, où l'on note la tendance plutôt vers l'allongement de la durée de formation initiale des juges. Si la formation initiale est actuellement de trente-et-un mois en France, depuis les scandales judiciaires¹²²⁹ de la fin des années 90, elle est fixée sur une période de trente-six mois en Belgique. Ces deux affaires tristement célèbres ont montré les dysfonctionnements de l'institution judiciaire, de la police et des acteurs sociaux (assistants sociaux, psychologues.), ainsi que la nécessité de maintenir de bonnes relations pour l'ensemble des acteurs de justice en vue d'optimiser une bonne administration judiciaire.

758. Plus particulièrement, ces affaires, comme d'autres moins célèbres, ont montré que la formation est fondamentale à l'exercice de la fonction de juger, mais qu'elle a aussi besoin d'être adaptée en fonction de l'évolution de la société moderne. En Belgique par exemple, la restriction est telle que le stagiaire judiciaire¹²³⁰ est placé sous la direction de deux maîtres de stage, l'un compétent pour le parquet et l'autre pour le siège, lesquels établissent un rapport de circonstance concernant les diverses étapes de la formation. De cette façon, à la suite de sa nomination, le stagiaire judiciaire entre directement en fonction, sans suivre de formation complémentaire. De ce point de vue, il y a des similitudes avec ce qui est retenu dans les pays étudiés, avec la même motivation, assurer la professionnalisation de la fonction de juger par la formation. Cependant, étant donné que le corps de la magistrature est différent des autres, il est tout à fait habituel que cette formation soit assurée dans un centre spécifique, à l'instar de l'ENA, par exemple.

¹²²⁸ Voir, l'article 4 du Statut des magistrats de la République démocratique du Congo.

¹²²⁹ L'affaire DUTROUX en Belgique, et l'affaire d'Outreau, en France.

¹²³⁰ Il s'agit de l'équivalent de l'auditeur de justice de l'ENM.

B- L'intérêt d'un centre de formation spécifique

759. Pendant la période coloniale, les juges envoyés en Afrique recevaient une formation professionnelle dispensée par une école d'administrateurs. Ainsi, pour l'ex AOF, la section magistrature de l'École Nationale de la France d'Outre-Mer (ENFOM)¹²³¹ assurait la formation des futurs juges, tandis que l'École Coloniale de Bruxelles (ECB)¹²³² formait les juges pour l'ex Congo belge. Déjà à cette époque, ces écoles de formation étaient accessibles aux personnes hautement qualifiées (professeurs de faculté de droit, docteurs en droit, licenciés en droit, par exemple) par la voie du recrutement latéral, à condition qu'elles aient assuré pendant deux ans, des intérim de magistrature.

760. Dans les deux cas, on parlait d'un corps des magistrats d'Outre-mer¹²³³, ces derniers exerçant la mobilité géographique et fonctionnelle. Toutefois, en droit comparé, la France est le premier pays à avoir créé une école de formation spécifique. L'idée d'une école de formation des juges a été lancée en 1945¹²³⁴, même si sa formule actuelle ne date que de 1970. Elle est née sur la base des critiques concernant tant l'examen professionnel que la formation, critiques ayant permis une mise à distance des modalités traditionnelles de reproduction du corps et, par extension, d'une magistrature entachée de dévalorisation, où de nouvelles conceptions de la formation peuvent se développer¹²³⁵.

761. Les débats sur l'opportunité de transformer radicalement les modes de recrutement et de formation des magistrats ont duré¹²³⁶ jusqu'en 1958, lors de l'avènement de la Constitution de

¹²³¹ Cette école existait déjà en 1885, mais c'est par le décret du 7 avril 1905 que fut mise en place une section magistrature, modifiée à plusieurs reprises, notamment par le décret du 14 mai 1956 et celui du 19 décembre 1957.

¹²³² L'arrêté royal du 7 juillet 1924, modifié par l'arrêté du Régent du 11 septembre 1948.

¹²³³ Madame Martine FABRE relève que tous ces magistrats n'étaient que des hommes, à l'exception d'une femme qui s'est battue pour devenir magistrat Outre-mer. Sa nomination est la conséquence d'un arrêt du Conseil d'État dont l'attendu est éloquent : « aux termes de l'article unique de la loi du 11 avril 1946, ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature : tout Français de l'un ou de l'autre sexe répondant aux conditions légales peut accéder aux fonctions de la magistrature ; que l'existence d'un statut particulier de la magistrature coloniale ne peut aller à l'encontre des termes généraux de cette disposition. Dès lors, le ministre de la France d'Outre-mer méconnaissait la portée de la loi précitée pour dénier à la requérante le droit de se présenter à l'examen de la magistrature coloniale », *Recueil Dalloz*, 1949, p. 552, note Louis Rolland, cité par Martine Fabre, in *Le magistrat d'Outre-mer, l'aventure de la justice* (Extrait de l'ouvrage : *Le juge et l'Outre-mer : les roches bleues de l'Empire colonial*), éd. Centre d'histoire judiciaire, 2004.

¹²³⁴ L'ordonnance du 2 novembre 1945 créant un corps d'attachés de chancellerie (France).

¹²³⁵ BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op.cit.*, p. 57.

¹²³⁶ GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », *op.cit.*, p.4.

la Ve République. Monsieur Michel DEBRÉ, alors garde des Sceaux, puis Premier ministre, est considéré comme l'un des pères fondateurs de cette école. Dans les pays soumis à notre étude, cette idée est récente, et la création de cette école se justifie par des motivations similaires. L'École de formation de la magistrature, tout en étant une réelle préoccupation, reste sensible, car sa survie dépend en grande partie de politiques conjoncturelles et budgétaires, d'une part, et répond au bon gré des gouvernants qui peuvent la supprimer pendant un temps¹²³⁷ ou la maintenir¹²³⁸ en permanence, d'autre part.

762. Si les objectifs qui concourent à la création d'une école de formation spécifique sont multiples, ils s'articulent principalement autour de la formation du juge, lequel connaît une « crise de légitimité ». Il en va ainsi de la reconnaissance de la compétence particulière de ce corps, consistant à concilier l'exigence sociale d'une magistrature plus ouverte et la volonté politique de forger un nouveau et unique corps judiciaire d'État¹²³⁹. Ainsi, transformer le système de formation des magistrats en préconisant la création d'une école implique que soient justifiés le type d'enseignement proposé et les modalités propres à l'organisation de l'école¹²⁴⁰. De plus, cette transformation dans le mode de reproduction du corps passe par une redéfinition de sa compétence¹²⁴¹, le défi est majeur pour les pays concernés, car cela sous-entend la mise à la disposition dans cette école, de moyens humains et matériels sûrs, sur le long terme. Le juge doit acquérir une formation initiale de haute qualité, qui ne soit pas uniquement un approfondissement des connaissances théoriques reçues à l'université.

763. Il va sans dire que le corps enseignant doit être varié quant à sa composition : magistrats hautement qualifiés et expérimentés, et pour le moins « intègres », avocats chevronnés, enseignants d'université et praticiens de divers domaines. C'est à ces conditions que l'on pourrait éviter de faire de l'école de la magistrature une « faculté de droit bis » et de tomber dans un *dilemme* qu'a connu la plus vieille école de la magistrature¹²⁴². Pour la réussite des

¹²³⁷ C'est notamment le cas de la RDC à l'indépendance qui était dotée d'une école nationale de la magistrature avant qu'elle soit supprimée au début des années 80 pendant au moins quatre décennies.

¹²³⁸ En revanche, le Cameroun est le seul des cinq pays étudiés à avoir conservé l'ÉNAM.

¹²³⁹ GABORIAU di (S.), « L'École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », *op. cit.*, p. 3.

¹²⁴⁰ BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op. cit.*, p. 57.

¹²⁴¹ *Idem.*

¹²⁴² S'agissant de l'ENM, par exemple, Monsieur BURGELIN, ancien directeur s'interrogeait à juste titre, sur le fait de savoir si « la problématique de l'ENM était une école destinée à préparer sur le plan technique des juges ou si c'est un lieu où des juristes étaient destinés à s'ouvrir l'esprit pour devenir des magistrats bien intégrés ».

objectifs de cette école spécifique, il faudrait une *philosophie* propre à la catégorie d'acteurs de justice que l'on veut former. Ainsi faudrait-il garder à l'esprit et de façon permanente la question de savoir quels sont les objectifs d'« une école de la magistrature ». En effet, cette question a son intérêt dans certains pays étudiés, à l'instar de la RDC où, par exemple, s'agissant des officiers de Police Judiciaire « OPJ », le centre de formation propose, après une courte période de « formation », des médiocres OPJ, dont l'incompétence n'est pas à démontrer, méconnaissant leur déontologie et leur éthique, notamment dans leurs méthodes de travail, biaisant constamment les enquêtes criminelles au péril des libertés des justiciables.

764. Nous pensons par ailleurs que, dans la mesure où dans les pays étudiés, la création de cette école est récente, l'expertise peut être facilitée par des « dialogues » entre les équipes en charge de la formation, en particulier avec le CSM censé jouer un rôle de premier plan, notamment dans les nominations, les plans d'actions, ainsi qu'avec d'autres structures similaires, à l'instar de l'école de formation des avocats, au niveau national, mais également grâce à une coopération régionale et internationale. De même, l'école doit uniquement bénéficier d'une autonomie financière, mais elle doit aussi être gérée de manière indépendante, loin de la main mise des politiques de tout genre, une manière introductive d'assurer l'indépendance du futur juge.

765. L'on admet qu'exercer les fonctions de juger nécessite des connaissances et des dispositions autres que le droit et le raisonnement juridique : ces connaissances, ces regards différents sur les phénomènes sociaux, sont essentiellement ceux que fournissent les différentes sciences humaines nécessitant un enseignement approprié auquel les cours dispensés à l'université ne peuvent répondre de façon adéquate¹²⁴³. Toutefois, il s'agit, comme l'affirme Monsieur SICART, de « sélectionner parmi les juristes ceux qu'une culture générale plus étendue rend mieux à même de comprendre tous les hommes, d'approfondir toutes les questions, et de juger avec plus de sagesse que quiconque du point de vue humain »¹²⁴⁴, sans leur demander de tout connaître, mais d'être capables de comprendre tous

dans leur époque », cité par ÉPINEUSE (H.) (dir.), in « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op. cit.*

¹²⁴³ FAU (G.), « La formation professionnelle des juges de paix », *Le pouvoir judiciaire*, 2 avril 1949, cité par BOIGEOL (A.), in « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op. cit.*, p. 57.

¹²⁴⁴ SICART (J.), « Pour une meilleure formation des magistrats », *Le pouvoir judiciaire*, 108, fév. 1956, cité par BOIGEOL (A.), in « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op. cit.*, p. 58.

les litiges sur lesquels ils devront statuer¹²⁴⁵, c'est-à-dire, un savoir-faire. Car tout au long de l'exercice de sa carrière, le juge devra prendre des décisions dont l'importance aura inéluctablement des conséquences sociales ; et au-delà de ses compétences, l'approfondissement des connaissances s'avère nécessaire par une formation continue.

§ 2. Le développement impératif de la formation continue

766. La formation continue désigne l'ensemble des programmes de formation (à l'exception des formations académiques de 3^e cycle, de la formation doctorale et de la formation initiale des enseignements théoriques du juge) à des fins purement professionnelles, qui se présentent sous diverses formes. La formation continue du juge est aussi dite permanente, en ce qu'elle peut être réalisée tout au long de sa carrière. C'est un développement de la formation professionnelle destinée à l'acquisition et au perfectionnement, ayant pour objet de permettre l'adaptation au changement des techniques et des conditions de travail, de favoriser la promotion sociale par l'accès aux différents niveaux culturels et de la qualification professionnelle, et de contribuer au développement culturel, économique et social¹²⁴⁶. Elle concerne principalement le juge en fonction depuis une certaine période qui ne peut être inférieure à une année d'exercice professionnel, de façon à permettre au juge concerné d'acquérir une certaine compétence nécessaire à son perfectionnement.

767. Généralement, les coûts liés à la formation continue sont intégralement pris en charge par l'État, pour autant que celle-ci ait été approuvée par la hiérarchie (CSM, ministère de justice, chef de cour, etc.). Il va sans dire que l'opportunité de la formation continue relève des conditions d'organisation, d'une part, en ce qu'elle ne doit pas perturber le fonctionnement quotidien de la juridiction d'attachement du juge bénéficiaire, d'autre part, et elle doit avoir un lien avec les besoins de la justice, de manière générale **(A)**. Dans la mesure où les formations continues du juge valorisent et améliorent l'image de la justice, elles doivent être obligatoires et basées sur un programme rigoureux. Ainsi, vis-à-vis de la hiérarchie, cela signifie que les compétences de la formation suivie soient prises en compte **(B)**.

¹²⁴⁵ MONZEIN (P.), « Réflexions inutiles sur la création d'une École de la magistrature », *Le pouvoir judiciaire*, 110, mai 1956, cité par BOIGEOL (A.), in « La formation des magistrats (De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle) », *op. cit.*, p. 58.

¹²⁴⁶ CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p.475.

A - Le caractère et les conditions d'une véritable formation

768. Le terme de « participant » désigne tout juge qui s'inscrit à une formation continue, tandis que le « prestataire de services » signifie l'organisateur d'une formation continue, pouvant être, selon les cas, un magistrat hautement qualifié ou l'entité organisatrice de cette formation. S'agissant de la justice étatique, le moins que l'on puisse dire, c'est que ces deux dernières décennies ont permis de faire de la formation continue du juge un facteur d'attractivité et de modernisation. Celle-ci est ainsi devenue une dimension essentielle, car relevant de la responsabilité de l'État, pris comme employeur. La formation continue s'intègre pleinement dans la problématique liée à la formation des magistrats, dans la mesure où elle est censée prolonger et compléter la formation initiale¹²⁴⁷.

769. Afin d'organiser la formation continue, des conditions doivent être réunies. Ainsi, dans le droit français, selon Monsieur Daniel LUDET, la formation continue a occupé une place croissante dans les activités de l'ENM, en particulier à partir de la fin des années 70 ; lorsqu'une réduction du temps de scolarité des auditeurs de justice a été compensée par l'instauration d'une formation continue obligatoire imposée aux magistrats issus de l'ENM, à raison d'un mois au cours de chacune des quatre années, ces magistrats relevaient, comme leurs collègues, d'une formation continue facultative¹²⁴⁸. Supprimée en 1992, il a fallu attendre une loi de 2007¹²⁴⁹ pour que soit consacré le principe obligatoire de la formation continue pour le juge. Le modèle français a influencé de nombreux pays, y compris européens, à l'instar de la Belgique et du Royaume Uni. S'agissant de la première, le fait que l'IFJ soit devenu opérationnel à partir de 2008 a permis un renforcement de la formation continue, dont le programme d'approfondissement des connaissances théoriques du juge et de sa pratique professionnelle.

770. La formation continue porte sur des axes variés, notamment sur les échanges d'expérience professionnelle, l'accompagnement des réformes, la formation concernant des thématiques, la méthodologie, ne sont que quelques exemples. Depuis 2000, c'est le Conseil supérieur de la justice qui supervise la formation continue. Il s'agit d'un organe indépendant

¹²⁴⁷ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op.cit.*, p.25.

¹²⁴⁸ LUDET (D.), « Des questions en débat. Formation et responsabilité des magistrats, quelles réformes ? », in *Cahiers français* n°334, La Documentation française, sept-oct., 2006.

¹²⁴⁹ Loi organique n°2007-287 du 05 mars 2007, relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, *J.O.* du 06 mars 2007.

et sa composition est paritaire (francophones et néerlandophones) magistrats et non magistrats, en dehors de toute implication politique. Quant au Royaume-Uni, depuis 1979, le juge et les autres magistrats à temps pleins reçoivent une formation continue auprès du *Judicial College* (ex. *Judicial Studies Board*). C'est un organisme totalement indépendant dans la gestion et le contrôle des formations continues de juges, et tout se passe loin de la mainmise du ministre de la justice.

771. La philosophie de la formation continue du juge diffère sensiblement de l'approche en matière de formation initiale¹²⁵⁰. Il y a, de ce point de vue, des points communs dans les pays concernés où l'on constate qu'alors que les cours dispensés aux auditeurs de justice sont obligatoires. La formation continue, en son régime actuel, repose sur le principe du volontariat du juge. À certains égards, cela peut constituer une source d'insécurité judiciaire du point de vue de la compétence de ce dernier. Cependant, le constat est amer : d'une part, du côté des pouvoirs publics, la formation continue suppose une politique budgétaire, car pendant la durée de sa formation, le juge doit bénéficier d'une prise en charge intégrale, y compris de ses frais et *per diem*. De plus, l'organisation implique le respect du principe d'égalité entre juges. Tout ne doit pas être concentré dans la capitale, de crainte d'assister à la création de la catégorie de « juges de provinces » contre ceux des grandes villes. D'autre part, le caractère « facultatif » n'attire que très peu de candidats, certains prétextant, parfois à raison, la charge de travail de leur office, d'autres ne se sentant pas intéressés.

772. Nous pensons qu'en effet, la formation continue est avantageuse à double titre : pour la justice étatique et pour le juge demandeur qui peut la demander séparément. Le fait que ces initiatives ne soient pas opposées doit rendre la formation continue obligatoire et accessible au juge, sans limite du nombre d'années d'exercice professionnel¹²⁵¹, pour lui permettre d'être au courant des défis auxquels font face certaines personnes vulnérables au regard des réalités de la société. De même, un programme lié au contexte social offre au juge les compétences indispensables pour s'assurer que les mythes et les stéréotypes n'influencent pas la prise de

¹²⁵⁰ Rapport sur l'approfondissement nécessaire en formation continue, in *La justice, de la gestion au management : former les magistrats et les greffes en chef*, www.senat.fr, (consulté le 01 septembre 2019).

¹²⁵¹ En France, dans l'affaire dite d'*Outreau*, l'une des critiques formulées à l'encontre du juge d'instruction qui, occupait son premier poste et y faisait ses premières « armes » peu de temps après sa sortie de l'ÉNМ, qu'il était considéré comme un juge malhabile dans la gestion de son dossier d'instruction et peu enclin à soumettre à la contradiction des convictions, irrespectueux des droits de la défense, etc. Fondées ou non, ces critiques ont mis en cause la formation initiale des juges ainsi que sa durée. Or, le « bon » juge est un solitaire dans son office et la formation continue peut-être un cadre idéal pour échanger avec d'autres participants afin de briser cette solitude « fonctionnelle » qu'il gère tout au long de sa carrière.

décision judiciaire qu'il aura à prendre dans l'exercice de ses fonctions, à l'instar de ce qui est organisé pour les avocats¹²⁵² et pour certains acteurs des tribunaux de commerce dans les États membres de l'OHADA¹²⁵³.

773. La formation continue est organisée, dans certains cas, par le ministère de la justice, dans d'autres, par le CSM ou un autre organisme indépendant. Elle peut adopter des formes variées, à savoir, la simulation de procès civils, l'apprentissage de techniques de la gestion d'audience, de séminaires, colloques, stages, au niveau national ou à l'étranger, favorisant les dialogues entre juges et d'autres acteurs de la justice. La formation continue comprend également des congrès, des conférences sous diverses formes, pour autant qu'il s'agisse de rencontres scientifiques. Effectuer une formation continue pour un juge, est, nous semble-t-il, devenir acteur de son évolution professionnelle, développer ses savoirs et savoir-faire, car elle reste la pierre angulaire d'une justice accessible et efficace, assurant la confiance des citoyens et des justiciables.

774. La formation continue doit faire l'objet d'un accompagnement du juge tout au long de sa carrière, notamment dans les réformes législatives et jurisprudentielles, dans son changement de fonction, dans sa spécialisation ou encore dans une sensibilisation aux évolutions sociales et institutionnelles, permettant de combler tout besoin de nature professionnelle qui puisse l'être par la formation¹²⁵⁴. Le fait que la formation continue du juge soit organisée sur la base d'un programme de modules pluridisciplinaires est un excellent moyen pour répondre à une réelle attente de la part des bénéficiaires, qui disposent d'une marge de manœuvre sur le choix des modules, en accord avec les chefs de cours.

775. Dans les pays étudiés, particulièrement dans certaines juridictions de province, en raison de leur éloignement et de leur taille modeste, la formation continue joue le même rôle que la spécialisation. Car, en l'absence ou par l'insuffisance d'une spécialisation du juge dans des domaines touchant le contrat du travail, comme par exemple, le droit pénal de travail, ou les aspects économiques et financiers, le contentieux peut échapper au contrôle du juge, au motif

¹²⁵² L'expérience actuelle de l'*UIA*, *IBA*, *INTA*, etc., est bénéfique pour les avocats, les universitaires et d'autres praticiens du droit. La participation individuelle est sanctionnée par la délivrance d'un « *attendance certificate* » à faire valoir auprès du Barreau, etc. Ces types de rencontres sont aussi des occasions de créer ou de renforcer le « *networking* ».

¹²⁵³ Le Traité OHADA a prévu des dispositions similaires pour les juges consulaires et les avocats à l'ERSUMA.

¹²⁵⁴ ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *op. cit.*, p. 25.

qu'il ait éprouvé des difficultés de meilleure compréhension des faits qui lui sont soumis. De même, dans les contentieux les plus techniques, le juge peut se dessaisir au profit d'un expert¹²⁵⁵, ce qui peut être préjudiciable à la fois pour la justice et les justiciables qui doivent attendre très longtemps avant le prononcé d'un jugement. Dans d'autres cas, il peut se déclarer compétent et prononcer une décision qui peut s'avérer lourde de conséquences pour les justiciables, leur vie, leurs biens et leur liberté.

776. Quelle que soit la formule retenue, la formation continue du juge doit s'adapter aux besoins de formation suscités par les bouleversements de la société contemporaine. Elle doit accompagner le juge dans les changements et les pratiques de sa fonction, favoriser l'échange d'outils méthodologique, ou encore assurer la pluridisciplinarité dans l'approche des thèmes abordés. Ainsi, en droit français, par exemple, il a été révélé que, confrontés sur le terrain à des problématiques de gestion et de management, les magistrats saisissaient mieux que les auditeurs de justice, l'importance de ces questions¹²⁵⁶. Toutefois, certains domaines doivent être considérés comme prioritaires par rapport à d'autres, tels que les droits de l'homme, le droit de la famille, le droit de l'environnement.

777. Si l'obligation de la formation continue peut contribuer à l'amélioration de l'image de la justice dans les pays concernés, tout est lié à la personnalité du juge. De fait, surgit la principale critique du recrutement par concours. En effet, seuls réussissent les étudiants les

¹²⁵⁵ Du latin *ex-pertus*. C'est le participe passé du verbe *periri* qui n'est plus en usage aujourd'hui. Il signifie « qui a l'expérience de, qui est habilité à ». Au XVI^{ème} siècle, Montaigne le transforme en un nom pour désigner un spécialiste en droit, ce qui, en pratique, permet l'expression connue « à dire d'experts ». Concrètement, un expert est une personne dotée d'une expérience dans une discipline quelconque de la science juridique et qui exerce son activité de manière libérale. Il s'agit d'un acteur de justice, au même titre qu'un avocat, ce qui le soumet à certaines conditions liées à son expérience professionnelle et à sa moralité. Dans les pays étudiés, les juridictions procèdent régulièrement à la mise à jour d'un tableau annuel d'experts judiciaires, généralement dans les ressorts des cours d'appel. Il en va de même pour la cour suprême. Traditionnellement, on admet que l'apport d'experts judiciaires est à la fois quantitatif et qualitatif, voire fondamental à la bonne administration de la justice. En principe, en matière du droit du travail, l'expert judiciaire ne peut procéder à la conciliation des parties. Cette mission relève de la compétence du juge, conformément aux articles 21 et 240 du Code de procédure civile. En revanche, la Chambre civile de la Haute juridiction a, dans un arrêt du 21 mars 1979, Bull. n° 91, à propos d'un litige portant sur des baux ruraux opposant deux frères, considéré que cette interdiction ne jouait pas lorsque le juge donne mission à l'expert judiciaire de déposer son rapport dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient pas à une conciliation. Toutefois, dès lors qu'elles s'accordent devant l'expert judiciaire, ce dernier est tenu de rédiger un rapport au juge compétent. Communément considéré comme le troisième œil du juge, l'expert judiciaire doit bénéficier d'une rémunération à la hauteur de son intervention afin de le mettre à l'abri de toute tentation de corruption par l'une des parties.

¹²⁵⁶ Rapport sur l'approfondissement nécessaire en formation continue, in *La justice, de la gestion au management : former les magistrats et les greffes en chef*, www.senat.fr, (consulté le 01 septembre 2019).

plus brillants et les mieux préparés à ces épreuves¹²⁵⁷, cette situation, parfois, ne renseigne pas suffisamment les qualités essentielles pour l'exercice du métier de juge. La formation continue risque alors d'avoir peu d'intérêt pour l'institution judiciaire. Il y a des points communs dans les pays étudiés, où l'on admet que la formation continue est un droit reconnu par les textes mais qu'elle s'avère peu effective. Dès lors, il appartient à l'établissement public accrédité de concevoir et d'organiser les actions de formation destinées aux juges. En outre, un nombre important de sessions et de séminaires se déroulent dans les locaux de la juridiction où le juge est affectée, ce qui confirme le caractère original de la formation continue dispensée.

778. Par ailleurs, dans les pays concernés, aucun texte précité ne consacre l'obligation au juge d'effectuer une formation continue, alors qu'il s'agit d'un droit allant sur une moyenne de cinq jours par an. L'éventail des stages et séminaires offerts est vaste. En France par exemple, a été parallèlement, en 1990, une formation continue organisée au niveau des cours d'appel. Elle est destinée à compléter le dispositif national et vise à répondre « aux besoins locaux » du juge, afin notamment, d'approfondir les particularités locales et d'étudier les questions d'actualité. Une telle initiative nous paraît efficace en ce qu'elle permet au juge de rester connecté à l'environnement dans lequel il exerce sa fonction. De manière générale, toute formation suivie par un juge est intéressante tant pour le bénéficiaire que pour l'institution judiciaire.

B - La prise en compte des formations suivies

779. La participation d'un juge à une formation continue suppose sa disponibilité, laquelle reste étroitement conditionnée par sa charge de travail au quotidien, étant même étroitement liée aux priorités du chef de juridiction. De fait, il appartient à ce dernier de décharger le juge bénéficiaire de la formation continue, de certaines obligations pour qu'il puisse disposer du temps nécessaire. Il en va de même pour le juge prestataire de la formation continue. Néanmoins, celle-ci est substantiellement « la chose » de son bénéficiaire, et non de ceux qui

¹²⁵⁷ LUDET (D.), « Des questions en débat. Formation et responsabilité des magistrats quelles réformes ? », www.senat.fr, (consulté le 01 septembre 2019).

la dispensent ; ainsi, elle suppose une attitude de curiosité, de soif de connaissances et d'expression¹²⁵⁸, atouts qui constituent le propre du juge.

780. Dans la mesure où l'objectif principal de la formation continue est d'approfondir et de développer les compétences professionnelles du juge, à l'issue de celle-ci, ce dernier peut bénéficier d'une reconnaissance de sa hiérarchie, notamment en terme de responsabilités au sein de sa juridiction d'attache. Ainsi, la fiche-formation doit mentionner les formations suivies par chaque juge et, par ailleurs, être insérée dans son dossier personnel. Nous avons vu que la formation continue diffèrait de la formation « diplômante », laquelle peut en revanche, donner lieu à une promotion en grade. Dans tous les cas, les critères liés à la vacance de postes et aux budgets disponibles restent déterminants pour la prise en compte de la formation suivie.

781. Aux yeux des citoyens et des justiciables en Afrique francophone, la justice étatique doit demeurer irréprochable à tout point de vue. Cela suppose un renouvellement permanent de la confiance en l'institution judiciaire. L'absence de cette confiance reviendrait à remettre en cause la légitimité du juge premier acteur visé. Le juge qui est chargé de trancher les litiges individuels du travail, doit être à la hauteur pour rendre des décisions acceptables par tous, particulièrement pour leur qualité. C'est pourquoi, nous pensons que le mode de recrutement et la formation des acteurs de justice, entendus comme des enjeux des fonctions du juge, doivent constituer une priorité. En effet, si le juge bénéficie d'une bonne formation à l'entrée et tout au long de sa carrière, l'on peut espérer qu'il sera en mesure d'exercer sa mission sans la moindre inquiétude et la sécurité juridique en sera garantie.

¹²⁵⁸ DELORS (J.), *Au-delà des illusions*, Esprit, p. 561, cité par H.-F. Koechlin, in *Le droit de la formation continue*, préface de G. Lyon-Caen, LGDJ, 1978, p. 326.

Conclusion du Chapitre 1

782. En guise de conclusion de ce premier chapitre, un double constat s'impose. D'une part, le mode classique du recrutement et de formation du juge, semble avoir atteint ses limites dans le fonctionnement traditionnel du corps judiciaire des pays d'Afrique francophone. Ce mode, essentiellement fondé sur les critères des connaissances acquises à l'École de formation, ne doit pas être abandonné pour autant, il doit être adapté à l'évolution de la société moderne.

783. D'autre part, il est clairement établi que d'autres modes d'amélioration de la qualité de la justice étatique sont à prendre en compte, dans la mesure où l'exercice des fonctions du juge exige diverses qualités indispensables. Celles-ci doivent être acquises ou perfectionnées tout au long de la carrière de ce dernier. Ainsi, l'idée de rendre obligatoire la formation initiale pour tout juge nous paraît pertinente en ce qu'elle permet la mise à jour permanente des connaissances acquises, à partir d'expériences partagées entre personnes du même corps.

784. Si l'apport qualité est bénéfique à l'institution judiciaire, il l'est aussi pour le juge qui peut être en mesure de rendre des décisions à la hauteur de ce qui est exigé par les justiciables et, *in fine*, l'État de droit y gagnerait. Aussi, la modernisation de la justice est liée à celle de la société, sous l'influence de la mondialisation. S'il est aujourd'hui admis que la mondialisation est un phénomène bénéfique pour certains domaines, ceux relatifs à l'économie ou à la science, par exemple, nous pensons qu'elle l'est davantage pour la fonction du juge, notamment par le dialogue entre juges. En Afrique francophone, ceux-ci vivent dans une ère sans frontière, dans laquelle l'enfermement sur soi est devenu un écueil à éviter. Plus concrètement, le juge ne peut exercer sa fonction que dans le respect des garanties et des obligations déontologiques. C'est ce qu'il nous appartient de voir à présent.

Chapitre 2. Le respect des garanties et des obligations du juge

785. Une fois investi de sa fonction, le juge devient dépositaire d'une parcelle de pouvoirs, dont le plus important est, incontestablement, la protection des libertés individuelles. Le juge a également pour rôle de faire passer « *quelque chose* » de l'état prénormatif à l'état normatif¹²⁵⁹. Pour bien mener sa mission, il doit bénéficier d'une indépendance réelle et effective. Cette dernière est, dans une société, l'un des piliers de l'existence d'un État de droit. Même si, l'indépendance ne constitue pas une fin en soi, elle est une garantie essentielle pour les justiciables. En tant qu'exigence morale, elle est aussi une attitude que le juge doit avoir dans l'exercice de sa fonction.

786. Le philosophe Ronald DWORKIN a écrit que, « *L'empire du droit se définit par une attitude, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes de procès (...) c'est une attitude d'interprétation, d'autoréflexion, qui s'adresse à la politique dans son sens le plus large* »¹²⁶⁰. Ainsi, en droit français, par exemple, les évolutions normatives de ces dernières années en témoignent, comme, la reconnaissance du droit à l'avortement, par exemple. Avant la loi VEIL de 1975, il y avait eu le procès de Bobigny en 1971, dont la question principale posée devant les juges était celle de savoir, si l'avortement devait continuer à être qualifié de crime¹²⁶¹. Et ce sont eux qui, les premiers, ont reçu le message de l'espace civil et l'ont fait passer à l'espace politique pour en faire une loi¹²⁶².

787. Le Professeur Dominique ROUSSEAU souligne : « *c'est parce que le juge n'est pas dans l'État mais à l'articulation des pouvoirs qu'il peut remplir cette fonction démocratique* »¹²⁶³. Cependant, si une attribution, somme toute nécessaire, d'indépendance du juge peut constituer une garantie pour les citoyens et les justiciables, elle peut, à certains égards, paraître comme une source de menace pour les politiques, qui sont à majorité élus et qui, sous prétexte de faire respecter la séparation des pouvoirs, peuvent plutôt craindre en permanence, la montée en puissance de l'indépendance du juge.

¹²⁵⁹ ROUSSEAU (D.), « Le Président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire », *Le Pouvoir judiciaire*, n°41 (NF), janv. 2017, p.18.

¹²⁶⁰ DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, trad. par E. SOUBRENIE, Coll. « *Recherches politiques* », Presses universitaires de France, Paris, 1994, pp. 449-450.

¹²⁶¹ ROUSSEAU (D.), « Le Président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire », *op.cit.*, p. 18.

¹²⁶² *Idem.*

¹²⁶³ *Ibidem.*

788. Toutefois, celui-ci est, avant tout, un être humain avec des défauts, lesquels sont susceptibles d'affecter son office, à un moment ou à un autre, au cours de sa carrière. Ainsi est-il nécessaire de prévoir des mécanismes d'encadrement et de contrôle qui garantissent à la fois son indépendance, et qui le responsabilisent dans ses interventions (**Section 1**), mais qui contribuent également à l'émergence d'une justice plus visible, élément fondamental à la construction d'un véritable État de droit (**Section 2**).

Section 1- Les interrogations sur l'indépendance et la responsabilité

789. L'effectivité de l'indépendance comme garantie fondamentale régie par le principe de la règle de droit est un processus qui se matérialise selon les lieux et les contextes. Il convient de rappeler que la doctrine majoritaire traite l'indépendance sous deux angles : fonctionnel et organique. Si les développements suivants portent essentiellement sur le second angle, nous ne manquerons pas de considérer le premier, dans la mesure où le juge n'exerce pas ses fonctions de manière isolée. Car il est clairement établi que l'on ne peut parler d'indépendance de la justice que si les juges sont eux-mêmes indépendants. Par conséquent, les deux formes d'indépendance ne peuvent être opposées.

790. En effet, si nombre de textes à valeur universelle et régionale, ainsi que les Constitutions des pays concernés font référence à l'indépendance du juge, force est de constater l'absence d'une définition propre en dehors de la trilogie qu'elle forme avec l'impartialité et la responsabilité¹²⁶⁴. Cette mise en perspective de la nature de l'indépendance du juge appelle à des questionnements propres à son office, mais aussi à ses obligations professionnelles. S'il est admis que c'est le législateur qui a accordé l'indépendance au juge, ce principe cependant est réaffirmé par le juge lui-même (§1), ce qui explique ses limites, lesquelles correspondent aux enjeux mêmes de l'indépendance (§2).

§1. L'indépendance, un principe accordé et réaffirmé

791. L'indépendance du juge est un aspect fondamental de l'État de droit, elle doit donc être protégée par l'autorité judiciaire. C'est ce qu'a tenté de démontrer un auteur : « *Rendre la justice est aujourd'hui comme hier une fonction civique, qui correspond à un besoin du*

¹²⁶⁴ GIRARDET (A.), « La réalité de l'indépendance judiciaire », disponible sur www.courdecassation.fr (consulté, le 20 avril 2019), p.2.

*groupe social : celui de permettre la solution des conflits entre individus, ou des conflits entre l'individu et la collectivité (...) par des moyens pacifiques excluant, entre particuliers, le recours à la violence (...). C'est là ce qui est essentiel dans la fonction judiciaire, et qui justifie la place à part qu'elle occupe dans l'État, c'est en cela que consiste l'exercice de l'autorité judiciaire »*¹²⁶⁵. Ainsi, pour rendre une justice impartiale, le juge a besoin de bénéficier d'un statut particulier qui le met à l'abri de la mainmise des tiers **(A)**. Toutefois, cette protection ne doit pas être confiée à l'autorité qui nomme le juge, mais à un organe corporatiste indépendant, réputé capable d'assurer la garantie spécifique du statut du juge : le Conseil supérieur de la Magistrature **(B)**.

A. Le juge, bénéficiaire d'un statut particulier

792. Dans les développements de cette étude, nous retiendrons, dans un premier temps, la définition du Doyen Georges CORNU, selon laquelle, l'indépendance s'apparente à « *La situation d'un individu qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés* »¹²⁶⁶, tout en admettant que cette définition est générale voire incomplète pour la fonction de juger. Dans un second temps, il convient de rechercher les positions doctrinales avant d'en proposer une définition.

793. L'indépendance, telle que prévue dans les instruments juridiques internationaux applicables dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés, est liée au principe de la séparation des pouvoirs¹²⁶⁷. Cependant, sa définition n'est pas une tâche aisée, comme en témoignent les positions d'une partie de la doctrine. Monsieur le Professeur Fabrice HOURQUEBIE a ainsi écrit : « *les tentatives de définitions de l'indépendance restent suffisamment générales, et généreuses, pour ne pas véritablement en saisir la substance* »¹²⁶⁸. Quant au Doyen Charles DEBBASCH, il indique que : « *la meilleure indépendance est celle qui s'affirme dans la force du raisonnement, la hauteur de vue, l'absence de parti pris* »¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ COSTA (J.-L.), « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », in *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960, pp.261-286, spéc. p. 268.

¹²⁶⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 539.

¹²⁶⁷ Article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen* de 1948 ; article 14 des *Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques* de 1966 ; article 7 de la *Charte africaine* de 1979 et la *Résolution* 21 de la CADHP de 1996.

¹²⁶⁸ HOURQUEBIE (F.), « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », in *Les cahiers de la justice*, Dalloz, 2012/2 n° 2, pp. 41-61.

¹²⁶⁹ DEBBASCH (Ch.), « L'indépendance de la justice », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p.27, spéc. p. 33.

794. Pour un éminent juriste, « *l'indépendance, n'est-elle pas plutôt la liberté pour le juge de conduire et d'exposer son analyse pour aboutir à une décision qu'il aura prise en respectant un corpus de règles et de valeurs qui fondent son office. Elle est un devoir qui s'impose au juge dans sa relation avec les justiciables ; elle suppose que le juge dispose d'une indépendance statutaire mais aussi qu'il se place toujours à la juste distance du litige qui lui est soumis, en dehors de toute influence qui n'aurait pas été contradictoirement débattue devant lui* »¹²⁷⁰. L'indépendance du juge est à la fois un enjeu et un défi pour les pays concernés, également membres de diverses organisations internationales, l'abondance d'instruments juridiques rappellent l'exigence de l'indépendance et la nécessité de sa protection : la Déclaration du Caire du 30 octobre-1^{er} novembre 1995, la Déclaration de Bamako sur la démocratie, les droits et les libertés du 3 novembre 2000¹²⁷¹.

795. On constate une convergence d'approches doctrinales avec le système de la *Common Law* des États Unis, où l'accent est mis sur l'idée de la séparation des pouvoirs afin de protéger le juge qui, dans la plupart des cas, est nommé par l'autorité politique : « *Independence seems to have at least two meanings : One meaning commonly invoked when considering the circumstances of the individual judge, is that a person is independent if she is able to take actions without fear of interference by another. Another meaning is perhaps, less common in discussions surrounding judges, but applies naturally to courts and to the judicial system as a whole* »¹²⁷². Il en est de même au Royaume-Uni : « *The doctrine of the 'separation of powers' has traditionally proposed that the state is divided into the separate and distinct arms of Executive, Legislative and Judiciary. Whereby each arm acts as a 'check and balance' on the others* »¹²⁷³.

796. L'indépendance vise à garantir à toute personne le droit fondamental de voir son cas jugé équitablement ; sur le seul fondement de l'application du droit et en l'absence de toute influence indue¹²⁷⁴, précisément, à l'égard des pouvoirs législatif¹²⁷⁵ et exécutif, mais

¹²⁷⁰ GIRARDET (A.), « La réalité de l'indépendance judiciaire », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁷¹ HOURQUEBIE (F.), « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op.cit.*, p. 43.

¹²⁷² FEREJOHN (J.), « *Independent Judges, dependent judiciary: Explaining Judicial Independence* », *Southern Californian Law Review*, vol. 72 : 353, 1998-1999, p. 355.

¹²⁷³ Voir en ce sens le site : www.Politics.co.uk/reference/judicial-independence.

¹²⁷⁴ Article 6 §1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

¹²⁷⁵ En ce sens : BREDIN (J.-D.), « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1996-3, p. 161.

également à l'égard des parties¹²⁷⁶. Selon Jean-Marc VARAUT, « l'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui n'est pas soumise à une autre à une autre collectivité ; institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait rien à rendre ou à redouter de personne (appliquée à la justice), l'indépendance se manifeste par la liberté du juge de rendre une décision non liée par une hiérarchie ou des normes préexistantes »¹²⁷⁷. Quant à l'indépendance du juge, le Professeur John FEREJOHN écrit : « From a normative viewpoint, Judges should be autonomous moral agents, who can be relied on to carry out their public duties independent of venal or ideological considerations. Independence, or impartiality, in this sense is a desirable aspect of a Judge's character »¹²⁷⁸.

797. En revanche, dans la *Common Law* britannique, si le juge a toujours été indépendant, c'est la réforme historique de juillet 2003 qui a consacré une nette séparation des pouvoirs, notamment avec la modification des fonctions de *Lord Chancellor* qui, jusqu'alors combinait les fonctions de ministre de justice et de membre de la *House of Lords* (ex. Cour suprême). Cette réforme s'est achevée en 2007 avec la création d'un ministère de la justice. Nous pensons que l'indépendance du juge est un moyen composé d'éléments (moraux et matériels) mis à sa disposition pour l'exercice de sa fonction, afin de parvenir à une justice impartiale. Notre définition s'appuie sur le fait que, par nature, comme l'a dit Rousseau, « l'homme naît bon, c'est la société qui le corrompt ». Le juge, en Afrique francophone, bien formé et placé dans de bonnes conditions (traitement salarial et de travail), peut parfaitement assurer une justice qui soit à la hauteur de remplir ses fonctions, c'est-à-dire, de manière indépendante et impartiale, ce qui confirme l'expérience avec les premiers juges des premières années de l'Afrique post coloniale¹²⁷⁹.

798. En tant qu'agent indépendant, le juge vit la réalité de son indépendance comme un élément appartenant à un ensemble plus vaste : la juridiction¹²⁸⁰. Cette intégration institutionnelle n'est pas sans conséquence sur l'indépendance du juge¹²⁸¹. Celle-ci ne peut être considérée comme un droit, car un droit, par définition, reste attaché à son titulaire, et nul

¹²⁷⁶ GUINCHARD (S.), « Procès équitable », in *Rep. pr. civ.* Dalloz, 2013, n° 191.

¹²⁷⁷ VARAUT (J.-M.), « indépendance », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 622-623, cité par HOURQUEBIE (F.), « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op. cit.*, p. 43.

¹²⁷⁸ FEREJOHN (J.), « *Independent Judges, dependent judiciary: Explaining Judicial Independence* », *op. cit.*, p. 353.

¹²⁷⁹ Nous pouvons citer comme modèles, les Juges Keba MBAYE et Seydou BÄ.

¹²⁸⁰ MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1995, p. 394.

¹²⁸¹ *Idem.*

ne peut le lui retirer, comme le droit à la vie. En revanche, l'indépendance du juge peut être mise en échec par diverses voies, dont la première est « l'ordre intérieur ». Le droit positif démontre sans ambiguïté que l'indépendance n'exonère pas l'agent qui bénéficie du respect de l'ordre intérieur¹²⁸². Le Doyen Maurice HAURIOU a écrit que l'ordre intérieur est « *l'un des degrés d'existence de l'institution* »¹²⁸³.

799. Ainsi, la confrontation entre l'agent indépendant et cette notion d'ordre intérieur semble, dès lors, inévitable¹²⁸⁴. Par conséquent, s'agissant du juge, comme le note Stéphane MANSON, « *on doit considérer que sa seule appartenance à l'institution commande sa soumission aux règles établies dans l'ordre intérieur. Cette spontanéité est marquée dès l'instant où il se porte candidat au concours. L'acte de candidature marque l'acceptation d'être soumis à l'ordre intérieur posé par le ministre responsable et par le jury* »¹²⁸⁵.

800. La deuxième voie, est une « exception légale »¹²⁸⁶ : l'intérêt du service. Le phénomène est si général que cet « intérêt du service » s'impose systématiquement à l'ensemble des agents, du seul fait de leur intégration à l'institution ; on constate clairement, en droit positif, que la portée des garanties d'indépendance est incontestablement menacée par cette notion d'intérêt du service¹²⁸⁷. Car, même si le juge est bénéficiaire d'un statut particulier, faisant partie d'un corps hiérarchisé, il est soumis à une relation de subordination, au même titre qu'un agent de droit privé, avec toutes les conséquences qui entourent ce pouvoir

¹²⁸² *Ibidem*.

¹²⁸³ Cité par J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Paris Sirey 1934, p. 381.

¹²⁸⁴ MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse, *op. cit.*, p. 394.

¹²⁸⁵ *Ibidem*, p. 396.

¹²⁸⁶ SY (D.), « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », in *Le statut du juge en Afrique*, Afrilex, archives- n° 3 : juin 2003, p. 6.

¹²⁸⁷ MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, *op. cit.*, p. 394.

disciplinaire, telle que la suspension¹²⁸⁸. Enfin, la troisième voie est qualifiée par une doctrine de ‘pratique contestable’¹²⁸⁹, à savoir, « l’interim »¹²⁹⁰.

801. Comme les deux premières, l’interim est censé contribuer au bon fonctionnement de la justice. En principe, il doit s’étendre sur une période pour le moins raisonnable, mais, en pratique, il peut être source d’abus, notamment pour éloigner un juge de sa juridiction d’attachement, de manière prolongée. Dans la plupart des pays où il y a absence d’État de droit, la protection de l’indépendance est quasi nulle, néanmoins, étant présente dans les textes fondamentaux, elle n’est qu’un leurre « institutionnel ».

802. Comprise comme une règle, l’indépendance fait référence à la faculté d’un organe d’exercer une fonction sans ingérence de la part d’aucune autre autorité¹²⁹¹. Ainsi, « deux organes peuvent être dits réciproquement indépendants lorsque chacun d’eux échappe à toute interférence de la part de l’autre quant à sa formation, à l’exercice de sa fonction et à sa durée »¹²⁹². Cette situation d’indépendance permet de soustraire le titulaire d’une fonction des éventuelles pressions exercées par les organes chargés des autres fonctions¹²⁹³.

¹²⁸⁸ En ce sens, au Gabon, en septembre 2019, le Premier président de la Cour d’appel de Libreville a été suspendu « temporairement » de ses fonctions pour « manquement aux convenances ». Le résumé de faits est banal, mais témoigne tout de même du danger de la notion de l’intérêt du service sur l’indépendance du juge, en Afrique subsaharienne, en particulier. Le juge suspendu *avait jugé recevable* la requête introduite par une association qui demandait que soit examiné les capacités physiques et cognitives du président gabonais après son accident vasculaire cérébral, une année auparavant. En face des requérants, les conseils du président faisaient valoir l’article 8 de la Constitution gabonaise qui reconnaît un ‘statut spécial’ à ce dernier. Le juge, *tout en fixant l’audience de plaidoirie, avait également recalé la notification, par voie d’huissier, d’une ordonnance de sursis à exécution délivrée par le Premier président de la Cour de cassation, au motif que cet acte était* « contraire à la loi ». En l’espèce, si la suspension de ce juge a été « temporaire », ailleurs, y compris dans les pays concernés, et dans de nombreux cas, la suspension d’un juge, dans des circonstances similaires, peut-être « à durée indéterminée », prouve que si l’indépendance du juge est acquise et réaffirmée, néanmoins, les rapports du juge avec sa hiérarchie quant à son indépendance restent complexes, donc sujets à caution.

¹²⁸⁹ *Idem.*

¹²⁹⁰ Voir les articles 5 et 68, al. 2 de la loi organique portant statut des magistrats sénégalais, qui permettent à l’exécutif de procéder au déplacement d’un juge pour « des nécessités du service » et pour assurer l’interim. Il y a une convergence dans les législations des pays concernés, à l’instar de l’article 14 de la même loi qui traite de ces deux possibilités pour déplacer un juge notamment, pour « des raisons liées à ses fonctions dûment constatées par sa hiérarchie ». Monsieur le Professeur FALL affirme que ces dispositions sont des « atteintes aux principes d’indépendance et d’immovibilité régulièrement dénoncées, tant au niveau des nominations qu’au sujet des sanctions prises à l’encontre des juges, notamment dans le cadre des procédures disciplinaires », *in* FALL (A.B.), « Les menaces de l’indépendance. Les menaces internes », *in* *L’indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l’Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l’usage du français.

¹²⁹¹ BOUCOBZA (I.), « L’indépendance de la justice et l’indifférence des juristes français », *in* *Actes de la journée d’étude de l’Institut d’Études de Droit Public (IEDP)*, 19 novembre 2010, ASPIRO SEDKY, G. DELMAS et S. ROBBE (dir.), p. 17.

¹²⁹² *Idem.*

¹²⁹³ *Idem.*

803. L'existence de ces pressions empêcherait ces derniers d'être les seuls titulaires de la fonction qui leur est attribuée : autrement dit, l'indépendance constitue une garantie de la spécialisation de l'organe dans l'exercice des activités¹²⁹⁴ du juge. L'indépendance est fonction de la nomination du juge qui, quels que soient les cas de figure, est avant tout choisi par une autorité politique : celle-ci, qui peut être directe. Ce qui importe, nous semble-t-il, c'est la protection prévue contre tout détournement éventuel de cette prérogative, par l'autorité habilitée à nommer.

804. De ce fait, l'on observe des points communs entre la pratique traditionnelle dans les pays de la *Common Law* (USA et RU), en France et en Belgique et dans les pays étudiés, pour la nomination de certains juges, notamment ceux de la Cour suprême. Nous excluons les membres du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, qui à notre sens, ne sont pas de « vrais juges », au sens où nous entendons dans cette étude.

805. S'agissant des pays étudiés, leur indépendance est constamment mise en doute : d'abord, du fait des critères retenus pour leur nomination ; ensuite, en raison de la faible qualité de leurs décisions, notamment lorsqu'ils interviennent comme juges du contentieux électoral, mais non uniquement ; enfin, leur mode de fonctionnement fait penser à des « caisses d'enregistrements » d'actions du pouvoir exécutif plutôt qu'à de véritables organes juridictionnels.

805. En effet, en RDC, par exemple, l'article 149 de la Constitution relative au pouvoir judiciaire, range la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État au même titre que la Cour de cassation. Selon notre opinion, il faudrait que les membres de ceux deux organes soient impartiaux, à ce titre, ils devraient être récusés¹²⁹⁵. Or, depuis l'éclatement de la Cour suprême, ces deux organes peinent à confirmer leur indépendance et à rassurer l'opinion et les justiciables, à l'instar de leurs homologues africains.

806. À titre d'exemple, Monsieur le Professeur BADARA FALL rapporte que le Conseil d'État sénégalais a annulé pour illégalité (méconnaissance du principe d'inamovibilité des magistrats) deux décrets présidentiels qui avaient procédé à des affectations/sanctions de

¹²⁹⁴ *Idem.*

¹²⁹⁵ BON (P.), « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », D. 2010, 2007-2017, cité par M.-A. FRISON-ROCHE, in « *Le droit à un tribunal impartial* », *op.cit.*, p. 568.

magistrats à leur insu¹²⁹⁶. De même, dans une affaire relative au litige individuel du travail, le Conseil constitutionnel sénégalais était amené à annuler la disposition d'une loi organique pour inconstitutionnalité.

807. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait estimé que l'alinéa de l'article 33 de la loi précitée violait le pouvoir d'indépendance du pouvoir judiciaire¹²⁹⁷. Dans les pays concernés, l'entrée dans le corps judiciaire se fait essentiellement sur la base d'un concours, qui signe la non-intervention du pouvoir exécutif dans la nomination. En outre, on constate un point commun dans la terminologie¹²⁹⁸ de la Constitution de chacun des pays concernés, traitant non de l'indépendance de *l'autorité judiciaire*¹²⁹⁹, mais du *pouvoir judiciaire*¹³⁰⁰. En effet, si à première vue, ce choix terminologique ne change rien au contenu, il nous plonge dans ce vieux débat doctrinal qui dure depuis le XIX^e siècle, nous interpellant sur deux points de vue : d'une part, on sait qu'en principe, le pouvoir judiciaire désigne les cours, les tribunaux et les justices de paix. Ce qui exclut sa compétence, en particulier, sur les litiges dans lesquels sont impliqués les membres des pouvoirs législatif et exécutif. Ces derniers relèvent ainsi de la compétence exclusive de la Cour suprême (cas de la RDC).

808. En d'autres termes, les législations des pays concernés ont expressément créé une limitation de la compétence du juge judiciaire, toutes les fois que sont mis en cause les élus du peuple. Ainsi, cette limitation du champ de compétence fait naître une contradiction concernant l'essence même de ce pouvoir qui ne serait pas indépendant vis-à-vis des deux autres, législatif et exécutif. De plus, cette contradiction qui est source d'insécurité juridique, a pour conséquence directe de porter atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi. Elle favorise l'impunité derrière laquelle ces personnes se réfugient, notamment dans les litiges du droit privé, dans lesquels ces élus peuvent être impliqués mais pas seulement. De fait, ces

¹²⁹⁶ BADARA FALL (A.), « Les menaces de l'indépendance. Les menaces internes », *op.cit.*, p.60.

¹²⁹⁷ C.const. Sénégal, 23 juin 1993, aff. N°2-C-93, www.conseilconstitutionnel.sn/decision-n-11-93 (consulté le 10 juin 2019).

¹²⁹⁸ L'énoncé est le même dans toutes les Constitutions des pays concernés, à l'instar de l'article 88 de la Constitution sénégalaise qui dispose : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (...) », de l'article 81 de la Constitution du Mali, de l'article 37 de la Constitution du Cameroun, de l'article 107 de la Constitution de la Guinée, de l'article 149 de la Constitution de la RDC.

¹²⁹⁹ Le Doyen CORNU la définit comme un « ensemble des organes investis d'un pouvoir d'une certaine sorte. », in *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 108.

¹³⁰⁰ CORNU (G.), il est « synonyme d'organe. », *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 784.

personnes sont « responsables mais pas coupables »¹³⁰¹ de leurs actes en rapport aux mandats qui leur sont donnés, ce qui par conséquent, fragilise davantage l'indépendance du juge.

809. Nous n'adhérons pas non plus à cette appellation car, admettre l'existence d'un pouvoir judiciaire exclurait la subordination à laquelle ce dernier est lié. Or, en cas de pouvoi, il y a indiscutablement perte des attributs de l'office du juge, à savoir, le pouvoir hiérarchique, la stabilité de l'emploi, de la discipline, des traitements professionnels qui font partie intégrante des garanties statutaires de la fonction publique générale.

810. En revanche, l'on peut admettre que, seuls les pouvoirs exécutif et législatif sont indépendants l'un de l'autre, ce qui n'est pas le cas pour la justice qui dépend quasi-entièrement des précédents pouvoirs : dépendance du pouvoir législatif pour son budget annuel, pour le statut de la magistrature, pour la définition d'infractions, et du pouvoir exécutif pour les nominations, le fonctionnement, sans compter d'éventuelles interférences dans la fonction du juge et l'institution judiciaire. Par conséquent, le principe de la séparation des pouvoirs tel que conçu dans les pays ayant le système juridique romano-germanique ne permet pas de parler véritablement de l'existence d'un pouvoir judiciaire, et encore moins d'une indépendance absolue du juge.

811. L'autre argument, et non le moindre, en défaveur de la terminologie retenue dans les pays concernés est que le pouvoir judiciaire suppose l'existence d'une autorité indépendante, présentant par ailleurs une certaine unité. Or, comme le note une partie de la doctrine, la justice souffre, en tant qu'institution, d'un défaut apparent d'unité, tenant au dualisme juridictionnel et aux conditions de recrutement et de formation des magistrats, différentes dans les deux ordres, sans même parler du statut du Conseil constitutionnel et de ses membres¹³⁰².

812. De plus, dans la plupart des pays examinés, les magistrats judiciaires et administratifs ne partagent pas la même « culture », chacun étant imprégné de l'histoire, des valeurs propres à

¹³⁰¹ Expression tristement célèbre employée par Madame Georgina DUFOIX, alors ministre française des affaires sociales, à propos du scandale du sang contaminé dans les années 80.

¹³⁰² BOYER-CAPELLE (C.) et BONNETTE (Ch.), « Séparation des pouvoirs », in : *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, Loïc CADIET, Jean-Paul JEAN et Hélène PAULIAT (dir.), IRJS éd., 2014, p. 150.

l'ordre auquel il appartient¹³⁰³. Dans le droit positif d'anciennes démocraties (France et Belgique), le passage de la qualité d'autorité judiciaire à celui du pouvoir judiciaire fait l'objet de vaines revendications depuis des décennies. Paradoxalement, en France, par exemple, la Constitution¹³⁰⁴ de la Ve République fait plutôt allusion à *l'autorité judiciaire*, laquelle connaît toutes les affaires, indifféremment de la fonction de la personne poursuivie. Ce pouvoir, dont l'histoire a été marquée par des turbulences avec des Parlements sous l'Ancien Régime, a longtemps été qualifié par une partie de la doctrine de « *mal aimé* »¹³⁰⁵ et de « *refusé* »¹³⁰⁶. Il revendique depuis des années son *statut de pouvoir*, comme les deux autres. Pour être efficace, l'indépendance du juge doit être entourée des garanties telles que l'impartialité et l'inamovibilité, mais aussi de garanties personnelles.

813. L'impartialité du juge est un concept extrêmement large, qui comporte des éléments très divers : processuels, statutaires et même extrajudiciaires¹³⁰⁷. Elle est la condition *sine qua non* du système juridique entier¹³⁰⁸, et s'applique principalement à l'égard des parties. Il s'agit d'un attribut de l'égalité devant la loi. Monsieur le Professeur Yves STRICKLER a écrit : « *La notion d'impartialité renvoie à deux réalités différentes mais complémentaires*¹³⁰⁹ : la première vise le fort intérieur du magistrat ; la seconde consiste à observer les fonctions antérieurement exercées par le juge. »¹³¹⁰ Il ne s'agit nullement d'apprécier le comportement personnel du juge face aux faits qui lui sont soumis, mais plutôt par rapport aux parties en cause.

814. L'approche de la notion d'impartialité peut être opérée par son contraire : la partialité, qui est l'état de celui qui prend parti pour ou contre une personne sans souci de justice ou de

¹³⁰³ *Idem.*

¹³⁰⁴ Voir, l'article 66 de la Constitution de 1958.

¹³⁰⁵ HOURQUEBIE (F.), « Le pouvoir juridictionnel et la Ve République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2003 », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 456.

¹³⁰⁶ FOYER (J.), « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n°16, pp. 17-29.

¹³⁰⁷ MAGENDIE (J.-Cl.), « La magistrature au défi de l'impartialité », in : *Le juge et l'État*, L. GOLOVKO et B. MATHIEU (dir.), Mare & Martin, 2018, p. 179.

¹³⁰⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz* 1999, 6^e Cahier, Chron. p.53.

¹³⁰⁹ En ce sens, CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 janv. 2008, n° 17056/06, §73, solution reprise par la Grande chambre, 15 oct. 2009, § 95 : « La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective). Dans cette affaire, de trouble de voisinage / droit de propriété (linge mouillé à sécher au-dessus de la cour), la juridiction était composée de trois juges dont l'un était le frère de l'avocat de la partie adverse-partialité objective », cité par Yves STRICKLER, in « L'office du juge et les principes », article disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512>, (consulté le 20 juin 2018), p. 22.

¹³¹⁰ STRICKLER (Y.), « L'office du juge et les principes », *ibidem*.

vérité¹³¹¹. Comme le note Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE : « imaginons que la juridiction soit partielle, c'est-à-dire que le juge soit corrompu, conquis à une cause ou à une partie »¹³¹², l'acte même de juger est alors atteint dans son essence¹³¹³.

815. Le juge, qui agit en professionnel averti, peut et doit forcément avoir des opinions, mais sans les exprimer ouvertement, et être convaincu par les arguments de l'une des parties au litige. Il doit néanmoins les dépasser pour ne pas les laisser apparaître dans son intervention. Ainsi, il doit se montrer neutre par rapport à la situation qu'on lui soumet, aux parties qui argumentent devant lui et à la loi qu'il est chargé d'appliquer ; il doit garder distance¹³¹⁴. Dans cette dernière hypothèse, l'impartialité devient une règle de preuve qui doit avoir une influence sur l'issue du procès¹³¹⁵, et se rapproche de l'indépendance. Ainsi, selon une doctrine, l'impartialité doit être définie comme une sorte d'indépendance par rapport à soi-même¹³¹⁶, celle-ci implique simplement l'absence de subordination¹³¹⁷. Pour autant, l'impartialité diffère de l'indépendance, cette dernière, est sa condition préalable et nécessaire¹³¹⁸.

816. À défaut de respecter l'impartialité, l'intervention du juge effacerait tout le travail accompli, avant de ternir l'image de l'institution à laquelle il appartient. Ainsi, nous partageons l'avis de Monsieur le Professeur Yves STRICKLER lorsqu'il affirme : « L'impartialité personnelle est présumée. La preuve contraire est difficile à établir et c'est pour quoi il est admis que des faisceaux d'indices objectifs peuvent conduire à cette démonstration. Le caractère injurieux de la décision rendue par le juge peut en être une illustration »¹³¹⁹. Au sein des pays concernés, il va sans dire que dans un procès, un juge

¹³¹¹ *Idem.*

¹³¹² FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'impartialité du juge », *op. cit.*, p. 54.

¹³¹³ FRANCILLON (J.), préface de la thèse de S. Josserand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1998, cité par Frison-Roche, *op. cit.* p. 54.

¹³¹⁴ COMMARET (D.), Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, *Chron.* p. 262.

¹³¹⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'impartialité du juge », *op. cit.* p. 54.

¹³¹⁶ BREDIN (J.-D.), « Déontologie et responsabilité du juge », in *Le service public*, O. Jacob, 1998, p. 168.

¹³¹⁷ PRADEL (J.), *La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français*, *Rev. Sc. Crim.* 1990, p. 693.

¹³¹⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), *L'erreur du juge*, *RTD civ.* 2001, p. 822.

¹³¹⁹ Cass. civ., 2^{ème} ch., 14 septembre 2006 : plusieurs personnes avaient saisi le juge de proximité de Toulon ; elles avaient réservé par internet un mobil home qui s'est avéré inhabitable au moment de la remise des clés, rendant impossible la location. Elles ont donc saisi le juge de proximité de Toulon et demandent le remboursement du prix de la location. Le juge de proximité de Toulon leur a donné satisfaction et a condamné le bailleur à une amende civile. Mais son jugement a perdu son caractère impartial lorsqu'il a écrit : « La piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme X... (le bailleur) dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que l'est la surface habitable de sa caravane (...) ». La Haute

partial n'est pas forcément corrompu. Sans être exhaustifs, certains critères dominants peuvent établir le caractère partial de l'intervention du juge : d'une part, lorsqu'existe un lien entre le juge et l'une des parties ; d'autre part lorsque le juge et l'une des parties appartiennent à une même affiliation, voire lorsque le juge arrête son opinion trop tôt¹³²⁰. En revanche, parce que, dans le déroulement de la carrière du juge, l'exécutif intervient et, pour garantir ce dernier d'éventuelles pressions qu'il est pourvu d'une garantie d'indépendance supplémentaire, celle de l'immovibilité¹³²¹. Le juge étant soumis aux obligations et aux devoirs professionnels, il importe que ceux-ci soient coordonnés par un organisme indépendant, géré par ses pairs.

B. La garantie spécifique assurée par le Conseil supérieur de la magistrature

817. L'immovibilité est la garantie spécifique indispensable à l'exercice de la fonction de juger. On constate, par ailleurs, une convergence entre les législations des cinq pays concernés, en ce sens qu'elle est plutôt une Loi organique et non une loi qui fait référence à un statut de la magistrature. De même, tous les textes relatifs au 'pouvoir judiciaire' ne définissent pas la notion d'immovibilité, même s'ils la considèrent comme un élément essentiel de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

818. Ce statut particulier est composé d'un ensemble de mécanismes juridiques qui prennent effet dès l'entrée en fonction du juge, et l'accompagneront tout au long de sa carrière. En tant que garantie spécifique, l'immovibilité ne bénéficie qu'à « l'agent public indépendant », tel que le juge. Pour ce dernier, elle signifie que toute mutation, même par voie d'avancement, ne peut se faire sans son consentement. Elle est donc, le contraire d'un terme peu utilisé dans le langage courant, « l'ammovibilité » est généralement applicable à un agent public, dépourvu d'indépendance, par exemple, le parquetier. Pour le Doyen Georges CORNU, ce dernier fonctionnaire : « *peut être déplacé, changé d'emploi, dans l'intérêt du service et en dehors de toute sanction disciplinaire, par décision discrétionnaire d'un supérieur hiérarchique* »¹³²².

juridiction casse le jugement rendu par le juge de proximité de Toulon sur le fondement de l'article 6, §1 de la Convention de sauvegarde pour s'être prononcé « *en des termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité* » : Arrêt cité par STRICKLER (Y.), in « L'office du juge et les principes », *ibidem*.

¹³²⁰ *Ibidem*.

¹³²¹ BOUCOBZA (I.), « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in *Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Études de Droit Public (IEDP)*, *op. cit.*, p. 17.

¹³²² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 64.

819. Si l'inamovibilité constitue une garantie pour l'indépendance du juge, et un gage d'impartialité pour les justiciables, elle doit cependant, se concilier avec les contraintes inhérentes au fonctionnement du service de la justice et avec l'organisation de la carrière du juge¹³²³. Cette dernière exigence donne à l'inamovibilité un caractère relatif, parce que non seulement le juge, passé une période, doit exercer la mobilité qui, la plupart du temps, est géographique. Toutefois, s'agissant de l'autorité judiciaire elle-même, l'inamovibilité ne saurait empêcher toute réforme judiciaire, même lorsque celle-ci serait des plus nécessaires, pour autant qu'elle soit motivée par des considérations très sérieuses¹³²⁴.

820. Ainsi, en France, la loi de 2001¹³²⁵ prévoit une règle selon laquelle, les fonctions de président d'un tribunal de grande instance, comme celles de Premier président d'une Cour d'appel, sont limitées au sein de la même juridiction à une durée de sept ans¹³²⁶. Cette loi, dont les dispositions ont été jugées conformes à l'inamovibilité, par le Conseil constitutionnel¹³²⁷, a pour objectif d'éviter l'immobilisme dans les fonctions induisant de lourdes responsabilités tant dans l'intérêt du service public de la justice que dans celui des justiciables. L'inamovibilité ne se confond pas avec une conception patrimoniale des fonctions qui, sans être vénales, n'en sont pas moins viagères¹³²⁸. Pour ce qui est de l'exercice des fonctions, Olivier PLUEN note, à juste titre, qu'il entraîne certaines conséquences destinées à protéger aussi bien ces dernières que la personne de leur titulaire : il s'agit des immunités, de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité¹³²⁹, dont sont bénéficiaires certaines personnalités, comme le Président de la République et les parlementaires.

821. Toutefois, la mise en œuvre de cette protection n'étant pas absolue, comme nous l'avons dit, elle reste fragile. Comme le rappelle Stéphane MANSON, cette garantie de stabilité est le plus petit dénominateur commun au statut, elle ne peut prétendre constituer, à elle seule, un dispositif protecteur de l'indépendance ; elle doit impérativement être complétée par d'autres garanties¹³³⁰ : l'avancement et la garantie personnelle. Le corps judiciaire étant fondé sur la

¹³²³ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 3^e éd., 2017, p. 340.

¹³²⁴ DUPLÉ (N.), « Les menaces externes à l'indépendance de la justice. In *L'indépendance de la justice*, novembre 2007, Dakar, Sénégal, p. 91. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00498057> (consulté le 20 mai 2019).

¹³²⁵ Voir, la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001.

¹³²⁶ *Idem.*

¹³²⁷ *Cons. const.*, déc. N° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *JO* 26 juin 2001, p. 10125, cité par DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, p. 340.

¹³²⁸ PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2011, p. 19.

¹³²⁹ *Idem.*

¹³³⁰ *Ibidem.*

hiérarchie, il a fallu un mécanisme pour éviter que le pouvoir exécutif ne favorise tel ou tel juge, d'où l'importance des règles relatives à l'avancement¹³³¹. En application de ces règles, le juge occupe d'abord, en principe, un poste de second grade ; l'accès au premier grade suppose, entre autres, une inscription au tableau d'avancement¹³³². Au sein de chaque grade, l'avancement se déroule selon l'ancienneté, c'est-à-dire par une sélection de magistrats selon une procédure balisée¹³³³. L'autre garantie nécessaire à l'exercice de la fonction du juge est personnelle.

822. Nous observons un point commun entre les pays examinés concernant la garantie personnelle de l'indépendance du juge. En effet, l'importance de la tâche qu'il assure requiert qu'il soit à l'abri de toute tentative de nature à influencer sa décision. Il s'agit, en particulier, de revaloriser les traitements de rémunération et les conditions de travail du juge. Or, dans les pays concernés, le statut social du juge n'a cessé de se dégrader au fil des années.

823. Comme le note Monsieur le Professeur Demba SY, « *ce statut social est lié à la rémunération du magistrat. Or la rémunération constitue l'un des problèmes les plus importants de la condition de juge (...). Le magistrat exerce une fonction d'autorité qui doit inspirer le respect. Il doit d'abord bénéficier dans l'intérêt même du justiciable, d'une position, à certains égards privilégiée* »¹³³⁴. Cette revalorisation est non seulement une garantie personnelle, mais aussi un corollaire de l'impartialité du juge, donc de son indépendance. C'est seulement à cette condition que l'on va mettre fin à la marginalisation de l'autorité judiciaire en tant que troisième pilier de la construction de l'État de droit, aux côtés des deux autres pouvoirs, législatif et exécutif, ainsi qu'à la corruption, ce fléau gangrénant la justice en Afrique francophone.

824. La doctrine majoritaire des XXème et XXIème siècles adopte une approche quasi exclusivement concentrée sur l'immovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire¹³³⁵. Les auteurs partagent l'idée selon laquelle, l'immovibilité désigne toute garantie contre l'arbitraire, sans toutefois exclure la possibilité de mise en échec de l'immovibilité du juge

¹³³¹ COUCHEZ (G.), et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, 17e éd., Sirey, 2014, p. 125.

¹³³² *Idem.*

¹³³³ DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.), *Institutions juridictionnelles*, *op.cit.* p. 341.

¹³³⁴ SY (D.), « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », in *Le statut du juge en Afrique*, *op.cit.*, p.6.

¹³³⁵ PLUEN (O.), *L'immovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse, *op.cit.*, p. 22.

par une décision motivée, comme la mise à la retraite d'office¹³³⁶, le déplacement¹³³⁷ ou la promotion¹³³⁸.

825. Le dictionnaire de l'Académie française, dans son édition de 1798, considérait que l'inamovibilité avait le caractère de ce « qui *ne peut être ôté d'un poste, destitué de sa place à volonté* »¹³³⁹, y est conçue depuis 1892, comme le caractère de ce « qui *ne peut être (...) destitué de sa place arbitrairement* »¹³⁴⁰. L'utilité de la garantie d'inamovibilité est telle que, le juge ne relève dans sa fonction que de la seule loi et de sa conscience¹³⁴¹. Dès l'origine, la solution retenue par les constituants des pays concernés est que, pour être efficace, cette garantie ne devrait pas seulement être assurée par le Président de la République, en tant que garant constitutionnel de l'autorité judiciaire, mais également par un organe juridictionnel, qui soit véritablement indépendant des pouvoirs politiques : le Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Actuellement, si tous les pays concernés disposent d'un CSM, certains l'ont prévu depuis leur accession à l'indépendance, d'autres plus récemment, fonctionnant de manière diversifiée. Ces deux dernières décennies, l'expansion considérable du droit s'est nécessairement accompagnée d'un élargissement et d'une diversification du champ d'action du juge judiciaire¹³⁴². Ainsi, le rôle traditionnel du juge s'en est trouvé profondément bouleversé.

826. Étant bien plus qu'un strict technicien du droit, le juge est devenu un tiers incontournable, auquel les justiciables ont de plus en plus fréquemment recours pour faire valoir leurs revendications, individuelles comme collectives¹³⁴³. En tant que garantie spécifique du juge, l'indépendance englobe d'autres garanties qui permettent au CSM d'être en mesure d'assurer la conciliation entre l'exigence de la prise en compte de la compétence du juge, dont la nomination doit être justifiée par ses mérites, vertus et talents, et le principe d'égalité dans le déroulement de sa carrière.

¹³³⁶ En ce sens, PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Domat Droit privé, Paris, 12^e éd., 2006, p. 301; FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Paris, 11^e éd. 2008, p. 523.

¹³³⁷ En ce sens, FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, *op.cit.* p. 523.

¹³³⁸ PAUTI (M.), *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, ENAJ, Paris, 1979, p.165.

¹³³⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 5^e éd., 1789, cité par Olivier PLUEN, thèse, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁴⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5, cité par Olivier PLUEN, thèse *op.cit.* p. 22.

¹³⁴¹ En ce sens, voir l'article 5 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature au Cameroun.

¹³⁴² MÉNARD (J.- Ch.), « Réflexions sur l'indépendance du juge judiciaire », *RRJ* 1/2004, pp. 327 et s.

¹³⁴³ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, Litec, 2007, p. 11.

827. Pour ce faire, le CSM doit, en outre, être impliqué en amont dans le recrutement pour de formation (initiale et continue), et en aval, dans le déroulement de la carrière, ainsi que dans les avis et consultations. Pour ce qui est de la nomination initiale, tout comme celle à un poste de chef de juridiction, le CSM donne son avis, lequel lit le décret du Président de la République. On observe, une similarité entre la situation en France et dans les pays concernés. Le garde des Sceaux conservait un droit général de surveillance, et avait, par ailleurs, la maîtrise du recrutement et de l'avancement des juges ; des décennies durant, la magistrature resta ainsi ouverte aux considérations politiques, aux influences parlementaires et au pouvoir discrétionnaire des gardes des Sceaux¹³⁴⁴. À titre d'exemple, Waldeck Rousseau, alors président du Conseil, put faire nommer sans difficulté son neveu conseiller à la Cour d'appel de Paris, bien qu'il n'eût que 33 ans et cinq années d'ancienneté dans la magistrature¹³⁴⁵. L'intégration dans la magistrature se fait au premier grade, plus précisément au premier échelon de rémunération dudit grade. Un autre avis du CSM permet, le cas échéant, de déroger les règles de nominations traditionnelles, notamment l'intégration directe, communément appelée « par tour extérieur ».

828. La formation initiale et continue, du juge étant liée à son indépendance, même si dans les pays concernés, c'est l'exécutif qui l'organise, l'École de formation de la magistrature est dirigée par un magistrat. Le corps enseignant est composé, à majorité, par des magistrats, et dans certains cas, l'avis du CSM est requis pour les initiatives liées au bon fonctionnement de ladite École. De même, le CSM fait des propositions et donne des avis consultatifs à la demande de l'exécutif. En revanche, l'évaluation du juge échappe à la compétence du CSM, les chefs de juridictions étant compétents en la matière.

829. Dans un État de droit, quoi qu'on le dise, le juge fait avant tout partie d'une organisation fortement hiérarchisée, empruntée au modèle militaire¹³⁴⁶. Comme n'importe quel agent public indépendant, tout au long de sa carrière, le juge aspire à un avancement. La question de la gestion de la carrière du juge est fondamentale, elle comporte : son avancement d'échelon

¹³⁴⁴ MACHELON (J.-P.), « Nomination des magistrats », in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions, actes du colloque organisé par la Cour de cassation les 25 et 26 mai 2016 à l'Assemblée nationale*, p. 30.

¹³⁴⁵ ROUSSELET (M.), *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, t. 2. P. 137, cité par Jean-Pierre MACHELON, in « Nomination des magistrats », *op. cit.*, p. 30.

¹³⁴⁶ BOUCOBZA (I.), « Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie : les enseignements tirés des débats actuels », in : *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Dalloz, coll. : Thèmes et commentaires », 1999, p. 27 et s.

de grade (il s'effectue de façon continue, à l'intérieur du corps) et au titre de la formation. Cet avancement peut être considéré comme une bonification d'échelon, pour tout diplôme sanctionnant une formation complémentaire reçue en cours de carrière, par le juge. Si les deux types d'avancement requièrent l'inscription au tableau, l'avancement au titre de la formation dispense son bénéficiaire de toute inscription. Dans tous les cas, le tableau d'avancement est établi par le CSM. Il relève de la hiérarchie judiciaire, mais également de la demande expresse du juge¹³⁴⁷, chaque CSM dispose à cet effet, d'une Commission d'avancement. Il y a des similitudes entre les pays concernés pour ce qui concerne les nominations à des postes de base.

830. Ainsi, au Sénégal, par exemple, pour chaque nomination à la Cour de cassation, le CSM fait une présentation au Conseil des ministres¹³⁴⁸. Au Mali, toutes les nominations se déroulent en réunion du Conseil supérieur de la magistrature¹³⁴⁹. Pour la Guinée, le décret est soumis à l'avis du CSM¹³⁵⁰. L'avis du même conseil est requis pour la promotion, en RDC¹³⁵¹ et au Cameroun¹³⁵².

831. D'une certaine manière, on constate que même si le ministre de la justice, garde des Sceaux, et également vice-président du CSM dans la plupart des pays concernés, intervient dans les nominations précitées, toutefois, le CSM exerce un rôle d'avant-garde, aux côtés du Président de la République, notamment dans les nominations directes à des postes élevés, comme par exemple, à la Cour de cassation. Ainsi, au fil des années, le CSM est parvenu, malgré tout, à s'affirmer comme intermédiaire privilégié entre l'exécutif et l'autorité judiciaire. Il est composé à majorité de magistrats élus par leurs pairs, à partir de listes présentées par les syndicats les plus représentatifs au sein de la magistrature.

832. Le degré d'indépendance du juge ne se mesure que sur la base de la garantie spécifique censée être assurée par le CSM, lui-même appelé à être indépendant. Parce que dans l'exercice de sa fonction, le juge subit des pressions non seulement des pouvoirs publics, mais également d'autres acteurs de la société, sans exhaustivité, le CSM doit disposer d'une

¹³⁴⁷ Article 36 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature au Cameroun.

¹³⁴⁸ Article 10 de l'ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature (ordonnance modifiée par le décret 92.918 du 17 juin 1992).

¹³⁴⁹ Article 28 de la loi n° 02-054/ du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature.

¹³⁵⁰ Article 65 de la loi organique LO 54/CNT/2013 portant statut des magistrats en Guinée.

¹³⁵¹ Article 11 de la loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats (RDC).

¹³⁵² Article 32 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut des magistrats (Cameroun) ;

véritable marge de manœuvre afin de parvenir à l'effectivité de cette garantie, à défaut, l'indépendance statutaire du juge ne serait que mythique. Il n'en demeure pas moins que dans les cinq pays concernés, la crainte de voir naître un « gouvernement des juges » est réelle. Aussi, faut-il prévoir des limites à cette indépendance (§2).

§2. Les limites et enjeux de l'indépendance du juge

833. Dans un État de droit, l'indépendance du juge fait partie d'enjeux permanents indispensables à la démocratie et à son maintien. Ainsi peut-on observer que la problématique relative à cette question ne se pose guère dans un régime autocratique. L'indépendance telle que conçue dans notre étude, tire son origine de la théorie de la séparation des pouvoirs.

834. Montesquieu a écrit : *« Lorsque dans la même personne ou dans un même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté (...). Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux (...), exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. »*¹³⁵³. Le penseur, en définissant la fonction du juge, voulait éviter le despotisme du juge mais aussi celui du souverain. La convergence est patente entre les pays d'Afrique francophone, pour admettre que le juge exerce ses fonctions dans le cadre de la loi.

835. En revanche, pour des raisons historiques, depuis la Révolution française, la question de l'indépendance du juge reste attachée à la « dépolitisation » de la fonction de juger. Il s'agit là d'une limite légale consistant à ne pas accorder trop d'autonomie au juge. Cependant, si les justiciables craignent les effets de la prolifération d'une justice partielle ; du côté de l'exécutif, la crainte est plutôt celle de la naissance d'un « gouvernement des juges » ainsi que la juridisation de la société. Toutes ces situations peuvent nuire à la construction d'un État de droit dans les pays concernés. L'impérative indépendance du juge est un gage de la

¹³⁵³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre VI.

démocratie (A), mais son affirmation requiert l'établissement des frontières à ne pas franchir (B).

A. L'impérative indépendance du juge

836. L'indépendance du juge ne se présume pas, elle ne s'affirme pas non plus, uniquement par des textes législatifs. Dans l'exercice de sa fonction, le juge doit être indépendant et être perçu comme tel¹³⁵⁴. Cette crainte perpétuelle à l'égard du juge se justifie par la manière dont les juridictions ont fonctionné sous l'Ancien Régime. En tant que corps intermédiaires, elles apparaissaient comme une puissance politique dangereuse pour la liberté¹³⁵⁵ ; ainsi fallait-il la dépolitiser.

837. On explique dès lors que les réformateurs, contraints par la force des choses à faire de la justice une fonction permanente, ont réduit le pouvoir des juges en proportion de la pérennité qu'ils devaient leur concéder¹³⁵⁶. Les relations entre le politique et le juge ont abouti à une histoire tourmentée, que les systèmes des pays subsahariens francophones ont retenue comme modèle. Par exemple, l'article 3 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* dispose : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* »¹³⁵⁷. Or, une Nation, par excellence, est représentée par ses élus, les seuls autorisés à légiférer, alors que le juge professionnel n'est pas élu, mais est un agent public indépendant, membre d'un corps de l'État, ayant pour mission d'appliquer la loi, œuvre des élus. Cela est d'ailleurs confirmé dans une disposition du décret de la Constituante du 1^{er} octobre 1789 qui stipulé : « (...) *la justice sera administrée par la loi suivant les principes de la Constitution et selon les formes déterminées par la loi* ».

838. On observe le même ton de méfiance lors des travaux préparatoire du Code civil, y compris, dans les propos de Portalis, « (...) *mais en laissant à l'exercice du ministre du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de*

¹³⁵⁴ *Idem.*

¹³⁵⁵ COSTA (J.-L.), « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », in : *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960, pp. 261-286, spéc. p. 264.

¹³⁵⁶ *Idem.*

¹³⁵⁷ En ce sens la DDHC du 26 juin 1789 qui a valeur constitutionnelle dans le droit positif des pays concernés.

*son pouvoir (...) une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature »*¹³⁵⁸.

839. Comme l'a rappelé à juste titre, un auteur, « *le monopole de juger confié aux juridictions fut d'ailleurs immédiatement limité pour éviter que celles-ci devinssent elles-mêmes un pouvoir politique, par la séparation des fonctions judiciaires et administratives (loi des 16-24 août 1790), séparation régulièrement confirmée par les Constitutions et autres textes ultérieurs, et sanctionnée par l'article 5 du Code civil inchangé de 1804 qui défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, mettant ainsi un terme à la pratique parlementaire des arrêts de règlement »*¹³⁵⁹. Cette série de limites à la fonction de juger a des conséquences sur la nature de l'indépendance du juge.

840. La doctrine majoritaire, en France comme en Belgique, et dans les pays subsahariens francophones, préfère parfois, aborder l'indépendance du « juge », c'est-à-dire, sous un angle individuel. En revanche, au Canada, la doctrine et la jurisprudence retiennent une approche plutôt globale de l'indépendance, celle du « juge » et de « l'institution » à laquelle il appartient. La Cour suprême du Canada, dès 1985, a adopté cette approche, dans l'arrêt *Valente c. La Reine*,¹³⁶⁰ où le juge Le DAIN a déclaré : « *L'indépendance judiciaire comporte à la fois un aspect individuel et un aspect collectif ou institutionnel* ». Toutefois, l'on peut considérer que c'est surtout avec l'arrêt *Beauregard c. la Reine*¹³⁶¹, que la notion d'indépendance « judiciaire » est retenue à la place de l'indépendance du « juge », Car, considérée plus large que la liberté du juge pris individuellement. En témoignent les termes employés par le juge en chef DICKSON : « *Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur-que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier*

¹³⁵⁸ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. VI, pp. 358-361.*

¹³⁵⁹ COSTA (J.-L.), « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », *op. cit.*, p. 264.

¹³⁶⁰ *C. supr. Ca.*, 19 septembre 1985, (1985), 2 R.C.S. 673, pp. 685 et 687.

¹³⁶¹ *C. supr. Ca.* 16 septembre 1986, (1986) 2. R.C.S. 56, note p. 446. Dans le même sens, le juge en chef Gonthier a considéré que : « *La notion d'indépendance se rapporte donc essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité. Cette relation doit être caractérisée par une forme de séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent. Les normes juridiques relatives à l'indépendance judiciaire, sources de la création et de la protection du statut indépendant des juges et des tribunaux, servent à institutionnaliser cette séparation* », arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, (2002) 1 R.C.S. 405, par. 38.

ou même un autre juge ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge, mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe ».

841. La doctrine canadienne a adopté ce principe sans aucune difficulté. Ainsi, Madame le Professeur Nicole DUPLÉ affirme : *« Par ailleurs, il existe un rapport étroit entre l'indépendance d'un juge pris individuellement et celle du tribunal où il siège. Si la Cour ou le tribunal n'est pas indépendant des organes exécutifs pour ce qui est essentiel à l'exercice de sa juridiction, le juge qui y exerce ses fonctions ne peut être lui-même perçu comme étant indépendant. Ce qui est susceptible de soulever des craintes raisonnables de partialité dans le contexte de toutes les affaires qu'il connaît »*¹³⁶².

842. Martine VALOIS, dans sa thèse, écrit : *« l'éclatement de l'idée traditionnelle de l'indépendance est donc un moyen de briser l'isolement du juge. Le changement de conception scelle en quelque sorte l'unité du groupe des participants principaux du système judiciaire. Dorénavant, la fonction judiciaire doit être considérée en tant qu'institution du droit, c'est-à-dire, comme un élément à part entière du système juridique, et non pas seulement comme service rendu au nom de l'État »*¹³⁶³. L'effectivité de cette indépendance doit s'accompagner d'une autre garantie juridique, personnelle.

843. Nous adhérons à cette approche, dans la mesure où elle n'oppose pas les deux volets de l'indépendance (individuel et institutionnel). Pour que le juge remplisse correctement ses fonctions, le statut doit le protéger, contre tout risque de pression ou d'immixtion. Pour ce faire, il lui faut une indépendance qui soit garantie, selon ce qu'une partie de la doctrine considère, par la fonction et dans la fonction : l'indépendance par la fonction est celle qui permet au juge de trouver les mêmes ressources propres à garantir son indépendance, son impartialité et sa neutralité¹³⁶⁴.

¹³⁶² DUPLÉ (N.), « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁶³ VALOIS (M.), *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale. Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Thèse, Université de Montréal, 2009, p. 448.

¹³⁶⁴ BOYER-CAPELLE (C.) et BONNOTTE (Ch.), « Séparation des pouvoirs », in CADIET (L.), JEAN (J.-P.) et PAULIAT (H.) (dir.), *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, IRJS éd., 2014, pp. 149-150.

845. Quant à l'indépendance dans la fonction, elle consiste, à défendre le juge en le soustrayant à tout risque de pression ou d'immixtion, lui assurant qu'il n'aura pas à craindre que, par des manœuvres dissimulées, et sous couvert de mesures d'administration relatives à la gestion de sa carrière, le pouvoir gouvernemental, et singulièrement le pouvoir exécutif, ne cherchent à le soumettre ou, tout au moins, à s'assurer de sa docilité.

846. Cette protection du juge vaut non seulement à l'égard des pouvoirs, étatiques et/ou à l'égard des autres juges et des parties au litige, elle s'étend également à toutes les formes d'influence sociale, aux pressions gouvernementales ou de groupes d'intérêt, ainsi qu'aux démêlés politiques et financiers susceptibles de détourner l'attention des standards qui doivent lui servir de référence¹³⁶⁵. Il n'en reste pas moins que l'indépendance du juge n'est pas un privilège octroyé dans son intérêt propre, elle lui est garantie dans l'intérêt des justiciables, étant nécessaire pour maintenir la confiance du public dans l'impartialité de l'administration de la justice¹³⁶⁶. Le juge bénéficie d'une immunité dans l'exercice de son pouvoir, non pas en référence à une quelconque souveraineté, comme celle de l'État, mais pour lui conférer la force de son indépendance. Il s'agit d'un gage de l'indépendance du juge dans son office¹³⁶⁷.

847. Le terme immunité, du latin « *immunitas, inmunitas* », ou même *figulas*, renvoyant à une « *dispense de toute espèce de charges* »¹³⁶⁸. Il s'agit ni plus ni moins d'un privilège reconnu au juge, de ne pas être inquiété pour tout acte posé dans l'exercice de ses fonctions, ce qui exclut naturellement tout acte relevant de sa vie privée. De cette manière, cette immunité est à rattacher à la fonction exercée et non à la personne même.

848. Comme le note, à juste titre, Olivier PLUEN, « *en droit constitutionnel contemporain, il est possible de définir les immunités, comme des protections consistant à soustraire un individu de l'application du droit commun, en raison de la nature des fonctions qu'il exerce. Elles se justifient par l'idée d'une incompatibilité entre le bon accomplissement des fonctions, et certaines rigueurs de ce droit* »¹³⁶⁹. Pour autant, l'immunité du juge n'est pas synonyme d'impunité. Elle lui permet de se méfier des autres, mais aussi de lui-même, afin de garantir

¹³⁶⁵ DELPÉRIÉ (F.), « Propos sur la justice, ici et là », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, pp. 538-539.

¹³⁶⁶ DUPLÉ (N.), « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁶⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit à un tribunal impartial », in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (Th.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 568.

¹³⁶⁸ GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, Paris, 1934, p. 778, cité par Olivier PLUEN in *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 21.

¹³⁶⁹ Idem.

son impartialité, toutes les fois qu'il rend un jugement, c'est un gage de son indépendance. L'immunité touche également certains aspects du droit international, et consiste, comme l'a énoncé la Cour internationale de Justice (CIJ), en « *une protection contre l'application régulière des lois et la juridiction* »¹³⁷⁰. Les immunités peuvent être classées en trois catégories. La première, est l'immunité de juridiction, en vertu de laquelle le titulaire d'une fonction bénéficie d'un privilège de juridiction ; subséquemment, il ne peut être jugé en certaines matières, que par une juridiction spéciale ou d'exception prévue à cet effet¹³⁷¹.

849. La deuxième catégorie correspond à l'immunité de procédure, qui entraîne une suspension ou un filtrage des poursuites ; à la différence de la première, elle ne fait que retarder l'application des règles procédurales de droit commun¹³⁷². Lorsqu'elle est prévue, l'immunité procédurale est susceptible de fonctionner en suivant deux schémas ; d'une part, l'engagement des poursuites pénales à l'encontre d'un juge, ou plus sérieusement, les décisions relatives à son arrestation ou à sa mise en détention, peuvent tout d'abord être soumis à l'obtention d'une autorisation préalable spéciale¹³⁷³, émanant du CSM organe disciplinaire ; d'autre part, cette immunité peut consister en la stricte limitation des personnes habilitées à engager des poursuites contre le juge, à l'exclusion de toute autre ; généralement, ce type d'action est réservé à une haute autorité du parquet ; parfois, à quelque autorité politique¹³⁷⁴. En outre, l'immunité est classiquement assimilée, du fait de son objet, à l'inviolabilité¹³⁷⁵.

850. Cette dernière catégorie est une immunité substantielle ou de fond, qui se traduit par une exemption des règles matérielles de droit commun¹³⁷⁶. Elle est généralement associée à l'irresponsabilité, civile ou pénale, du titulaire d'une fonction¹³⁷⁷. S'agissant de l'immunité de juridiction, elle ne fait pas du juge un pouvoir politique, elle lui permet de demeurer dans une

¹³⁷⁰ CIJ, 20 novembre 1950, *l'Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, Recueil 1959, p. 266.

¹³⁷¹ PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?* Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁷² *Idem.*

¹³⁷³ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », in *La Responsabilité des magistrats, actes du colloque organisé à Limoges*, le 18 novembre 2005, PULIM, p.42.

¹³⁷⁴ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », in *La Responsabilité des magistrats, actes du colloque organisé à Limoges*, le 18 novembre 2005, PULIM, p. 43.

¹³⁷⁵ GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 27^e éd., 2013, p. 663, cité par Olivier PLUEN, *op. cit.* p. 21.

¹³⁷⁶ PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?* Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 21.

¹³⁷⁷ GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 27^e éd., 2013, p. 663, cité par Olivier PLUEN, *op. cit.*, p. 22.

indépendance effective¹³⁷⁸. De ce fait, l'immunité peut se définir comme la contamination du statut de l'acte dans le statut de la personne¹³⁷⁹. C'est pourquoi, lorsqu'un juge agit ordinairement en quelque sorte, en commettant un dommage hors de son office juridictionnel, il en est responsable ; mais s'il est dans son office, il devient irresponsable, toutefois, l'immunité ne signifie pas être intouchable¹³⁸⁰.

851. En pratique, on observe que les États y ont assez rarement recours en matière pénale¹³⁸¹. Les juges sont donc tenus de répondre de toutes les infractions pénales qu'ils viendraient à commettre, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions ou en dehors au même titre que tout citoyen¹³⁸². C'est le cas dans la plupart des pays francophones de l'Afrique subsaharienne. Du côté du justiciable lésé, l'immunité a pour finalité de restreindre l'accès à la justice, car il est privé de son juge naturel, ce qui conduit au renoncement des pouvoirs du juge compétent. Pour autant, l'immunité ne signifie nullement un déni de justice, elle consiste en une limitation, somme toute, légitime.

852. Toutefois, en matière pénale, l'immunité, quelle que soit sa forme, peut être mise en échec par un juge. Ainsi, le juge saisi peut parfaitement se déclarer compétent pour connaître le litige qui est soumis à son office. Par exemple, ces trois dernières décennies, la mise en échec s'est développée, notamment en cas de violations avérées des droits de l'homme, de tortures et de crimes contre l'humanité. En ce sens, *l'affaire de l'ex-dictateur chilien Augusto Pinochet*, poursuivi par le juge espagnol Baltasar GARZÓN, en est une première illustration. Plus récemment, *l'affaire dite des 'biens mal acquis' c. Sharpa*, dans laquelle sont actuellement impliqués trois chefs d'États africains (du Congo-Brazzaville, de Gabon et de la Guinée-Équatoriale), pourtant en exercice, ainsi que leurs proches, confirme que si l'immunité est une limitation à l'indépendance du juge, elle n'est que relative. Dans la dernière affaire, par exemple, il s'agit de détournements de fonds publics et de corruption « couverts » par les immunités.

¹³⁷⁸ GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op.cit.

¹³⁷⁹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », in *La responsabilité des magistrats*, Entretiens d'Aguesseau, actes du colloque de Limoges, 2008, PULIM, pp. 229-239.

¹³⁸⁰ *Ibidem*.

¹³⁸¹ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », in *La Responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, actes du colloque organisé à Limoges*, le 18 novembre 2005, PULIM, p. 38.

¹³⁸² *Idem*.

853. On peut donc, admettre que la corruption, lorsqu'elle concerne une personne revêtu d'un pouvoir au plus haut niveau, comme un président, un de ses proches ou tout autre agent public étranger, s'assimile à une violation des droits de l'homme, car elle porte préjudice à une tranche importante de la population, prise comme « victimes ». À ce titre, nous pensons que la *Convention des Nations unies* signée contre la corruption, les crimes organisés et les crimes économiques, y compris le blanchiment d'argent¹³⁸³, est un instrument juridique universel qui renforce la possibilité de mise en échec de l'immunité par tout juge saisi.

854. Madame le Professeur Horatia MUIR WATT affirme que l'immunité « ne tend pas à priver le demandeur de toute possibilité de voir sa cause entendue, mais lui signale seulement que le for choisi - celui d'un État souverain qui est répugné à juger les actes de ses pairs-est inapproprié »¹³⁸⁴. La protection de la fonction de juger ne doit pas se confondre avec l'impunité du juge, ce qui crée des frontières à son indépendance, principalement à l'égard des justiciables et à l'égard de la justice, en tant qu'institution à qui, il est tenu de rendre compte.

B. Les frontières de l'indépendance du juge

855. Ces frontières sont réelles, mais difficiles à déceler. Leur mise en œuvre n'est pas évidente, parce qu'elles sont aujourd'hui encadrées par le statut de la magistrature. Ainsi, le fait que la formation du juge soit l'œuvre de l'exécutif est une autre forme de limites car, avant tout, la formation initiale est celle des fonctionnaires, quand bien même on admettrait que le juge n'est pas un fonctionnaire comme un autre. De plus, comme nous l'avons précédemment invoqué, le juge fait partie d'un corps judiciaire, lequel est fondé de façon pyramidale, ce qui inclut l'obéissance à l'autorité hiérarchique. À cela, s'ajoute l'exigence de la mobilité géographique du juge après une certaine période qui est, d'ailleurs, une garantie à la fois pour les justiciables et pour le juge lui-même, dans l'exercice de son office.

856. Si dans les cinq pays d'Afrique francophone concernés, le respect de cette exigence ne fait pas l'objet d'un contentieux abondant, en France, par exemple, le Conseil d'État opère un contrôle strict pour ne pas remettre en cause systématiquement les décrets de nomination par

¹³⁸³ Il s'agit de la Convention signée, le 3 octobre 2017 à Mérida (Mexique).

¹³⁸⁴ MUIR WATT (H.), « Une perspective internationale privatiste ? », in *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 266.

le Président de la République qui, malgré tout, restent soumis à l'avis du CSM. Dans les pays concernés, comme ailleurs, la carrière dans la magistrature est ouverte aux jeunes nouvellement sortis de l'université, puis de l'École de la magistrature. Or, même si le juge est inamovible, il reste soumis aux règles de l'avancement. Si ce dernier résulte d'une décision du pouvoir exécutif, l'établissement du tableau annuel d'avancement relève plutôt d'une Commission d'avancement, laquelle comprend, pour l'essentiel, des magistrats élus¹³⁸⁵. Ainsi, le déroulement de sa carrière est le point le plus essentiel, mais aussi le plus sensible.

857. La « promotion d'office » est une autre forme déguisée de limite susceptible de porter atteinte à l'indépendance du juge. En effet, le fait que la nomination à de hautes fonctions soit entre les mains du Président de la République peut, d'une certaine manière, constituer une limite à l'indépendance du juge. Il en est de même de l'épineuse question de l'évaluation effectuée par les chefs de juridictions : l'exclusion du CSM de ce champ de compétence est une illustration de cette limite. Car le juge est un tiers au litige dans lequel il intervient, les parties, et plus largement les justiciables, lui doivent respect et confiance, mais ceux-ci ne se garantissent pas, ils se méritent par la qualité du travail et la dignité du comportement¹³⁸⁶.

858. Le Conseil supérieur de la magistrature est un organe chargé par la Constitution d'assister le président de la République dans sa fonction de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. À ce jour, tous les pays d'Afrique francophone étudiés disposent d'un Conseil supérieur de la magistrature¹³⁸⁷. À l'exception de la RDC, où sa présidence est assurée par le président de la Cour constitutionnelle, dans les autres pays, c'est le Président de la République qui en est le président et le ministre de la justice le vice-président. Dans les pays concernés, la création du CSM est intervenue tardivement. Dans un cas comme dans l'autre, l'influence du pouvoir exécutif n'est pas à exclure.

859. Le fait que le poste du premier président soit avant tout politique, ne rassure pas davantage sur son indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Cela peut avoir de l'influence

¹³⁸⁵ COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 125.

¹³⁸⁶ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁸⁷ En ce sens voir l'ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature (Sénégal) ; la loi n° 82/014 du 26 novembre 1982 fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature (Cameroun) et la loi organique n° 55/CNT/2013 du 17 mai 2013 (Guinée).

sur les décisions du CSM. Ainsi, nous pensons que, d'une part, une présidence collégiale (le premier président et un membre élu) pourrait être envisagée ; d'autre part, le système d'un mandat limité pourrait être instauré avec la possibilité d'être démis par une majorité des membres du CSM. En revanche, s'agissant des pays d'Afrique francophone étudiés, le fait que cet organe qui a pour vocation de garantir l'indépendance de la magistrature soit présidé par le président de la République est, selon nous, une façon déguisée d'avoir la mainmise sur les juges.

860. De par son rôle, le CSM est un intermédiaire privilégié entre le corps judiciaire, l'exécutif et les justiciables. Cependant, aucun système n'étant parfait, le CSM n'est pas à l'abri des critiques, étant jugé corporatiste, voire syndicalisé pour les uns, et inféodé à l'exécutif pour les autres. De fait, et cela est observable pour toute profession, les professionnels entre eux jouent, échangent, anticipent, se neutralisent, etc.¹³⁸⁸

861. Partout, dans les cinq pays étudiés, le CSM devrait être revu dans son fonctionnement ce, de façon permanente, y compris pour sa composition qui doit également être ouverte aux membres extérieurs à la magistrature, afin de ne pas favoriser un syndicat par rapport à un autre et donc ne pas procéder directement du suffrage universel ; il faut à la fois garantir l'indépendance du corps judiciaire par une représentation suffisante, éviter une autogestion corporatiste qui le couperait de la société et se garder d'oublier que l'arithmétique des sièges est biaisée par la connaissance privilégiée que les magistrats ont de leur milieu professionnel¹³⁸⁹. Pour assurer la neutralité, en particulier l'indépendance du CSM, nous pensons que les pays concernés devraient opter pour le modèle belge qui a déjà fait ses preuves.

862. En effet, en Belgique, les dysfonctionnements constatés¹³⁹⁰ dans la magistrature ont conduit à la création, non pas d'un CSM comme en France, mais d'un organe original, le Conseil supérieur de la justice 'CSJ', opérationnel depuis l'année 2000. Le législateur belge a ainsi voulu éviter une certaine complexité du système linguistique. Pour ce qui est de sa composition, il a 44 membres, 22 magistrats et 22 non magistrats. Le CSJ est un organe

¹³⁸⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit à un tribunal impartial », in *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁸⁹ MACHELON (J.-P.), « nomination des magistrats », *op. cit.*, p. 31.

¹³⁹⁰ La « Marche blanche » en 1996 est la conséquence des carences de la justice, constatées dans la gestion de l'affaire Dutroux qui avait bouleversé toute la Belgique, et au-delà.

fédéral, prévu par l'article 151 de la Constitution, autonome dans son fonctionnement et dans la prise d'initiatives. Il est chargé de diverses attributions, dont celles d'organiser les examens d'accès à la magistrature, à la présentation des magistrats, à la nomination du ministre de la justice, d'exercer un contrôle externe sur le fonctionnement de l'ordre judiciaire et d'émettre des avis concernant l'amélioration du fonctionnement de la justice. L'autre point d'originalité du CSJ est qu'il fonctionne indépendamment du pouvoir exécutif, qui a renoncé à son immixtion dans les nominations judiciaires. Il est aussi indépendant du pouvoir judiciaire. De ce qui précède, nous pensons que le CSJ belge peut servir de modèle aux pays d'Afrique francophone, afin de garantir l'indépendance effective de la fonction de juger.

863. Les acquis actuels du juge dans un État de droit sont le résultat d'après revendications qui durent depuis des années et qui sont loin d'être terminées, parce qu'une société démocratique se construit dans le renouvellement perpétuel. Si aujourd'hui, dans les pays d'Afrique francophone étudiés l'indépendance du juge est affirmée, cela n'est pas sans conséquence, notamment avec le système de responsabilité. Nous pensons que, la question de la responsabilité du juge ne doit plus se résumer en termes de sanctions, mais bien au-delà. D'une certaine manière, la responsabilité peut être considérée comme une charge et l'obligation de rendre compte¹³⁹¹. Ainsi que l'a justement écrit une doctrine, « *le juge doit être responsable - civilement et disciplinairement - ce qui signifie qu'il doit avoir le sens des responsabilités, autrement dit décider, agir ou s'abstenir de le faire en conscience, en acceptant d'en assumer les conséquences. Mais être responsable, ce n'est pas seulement réparer le dommage que l'on a causé par sa faute ; pour le juge, c'est encore accepter de rendre des comptes en contrepartie des pouvoirs que la loi lui reconnaît pour remplir sa mission* »¹³⁹².

864. Il est clairement établi que, afin que le juge soit responsable de sa décision et qu'il assume la charge, il faut avant tout protéger le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire¹³⁹³. Par son attitude (active ou non), le juge, peut causer un dommage aux justiciables qui, dans nombre de cas, sont susceptibles d'engager sa responsabilité professionnelle. Il reste que cette responsabilité peut revêtir une des trois formes suivantes :

¹³⁹¹ ROUSSEAU (D.), « La question des contraintes pesantes sur le juge », in : *Le juge et l'État*, L. GOLOVKO et B. MATHIEU (dir.), Mare & Martin, 2018, p. 173.

¹³⁹² JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n° 2, 2006, pp. 439-475, spéc. p. 440.

¹³⁹³ ROUSSEAU (D.), « La question des contraintes pesantes sur le juge », *op.cit.*, p. 173.

civile, pénale, disciplinaire. Pour ce qui concerne la première forme de responsabilité, les législations des cinq pays d'Afrique francophone étudiés prévoient la procédure de prise à partie, dirigée contre un juge qui aurait abusé de son autorité¹³⁹⁴.

865. Cependant, force est de constater que si cette procédure, dont la mise en œuvre est très lourde, est avantageuse pour les justiciables. En pratique, elle est aussi une arme de paralysie de procédure pour certains avocats mal intentionnés, qui s'en servent pour violer les règles déontologiques de la profession d'avocats. De plus, la procédure de *prise à partie* peut, à certains égards, être une arme à double tranchant, en ce qu'elle complique les problèmes des justiciable qui l'utilisent sans toutefois les résoudre. D'une part, la possibilité, pour les justiciables, d'exercer des actions directes en responsabilité pourrait conduire à déstabiliser leur action ; d'autre part, cette responsabilité est jugée par des juridictions composées exclusivement de magistrats, ce qui pourrait laisser peser un soupçon de solidarité de corps¹³⁹⁵.

866. En réalité, la lourdeur de la procédure de prise à partie est telle qu'au bout du compte, il ne se passe rien, ou presque, dans la mesure où la mise en œuvre de l'action récursoire voulue n'a jamais été engagée par l'État, excepté en cas de répétition d'actions contre le même juge, pour autant qu'elles soient répertoriées par le chef de la juridiction qui connaît le litige. La procédure de prise à partie ne dispense pas l'État, considéré comme civilement responsable des condamnations, à titre des dommages et intérêts, prononcées à l'encontre du juge poursuivi dont il est pourtant l'employeur : responsabilité du fait d'autrui. En d'autres termes, la prise à partie ne permet pas d'engager la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice¹³⁹⁶.

¹³⁹⁴ En ce sens, voir articles 96 à 104 du Code de procédure civile (RDC) ; articles 312 à 323 du Code de procédure civile (Sénégal) ; articles 343 à 349 du Code de procédure civile, commerciale et sociale (Mali) ; articles 246 et s. du Code de procédure civile et commerciale (Cameroun), articles 667 à 675 du Code de procédure civile, économique et administrative (Guinée). La plupart des dispositions précitées retiennent cette procédure dans les cas déterminés tels que : le dol, la concussion, la faute lourde professionnelle et le déni de justice.

¹³⁹⁵ MATHIEU (B.), « La responsabilité des juges. Entre centralisation et décentralisation », in *Le juge et l'État*, L. Golovko et B. Mathieu (dir.), Mare & Martin, 2018, p. 159.

¹³⁹⁶ La doctrine majoritaire en France considère que : « *C'est la faute lourde du service public de la justice qui est retenue, en particulier, la défaillance du service en général. Ce régime de responsabilité ne concerne pas que l'activité des juridictions judiciaires, car il a été étendu, par la Cour de cassation, aux autorités administratives indépendantes dont les décisions relèvent, sur recours, de l'ordre judiciaire* », GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, op.cit., p. 348. La jurisprudence de la Haute juridiction a défini la faute lourde comme « (...) toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi », C. cass., ass. Plén. 23 février 2001, BICC 1^{er} avril 2001, conclusions R. de Gouttes et note Collomp.

867. Au-delà du maintien de cette procédure dans les cinq pays concernés par notre étude, la responsabilité du juge est la conséquence des exigences de l'opinion publique, pour qui toute faute doit être suivie d'une sanction, et tout en gardant à l'esprit que le juge est une personne humaine ordinaire¹³⁹⁷. Par ailleurs, il faut être attentif au fait que la société n'admet plus de pouvoir sans responsabilité, celui-ci n'étant plus la conséquence du premier mais plutôt sa source : on est légitime à exercer un pouvoir parce qu'on est responsable de son usage¹³⁹⁸.

868. Comparativement, la France, à partir de *l'arrêt Docteur Giry*¹³⁹⁹, a entamé un processus d'abandon de la procédure de prise à partie au profit de la reconnaissance de l'État comme responsable du fonctionnement défectueux de la justice, lequel s'est achevé par une réforme en 1979¹⁴⁰⁰. En revanche, la loi belge prévoit la procédure de prise à partie contre un juge accusé d'être coupable de fraude dans le cours de l'instruction ou d'un jugement¹⁴⁰¹.

869. De même, on sait que le silence du juge concernant un litige sous un prétexte quelconque ou le délai raisonnable d'une procédure est constitutif d'un déni de justice. Dans un cas comme dans l'autre, c'est la responsabilité de l'État pour déni de justice qui est engagée. Bien plus, la doctrine a toujours considéré que, le déni de justice pouvait être la conséquence du manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle¹⁴⁰². À titre d'exemple, la jurisprudence a pu retenir l'absence de diligence d'un juge¹⁴⁰³, en tant que déni de justice.

870. Ainsi que l'a relevé le Professeur Dominique ROUSSEAU, « *il ne peut y avoir un exercice responsable de la fonction juridictionnelle qu'à deux conditions : si l'on garantit l'autonomie de la sphère de production du jugement et si cette sphère de production du jugement est organisée autour d'une éthique, qui peut être qualifiée d'éthique communicationnelle de production du jugement judiciaire* »¹⁴⁰⁴. On sous-entend que le juge doit être animé d'une personnalité qui se manifeste lorsqu'il intervient dans un litige, loin de

¹³⁹⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit à un tribunal impartial », in : *Libertés et droits fondamentaux*, Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.), 18^e éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 568.

¹³⁹⁸ *Idem.*

¹³⁹⁹ C. cass. civ. 2e, 23 novembre 1956. Dans le même sens : C. cass. civ. 2^e, 19 juin 1969, Bull. civ., n° 225 ; C. cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 2011, n° 10-23288, D. 2011, 2483, p. 3040.

¹⁴⁰⁰ En ce sens, voir la Loi organique du 18 janvier 1979.

¹⁴⁰¹ L'article 1140 du Code judiciaire belge.

¹⁴⁰² FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 534.

¹⁴⁰³ TGI Paris 22 janvier 2003, Gaz. Pal. 10 mai 2003.

¹⁴⁰⁴ ROUSSEAU (D.), « La question des contraintes pesantes sur le juge », *op.cit.*, p. 174.

toute influence quelconque, susceptible de changer sa décision. La deuxième forme de responsabilité est pénale. Elle n'appelle pas à de longs développements. Car, en application du principe d'égalité de tout citoyen devant la loi pénale, le juge peut être poursuivi, selon le droit commun, sans bénéfice d'un quelconque privilège de juridiction, par exemple, s'il commet une contravention, un délit ou un crime, dès lors que sa culpabilité est établie, afin d'éviter tout rattachement avec sa fonction.

871. À chaque siècle, son histoire sur la justice, pourrait-on dire : si le siècle passé était particulièrement marqué par l'acquisition et l'affirmation de l'indépendance du juge, le XXIème est celui de l'émergence d'une justice contrôlée par les citoyens et les justiciables, dont les exigences conduisent inéluctablement à plus de visibilité (**Section 2**).

Section 2. L'émergence d'une justice plus visible

872. L'affirmation du juge en tant qu'acteur incontournable à la construction d'un État de droit en Afrique francophone a des conséquences sur l'exercice de sa fonction. Nous avons démontré, au cours des développements précédents, en quoi l'indépendance du juge était nécessaire. Et celle-ci, comme l'écrit le Doyen Serge GUINCHARD, « *confine à l'impartialité car ne pas être indépendant envers soi-même, c'est être partial envers autrui* »¹⁴⁰⁵. Nous sommes de l'avis de cet éminent auteur qui indique par ailleurs que « *l'impartialité doit être subjective et personnelle* »¹⁴⁰⁶. Ces deux dernières caractéristiques sont inséparables de la fonction de juger. De cette manière, une fois investi, le juge, consent à confier la gestion de sa carrière à un organe autonome, composé essentiellement de ses pairs à qui il a donné mandat.

873. Par ailleurs, on constate que ces dernières décennies, cet organe a vu ses prérogatives traditionnelles s'élargir pour en faire une juridiction spéciale, devant laquelle les justiciables pourront, le cas échéant, porter leurs réclamations, toutes les fois que le juge sera amené à commettre un abus, dans l'exercice de ses fonctions. Il va sans dire que, comme pour toute procédure juridictionnelle, le respect des principes dispositifs du procès civil, tel que la

¹⁴⁰⁵ GUINCHARD (S.), « L'éthique du juge et responsabilité », in : Le blog de Serge GUINCHARD. *Vie et œuvre : du légalisme procédural à l'humanisme procédural*. https://sergeguinchard.blogspot.com/2017/05/belles-pages-7-le-juge-2-methodes_de-html (consulté le 10 février 2019).

¹⁴⁰⁶ *Idem*.

publicité des décisions, s'impose devant le CSM (§ 1). Il n'en reste pas moins que toute saisine du CSM à l'encontre d'un juge a des conséquences sur le déroulement de sa carrière (§ 2).

§ 1. La publicité des décisions du CSM

874. La publicité des décisions est plus qu'un caractère. Il s'agit d'une règle cardinale dans toute procédure contradictoire, en ce qu'elle permet d'assurer et de vérifier le respect des préalables lors des débats démocratiques, avant le prononcé de toute décision. En droit processuel, on distingue deux formes de publicité : celle des débats et celle du prononcé de la décision. La publicité devant le Conseil Supérieur de la Magistrature concerne généralement, et uniquement l'hypothèse d'une procédure disciplinaire. Elle concerne également la procédure de nomination-affectation d'un juge.

875. Dans la première hypothèse, sa portée dépend de considérations qui tiennent soit à l'intérêt général, par exemple, l'ordre public ou l'intérêt des parties, par exemple, la vie privée du juge poursuivi. Nous avons vu que, lorsqu'il y avait risque d'atteinte à l'un quelconque d'intérêt, le président de céans pouvait, dans ce cas, décider que les débats se fassent à huis clos. En revanche, la seconde forme de publicité, celle du prononcé de la décision du CSM, n'est pas assortie d'exception, dans la mesure où lecture peut être faite soit à l'audience, soit par dépôt au secrétariat permanent du CSM, soit par tout autre moyen moderne.

876. Nous retiendrons cette dernière forme de publicité pour démontrer en quoi le CSM parvient à assurer sa transparence, toutes les fois qu'il statue sur un juge. En tant que principe fondamental du fonctionnement de la justice, la publicité est consacrée dans tous les textes internationaux, en particulier sur ce qui concerne le droit à un procès équitable¹⁴⁰⁷. De même, elle fait partie intégrante du statut de la magistrature.

877. Dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne étudiés, on admet que la publicité, en tant que règle de fond, permet, d'une part, de préserver la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire, d'autre part, d'assurer la légitimité du juge ainsi que des décisions prononcées par le CSM. Ces dernières années, on a constaté la mise en application du

¹⁴⁰⁷ C'est le cas de l'article 7 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, et de l'article 6-1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

principe de publicité des décisions du CSM contribuant à l'émergence d'une déontologie efficace (A), quand bien même les interrogations subsisteraient sur l'autonomie des organes de renseignement qui ont pour mission de garantir l'indépendance du juge (B).

A. L'émergence d'une déontologie efficace

878. La paternité du concept de déontologie est attribuée au philosophe Jeremy BENTHAM, qui l'a utilisé pour la première fois dans son œuvre posthume, « *Deontology or the Science of Morality* », parue en 1834¹⁴⁰⁸. Au début, la déontologie a été incorporée dans des ordres restreints, notamment par les professionnels de la médecine et les avocats. Ainsi, les élèves avocats reçoivent un enseignement obligatoire de déontologie et éthique, qu'ils sont tenus de respecter dans l'exercice de leur profession.

879. Le Doyen Georges CORNU définit la déontologie comme l'« *ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une profession libérale et plus souvent définis par un ordre professionnel* »¹⁴⁰⁹. Cette notion est souvent assimilée à la science de la morale, aux devoirs, à la conscience et à l'honneur professionnels. Au fil des années, la déontologie s'est élargie aux auditeurs de justice, et fait aujourd'hui partie du programme d'enseignements dispensés à l'École de la magistrature.

880. L'émergence de la déontologie est le résultat des revendications formulées par une opinion publique de plus en plus exigeante de la justice étatique, ces dernières années. L'efficacité d'une déontologie dépend de la manière dont elle est appliquée. Parce que la déontologie, comme l'a écrit Monsieur le Conseiller Daniel LUDET, « *est porteuse de progrès, elle est un vecteur de l'amélioration de la qualité de la justice* »¹⁴¹⁰. La déontologie du juge est plus large et diffère de celle des autres agents publics, car l'exercice de la fonction de juger requiert l'indépendance et l'inamovibilité, elle est la contrepartie. Cela suppose la responsabilisation du juge dans l'exercice de sa fonction. Or, cette responsabilité est sensible. Ainsi, c'est au Conseil supérieur de la magistrature qu'il revient d'exercer cet office¹⁴¹¹, étant tenu à la transparence pour toutes ses actions, y compris la publicité des décisions qu'il rend.

¹⁴⁰⁸ *Déontologie ou science de la morale*, (trad.), édition. François DAGOGNET, *Encre marin*, 2006.

¹⁴⁰⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 329.

¹⁴¹⁰ LUDET (D.), « L'administration de l'autorité judiciaire », in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, colloque organisé par la Cour de cassation au mois de mai 2016, à l'Assemblée nationale, p. 55.

¹⁴¹¹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit à un tribunal impartial », *op. cit.*, p. 569.

881. Si, de manière générale, en France, la publicité fait partie des principes généraux du droit¹⁴¹², il n'est pas surprenant qu'elle s'applique aux décisions du CSM dans son fonctionnement actuel. En réalité, cet organe, à l'égard du juge, fait également office de juridiction « disciplinaire » spécialisée. Il est donc tenu au respect des mêmes principes de procès équitable du droit commun. Cependant, l'on doit garder à l'esprit le fait que ce principe n'est pas nouveau dans le droit positif.

882. Comme l'enseigne une partie de la doctrine qui s'est penchée sur la justice dans l'Ancien Régime, celle-ci en d'abord été exclue : « *La justice de l'Ancien Régime cultive le secret (...) les parlements ne cessent, jusqu'à la Révolution de s'opposer au principe de la publicité dans le domaine civil. Propriétaires de leurs arrêts comme de leurs offices, les magistrats redoutent de livrer au public la discussion des décisions et à des profanes l'élaboration de la jurisprudence* »¹⁴¹³. Puis, elle a été reconnue en des termes plus clairs, par les lois des 16 et 24 août 1790 qui disposent : « *la publicité des plaidoyers, rapports et jugements aussi bien au civil qu'au pénal était obligatoire pour le juge* »¹⁴¹⁴.

883. Aujourd'hui, si le CSM, dans les cinq pays examinés, est en mesure de rendre publiques ses décisions, c'est aussi parce que le juge est soumis à une discipline plus stricte. La déontologie du juge, bien qu'autrefois récurrente, a fait l'objet d'une attention beaucoup plus soutenue, à la fois de la part du grand public et des pouvoirs publics¹⁴¹⁵. En tant que norme juridique, la déontologie comporte deux sources principales : écrites et jurisprudentielles. La première source regroupe des textes internationaux¹⁴¹⁶, régionaux¹⁴¹⁷ et législatifs. Au niveau interne, la Constitution¹⁴¹⁸ consacre la publicité des décisions judiciaires, ainsi que la loi organique portant statut des magistrats¹⁴¹⁹.

¹⁴¹² CE du 4 octobre 1974, *Dame David*, Lebon, p. 464, et JCP, 1975, II, n° 17967, note R. DRAGO.

¹⁴¹³ BERNARD (A.), « note jurisprudence », *Dalloz* 1997, n° 4, p. 53. Dans le même sens, voir J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, Paris, 1995, pp.172 et s.

¹⁴¹⁴ En ce sens, voir la partie consacrée à l'organisation judiciaire, *in* : Lois des 16 et 24 août 1790, Recueil Duverger, p.361.

¹⁴¹⁵ Le POGAM (M.), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Lexis Nexis, 2014, p. 20.

¹⁴¹⁶ L'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

¹⁴¹⁷ L'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁴¹⁸ Voir, l'article 9 de la Constitution de la guinée ; l'article 81 de la Constitution du Mali ; l'article 37 de la Constitution du Cameroun ; l'article 88 de la Constitution du Sénégal, et de l'article 149 de la Constitution de la R.D. Congo.

¹⁴¹⁹ En ce sens, voir, la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats (RDC) ; décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature. En effet, c'est la Résolution n° 001/20011 du 24 mai 2011 qui consacre la mise en application d'un Code d'éthique et de déontologie des magistrats.

884. La jurisprudence disciplinaire du CSM constitue la seconde source non écrite de la déontologie du juge, notamment lorsqu'il statue comme juridiction et rend des décisions qui ont autorité de la chose jugée. La déontologie a été abordée sous l'angle disciplinaire, avant de s'en émanciper¹⁴²⁰. Tout juge, dès son investiture, est tenu au respect des règles déontologiques, lesquelles s'imposent également au CSM qui doit assurer la qualité de l'institution judiciaire.

885. Nous pensons que cette émancipation de la déontologie est un mouvement démocratique irréversible qui ne saurait s'arrêter, y compris dans les pays d'Afrique francophone. L'émergence de la déontologie du juge n'est pas seulement un enjeu qu'il faut intégrer dans la démocratie participative des justiciables, dans des pays comme la RDC et la Guinée, elle est aussi une avancée sur d'autres catégories d'agents publics. Et cela confirme l'adage selon lequel, « *le juge n'est pas un fonctionnaire comme un autre* », ce qui l'oblige au respect d'une série de valeurs fondamentales propres à l'État de droit.

886. La déontologie occupe une place importante dans l'exercice de la fonction de juger, et au-delà. Elle s'impose dans la vie professionnelle et la vie privée du juge, les deux étant inséparables, et son respect favorise sa légitimité et celle du corps auquel il appartient. Ainsi en France, l'Avocat général PONSET, reprenant un jugement de 1825, déclarait devant ses pairs : « (...) *l'honneur et la dignité du corps auquel le juge appartient sont intéressés à ce qu'il ne souille pas sa vie privée plus que sa vie publique puisque les tâches de l'une s'étendent indispensablement sur l'autre* »¹⁴²¹.

887. Nous partageons l'avis d'une partie de la doctrine majoritaire, qui considère que l'exigence de la déontologie du juge est formalisée dans une optique loyale de relations juge-justiciable¹⁴²². Il va sans dire que cette loyauté doit être perçue de manière élargie : à chaque prise de fonction (lors d'une nomination, d'une promotion) avec l'obligation de prévenir les situations de conflits d'intérêts, au pénal, dans le déclenchement des poursuites, loyauté d'être

¹⁴²⁰ LAPEYRE (M.-P.), « Les syndicats dans la magistrature et le Conseil supérieur de la magistrature, entre corporatisme et influence politique », in *9^e Congrès français de droit constitutionnel*, Atelier D Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs, Lyon 2014.

¹⁴²¹ Propos tenus à l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Nîmes, le 2 octobre 1947, cité par P. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française*, Paris, Plon, 1957, tome 1, p. 156.

¹⁴²² GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, 14^e éd. 2017, 2017, p. 301.

indiqué dans la recherche de preuves, loyauté dans le respect des droits d'autrui (secret, interrogatoires, etc.), dans l'application de la loi, ne pas la dénaturer pour les besoins de la cause, c'est-à-dire de la répression (au pénal) ou de l'une des parties, ou encore dans la motivation¹⁴²³.

888. Pour le Doyen Serge GUINCHARD, le fait que la loyauté occupe une place importante dans la déontologie du juge en fait un nouveau principe directeur du procès, avec le dialogue et la célérité ; ces trois principes répondant aux besoins et aux exigences, respectivement, de confiance, d'écoute et de proximité¹⁴²⁴. En tant que valeur morale, la déontologie conduit à l'autorégulation du juge, sur ce qu'il doit faire ou ne pas faire pour ne pas ternir son image, et celle de la justice. De ce point de vue, la déontologie selon nous, peut être considérée comme un aspect philosophique, en ce qu'elle suppose la réflexion sur l'éthique. Or, l'éthique guide les comportements sociaux et professionnels¹⁴²⁵, lesquels forment la déontologie du juge.

889. L'éthique est également un moyen permanent d'intégrer le juge comme acteur social dans un environnement donné. La justification d'une éthique du juge tient au fait que ce dernier, comme le rappelle une partie de la doctrine, vit dans la cité et qu'il est soumis à des contraintes plus fortes qu'autrefois, à des pressions qui ne sont plus tellement le fait du gouvernement, mais des médias et de certains courants idéologiques, parce qu'il est recruté jeune et qu'il n'est pas toujours armé pour résister à la tentation totalitaire du héros purificateur¹⁴²⁶.

890. D'une certaine manière, la publicité des décisions du CSM s'apparente à une reconnaissance de fait, du droit de contrôle des citoyens sur l'institution judiciaire, ce qui permet aux justiciables le cas échéant, d'user de leur droit de saisine du conseil, par une plainte contre un juge pour manquement professionnel, mais aussi pour des faits liés à la matière pénale et à la matière civile. Si par la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs, la loi reconnaît au juge certains pouvoirs, ceux-ci restent intimement liés à l'exercice de ses fonctions, et leur l'application est cadrée par la déontologie et l'éthique

¹⁴²³ *Idem.*

¹⁴²⁴ GUINCHARD (S.), *Droit Processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 2017, n° 542-545, pp.1305-1323.

¹⁴²⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 423.

¹⁴²⁶ GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, p. 297.

professionnelle, ce qui exclut, en revanche, toute reconnaissance des droits au juge, qui demeure un citoyen ordinaire.

891. Contrairement à la procédure du droit commun, qui permet de demander l'annulation d'une décision pour violation d'un des principes, cette dernière reconnaissance n'offre pas cette possibilité, de sorte que les justiciables ne peuvent pas demander à une juridiction judiciaire, l'annulation du non respect de la publicité d'une décision du CSM. Il s'agit là d'une limitation qui s'applique aussi bien aux débats qu'aux décisions du conseil.

892. Si l'on considère ce non respect comme une irrégularité, il faut admettre qu'en pratique, les justiciables parviennent difficilement à prouver le préjudice occasionné. Comme l'a confirmé la Haute juridiction dans une espèce, « *si c'est à tort que l'affaire a été débattue en chambre du conseil et non pas en audience publique, l'irrégularité commise ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur* »¹⁴²⁷. À ce jour, force est de constater que toutes les décisions du CSM dans les pays d'Afrique francophone étudiés ne sont pas disponibles au public, à l'exception de celles portant sur les nominations, les affectations ou les révocations des juges. Faut-il y voir un filtrage des plaintes ou une protection du juge ? Une réponse nuancée s'impose.

893. D'une part, il n'en est rien, dès lors que le huis clos est reconnu en procédures civile et pénale. D'autre part, cela s'est justifié, car il est de principe que toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit au respect de sa vie privée, et le juge n'en est pas exclu. Cependant, ce droit est à concilier avec la liberté d'expression il peut donc céder devant la liberté d'informer à laquelle les citoyens ont droit. Ainsi, le CSM est tenu d'user de l'anonymat sur les décisions qu'il diffuse. Mais que l'élargissement de la publicité de ses décisions semble ne pas faire l'unanimité, y compris au sein d'une partie de la doctrine.

894. En France, par exemple, un auteur s'est demandé, si cet élargissement avait atteint l'objectif escompté. En effet, Monsieur Yves CANNAC a justement écrit : « *Beaucoup de cas donnant lieu à condamnation constituent plus des infractions quasi pénales (exemple : des*

¹⁴²⁷ Cass. crim. 15 juin 1999, Bull. crim. n° 135, p. 370.

*attouchements sur prévenus (...) que des manquements à la responsabilité professionnelle proprement dite »*¹⁴²⁸.

895. Si nous partageons l'avis de cet éminent auteur, nous pensons qu'il s'agit, ni plus ni moins, d'une question d'interprétation, particulièrement de ce que l'on entend par publicité¹⁴²⁹. En effet, le dépôt d'une décision rendue par le CSM, avec possibilité de consultation par les tiers, vaut publicité. Il en va de même pour sa diffusion au public. Tous ces moyens permettant de rendre public une décision du CSM contribuent à l'effectivité du prononcé publique de la décision.

896. Quant à l'irrégularité, une abondante jurisprudence de la Chambre criminelle de la Haute juridiction considère que l'irrégularité née du non respect de la publication de décision, ne doit pas conduire à son annulation, ce qu'elle a confirmé à plusieurs reprises¹⁴³⁰. En revanche, la Chambre criminelle se montre plus stricte lorsque certains justiciables n'hésitent pas de faire le lien entre le non respect de la publicité d'une décision et la violation des droits au procès équitables comme le prévoit l'article 6 § 1 de la CEDH¹⁴³¹.

897. L'une des missions assignées au CSM consiste à garantir le principe de la confiance légitime en la justice étatique. Le concept de confiance légitime étant difficile à définir, une partie de la doctrine considère que ce principe est perçu comme un corollaire de celui de la sécurité juridique, voire un « sous principe »¹⁴³². En droit comparé, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais pris de position expresse quant à la définition et à la portée du principe de la confiance légitime¹⁴³³.

¹⁴²⁸ CANNAC (Y.), « Que peut-on apprendre des autres modèles de responsabilité ? », in *Les juges, un pouvoir irresponsable?*, A. GARAPON (dir.), éd. Nicolas Philippe, 2003, p.163.

¹⁴²⁹ Par exemple, l'article 82 §2 de la loi portant statut de la magistrature au Mali dispose : « *Les décisions du Conseil supérieur de la magistrature sont prononcées publiquement (...)* ». L'on peut dire qu'il s'agit ni plus, ni moins, du respect de la règle du droit commun du procès, c'est-à-dire, limitée aux seules parties en cause, ce qui exclu le tiers.

¹⁴³⁰ Cass. crim. 2 février 2005 : « *Attendu que, s'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué que les débats se sont déroulés en audience publique, et que la décision a été rendu publiquement, cette irrégularité ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur* », pourvoi n° 04-83652, inédit.

¹⁴³¹ Cass.crim. 27 septembre 2000. La Chambre criminelle rappelle les fondements des dispositions du Code de procédure pénale : « (...) aucune disposition légale ou conventionnelle n'autorise la Cour à s'affranchir de la publicité (...) dans le seul intérêt d'une prétendue bonne administration de la justice, ou dans l'intérêt purement privé d'une partie au procès », *Bull. crim.* n° 283.

¹⁴³² HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime », *Revue Française de Droit Administratif*, 1995, p. 963.

¹⁴³³ TULKENS (F.) et LOTARSKI (J.), « Mériter la confiance : un nouveau défi pour la justice », in : *Les juges un pouvoir irresponsable ?* A. GARAPON (dir.), éd. Nicolas Philippe, 2003, p. 208.

898. On constate que celui-ci, comme d'ailleurs le principe de la sécurité juridique, n'est pas explicitement évoqué dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la Cour est l'interprète¹⁴³⁴. Le Doyen Georges CORNU définit la confiance comme « *une croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité à autrui ou en ses capacités, compétence et compétence professionnelles* »¹⁴³⁵. En revanche, une partie de la doctrine voit en la confiance, « *un sentiment, une attente ou une espérance particulièrement ferme* »¹⁴³⁶.

899. Dans le contexte d'une justice plus visible dans les pays d'Afrique francophone, nous pensons que la confiance légitime, qui renvoie à un « droit acquis »¹⁴³⁷, est la garantie entendue par les justiciables quant à l'institution judiciaire, contre tout arbitraire, quelle que soit la forme que ce droit peut revêtir. Le principe de la confiance légitime et de sécurité juridique peut être pris comme une exception limitant la règle générale qui implique le caractère évolutif du droit ; son application par le juge résulte ainsi du rapport entre le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique et la protection des droits et des intérêts des particuliers¹⁴³⁸.

900. Le fait que le juge ait prêté serment¹⁴³⁹ traduit son engagement de faire partie d'acteurs incontournables à la création de l'État de droit et à son maintien. En effet, d'une manière ou d'une autre, le juge est confronté, au quotidien, à la déontologie. Par exemple, en cas de risque de conflit d'intérêts dans un litige où il intervient. Dans ce cas, la déontologie prévoit le dépotage du juge s'il existe un lien de parenté ou d'alliance avec un autre magistrat de la juridiction de l'une des parties. De même, s'il estime que, pour telle raison, son indépendance de jugement pourrait être suspectée, il peut s'abstenir de siéger et se faire remplacer.

901. Quant aux parties, elles peuvent prendre l'initiative, dans l'une des hypothèses énumérées, d'écarter un ou plusieurs juges de la composition, par la récusation¹⁴⁴⁰. Le cas

¹⁴³⁴ *Idem.*

¹⁴³⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴³⁶ TULKENS (F.) et LOTARSKI (J.), « Mériter la confiance : un nouveau défi pour la justice », *op.cit.*, p. 208.

¹⁴³⁷ CJCE, 05 avril 1972, *arrêt Ratti*, 148/78.

¹⁴³⁸ TULKENS (F.) et LOTARSKI (J.), « Mériter la confiance : un nouveau défi pour la justice », *op.cit.*, p. 208.

¹⁴³⁹ Par exemple, aux termes de l'article 5 du Statut de la magistrature de la R.D.Congo, on peut lire : « *Le magistrature n'entre en fonction qu'après avoir prêté serment verbalement ou par écrit, devant la juridiction à laquelle il est affecté, le serment : « je jure de respecter la Constitution et les lois de la République démocratique du Congo et de remplir loyalement et fidèlement, avec honneur et dignité, les fonctions qui me sont confiées* ».

¹⁴⁴⁰ À d'exemple, pour le Cameroun, les articles 158 à 175 du Code de procédure civile et commerciale consacrent des aspects « du renvoi à un tribunal pour parenté ou suspicion légitime et de la récusation. Ainsi,

échéant, elles peuvent rejeter la compétence de la juridiction, pourtant compétente, au profit d'une autre, de même ordre et de même degré. Au regard des développements qui précèdent, on ne peut conclure à l'isolement du juge dans l'exercice de ses fonctions. Celui-ci peut néanmoins se référer au CSM pour avis, en cas de difficulté, pour bien appliquer la déontologie. Car, les missions du CSM se sont élargies ces dernières années : n'étant plus seulement l'organe de représentation de la corporation, il se présente aussi comme un juge pour le juge. Cette fonction de guide se reflète principalement sur la déontologie, entendue comme une « approche préventive des dysfonctionnements d'une profession »¹⁴⁴¹.

902. À côté du Conseil supérieur de la magistrature, figure également l'inspection des services judiciaires, des organes de renseignement. Pourtant, des interrogations subsistent du fait de leurs rapports, pour le moins ambigus, avec l'exécutif, alors qu'ils ont pour mission de garantir l'indépendance du juge. Il convient dès à présent de s'intéresser à leur fonctionnement, afin de comprendre dans quelle mesure ils assurent, tant bien que mal, leur autonomie.

B - L'autonomie des organes de renseignement

903. Nous avons démontré que, pour être effective, la fonction de juger devrait être protégée à la fois par le respect de la séparation des pouvoirs et par celui de l'indépendance et de l'inamovibilité du juge. Or, entre les deux, un encadrement par le ministre de la justice, garde des Sceaux, en tant qu'autorité de tutelle s'avère nécessaire. *De facto*, cette situation facilite indiscutablement le contrôle de deux organes, pourtant censés être indépendants des politiques. Le Conseil supérieur de la magistrature **(1)** et l'inspection des services judiciaires **(2)** sont tenus de leur rendre compte et les renseigner sur l'organisation de la formation (initiale et continue), et sur le déroulement de leur carrière.

l'article 158 dispose : « *Lorsqu'une partie aura deux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin issus de germain inclusivement, parmi les juges d'un Tribunal de Première Instance, ou trois parents ou alliés au même degré dans la Cour d'Appel, ou lorsqu'elle aura un parent audit degré parmi les Juges du Tribunal de Première Instance, ou deux parents dans la Cour d'Appel, et qu'elle-même sera membre du tribunal ou de cette Cour, l'autre partie pourra demander le renvoi* ».

¹⁴⁴¹ POGAM Le (M.), « Le Conseil supérieur de la Magistrature, au cœur du défi déontologique », *Recueil Dalloz*, 1^{er} juillet 2010, n°25, *Chron.* p.1581.

1. Le Conseil supérieur de la magistrature « CSM »

904. L'ancêtre du CSM, tel que conçu dans les pays d'Afrique francophone, est né en France, avec la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, qui a érigé la Cour de cassation en Conseil supérieur de la magistrature. À l'époque, l'article 13 de cette loi disposait : « *La Cour de cassation constitue le Conseil supérieur de la magistrature. Elle ne peut statuer en cette qualité que toutes chambres réunies* ». Ainsi, comme on peut s'en douter, s'il ne comprenait que des juges, il avait une fonction limitée, qui ne concernait pas la nomination ni l'avancement de ces derniers¹⁴⁴².

905. La longue histoire du CSM est à l'image des réformes constitutionnelles qui ont également porté sur sa composition et son fonctionnement. Comme l'a écrit Monsieur le Professeur Nicholas MOLFESSIS dans la préface d'un ouvrage consacré au CSM, « *depuis 1883, le CSM est une citadelle qui protège la justice et ceux qui la servent, contre le pouvoir politique mais aussi contre toutes formes d'influences qui risqueraient de faire dévier son cours* »¹⁴⁴³. Il est clair qu'à l'origine, l'esprit de cette loi était de rompre avec la tradition autoritaire du XIX^{ème} siècle et d'ôter au ministre de la Justice le pouvoir disciplinaire qu'il détenait, jusque là, de manière exclusive à l'encontre des magistrats de l'ordre judiciaire¹⁴⁴⁴.

906. On constate une volonté de mettre fin à une subordination du juge au garde des Sceaux, mais de manière relative, car ce dernier continu d'exercer certaines prérogatives, par exemple, l'initiative des poursuites ainsi que les droits de surveillance et de réprimande¹⁴⁴⁵. Il y a un point commun dans les pays concernés quant à la justification de doter la magistrature d'un organe indépendant. Il s'agit, pour l'exécutif, d'avoir un interlocuteur capable de le renseigner sur divers aspects de la magistrature. Plus qu'une nécessité, la création du CSM a été une exigence, pour ces pays, d'assurer la sécurité juridique dans le climat des affaires. C'est aussi l'accomplissement du respect de leurs engagements à l'égard des traités internationaux qu'ils ont ratifiés.

¹⁴⁴² GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 205.

¹⁴⁴³ MOLFESSIS (N.), Préface in LE POGAM (M.), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Lexis Nexis, 2014.

¹⁴⁴⁴ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, Litec, 2007, p. 14.

¹⁴⁴⁵ BRÉCHON-MOULÈNES (C.), L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature ?, *Revue de Droit Public*, 1973, pp. 647 et s.

907. Traditionnellement, c'est aussi un moyen, pour l'exécutif, de contrôler à l'externe, cette autorité. Cela est visible, dans la formation initiale des auditeurs de justice, ces derniers étant formés dans une École spécialisée, dont le statut n'est guère éloigné de la fonction publique. De même, contrairement à l'École de formation du barreau, la direction générale de cette École est assurée par une personnalité nommée par les politiques, le plus souvent sans l'avis consultatif du CSM. Ensuite, le CSM n'étant pas une association au sens du droit commun, son budget est alloué et dépend du bon gré de l'exécutif, ce qui, d'une certaine manière, l'empêche d'avoir une marge de manœuvre étroite, comme par exemple, pour les conditions de travail du juge, que ressemblent à celles des autres agents de la fonction publique¹⁴⁴⁶.

908. Enfin, s'agissant de la composition du CSM, les divergences notables existent entre ces pays¹⁴⁴⁷, le déroulement de la carrière du juge et la mainmise de l'exécutif étant réels. Comme en Guinée et au Mali, bien que le tableau d'avancement soit géré par une commission des membres du CSM, le déroulement de la carrière reste régi conjointement par le président de la République et le garde des Sceaux. Il existe une crainte permanente de l'exécutif consistant à éviter une composition essentiellement corporatiste, ce qui prive le CSM une autonomie réelle.

909. La similitude dans les pays examinés est que le CSM, se heurte à l'hostilité de ceux qui craignent que cette autonomie ne permette à la magistrature de se transformer en un corps fermé et incontournable¹⁴⁴⁸. Le fait que le président de la République exerce sa prérogative constitutionnelle de désigner, même sur proposition du CSM, certains membres est une autre forme de contrôle externe.

¹⁴⁴⁶ Dans tous les pays examinés, le constat est le même. Le fait que le CSM ne soit plus présidé par le président de la République, comme en RDC, ne change rien. C'est ce que confirment, dans ce pays, les propos de Benoît LWAMBA, président du CSM, également président de la Cour constitutionnelle, qui a déclaré : « *Le bonheur du magistrat ne dépend que du magistrat lui-même. Les juges et les membres du parquet général n'ont pas de bureaux dignes de ce nom (...)* », à l'occasion de la clôture des travaux du CSM, Kinshasa, le 27 août 2015.

¹⁴⁴⁷ Certains sont essentiellement corporatistes, comme ceux du Sénégal et de la RDC, où ne peut en faire partie qu'un magistrat, ce qui exclut tout membre extérieur au corps. D'autres, comme le Mali, la Guinée et le Cameroun, sont également ouverts aux personnalités ne faisant pas partie de la magistrature. Cependant, la particularité du CSM camerounais est que tous les membres sont désignés soit, par le président de la République, soit par l'Assemblée nationale et par la Cour suprême. D'une certaine manière, cela confirme le contrôle externe de cet organe, ainsi que la mainmise des politiques sur l'institution judiciaire, donc, l'absence d'autonomie.

¹⁴⁴⁸ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, op.cit. p.16.

910. À certains égards, l'inquiétude relevée par Monsieur le Professeur Roger PERROT reste d'actualité : « *N'était-il pas paradoxal qu'un organe, dont le rôle est de protéger les magistrats contre un éventuel arbitraire du pouvoir exécutif, soit composé de personnes (...) choisies par le chef de l'exécutif ?* »¹⁴⁴⁹. Force est de constater que, dans les pays où le CSM est présidé par le président de la République, même à titre « honorifique », cet organe a du mal à s'imposer face aux pouvoirs exécutif et législatif, sa politisation étant visible aussi bien dans la composition que dans son fonctionnement. Par conséquent, la relégation du CSM contribue à confirmer la primauté de l'exécutif sur l'institution judiciaire.

911. De ce point de vue, nous réitérons notre avis, selon lequel on ne peut parler de l'existence d'un pouvoir judiciaire dans les pays d'Afrique francophone. Le fait que les législateurs constituant de ces pays aient prévu de garantir l'indépendance par un statut de la magistrature, relevant d'une loi organique, est indifférent, nous semble-t-il.

912. Le fait que l'élargissement des attributions du CSM lui permet d'exercer sa mission d'organe consultatif peut être considéré comme une légère avancée, notamment, pour les demandes d'avis « simples » formulées par le président de la République¹⁴⁵⁰ et le garde des Sceaux¹⁴⁵¹ chaque fois que s'est posé un problème d'indépendance du juge. Cependant, on peut constater que ces avis ne sont pas liés à l'exécutif, ce qui renforce la critique doctrinale qui a longtemps considéré que le CSM n'était que *l'assistant* du président de la République dans sa mission de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire¹⁴⁵². L'exemple cité sur le Sénégal le confirme. En effet, le rapport du CSM ne permet pas à ce jour, l'exclusion « volontaire » du président de la République de siéger, à titre « honorifique », au sein du CSM, comme le demande une grande partie des magistrats sénégalais.

913. Actuellement, le CSM, dans les pays en question, dispose de moyens lui permettant d'assurer l'indépendance du juge, mais surtout, l'unité de la magistrature : son autorité s'étend à l'égard des magistrats du siège comme à ceux du ministère public. Quand bien

¹⁴⁴⁹ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 11^e éd., 2004, n° s 45 et s., pp. 40-46.

¹⁴⁵⁰ Par exemple, le Président sénégalais SALL a récemment demandé l'avis du CSM sur l'opportunité de la présence du président de la République au sein du CSM. D'autres demandes peuvent porter sur les propositions des nominations des juges.

¹⁴⁵¹ En France, par exemple, la Garde des Sceaux a saisi pour avis, le CSM dans *l'affaire dite du « mur des cons »*, lequel a donné un avis publié le 16 mai 2013.

¹⁴⁵² CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, op. cit., p.17 ; BRÉCHON-MOULENES (Ch.), « L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature ? », *Revue de Droit public*, 1973, pp. 605 et s.

même les membres du parquet seraient plus organiquement placés sous la dépendance du garde des Sceaux que leurs collègues du siège, par exemple. Les disparités du CSM, dans chacun des pays étudiés ayant été démontrées, il convient dès à présent de s'intéresser à l'autre organe de renseignement de la carrière du juge en quête d'autonomie à l'égard du pouvoir exécutif.

2. L'inspection générale des services judiciaires « IGSJ »

914. La fonction de juger étant avant tout encadrée par les dispositifs de l'administration de la justice, les constituants des pays examinés, à l'instar de leurs collègues¹⁴⁵³, en droit français et en droit belge, ont considéré que cette fonction devait être soumise au contrôle d'un organe étatique¹⁴⁵⁴. Cela correspond d'ailleurs, à l'exigence de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, selon lequel : « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». L'inspection générale des services judiciaires est un organe permanent doté de moyens spécifiques. Elle est apparue tardivement ; son statut en fait un service spécialisé. Ses attributions ont fait l'objet d'une configuration progressive, afin de l'adapter aux évolutions de la société, notamment pour ce qui concerne les méthodes du service.

915. L'inspection générale des services judiciaires est dirigée par un haut magistrat qui porte le titre d'inspecteur général. Pour remplir ses tâches, il est assisté d'une équipe comprenant un ou plusieurs inspecteurs adjoints, d'un secrétariat et de collaborateurs qui n'appartiennent pas tous au corps de la magistrature. S'agissant de la nomination de ces hauts magistrats, laquelle correspond le plus souvent, à une affectation temporaire, elle relève, dans la plupart des cas, du ministre de la justice, sur proposition du procureur général de la République près la Cour de cassation, ce qui sous-entend leur appartenance au parquet¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵³ En France, la dernière réforme de 2016 a consacré la création de l'Inspection générale des services judiciaires. Le Royaume-Uni a créé depuis le 1^{er} avril 2011, le *HM Courts and Tribunals Service* qui a des antennes avec au moins 17.000 salariés, répartis sur l'ensemble du pays.

¹⁴⁵⁴ Tous les pays d'Afrique subsaharienne disposent d'un tel organe : quand bien même l'appellation diffère d'un pays à un autre, le concept est similaire. Il est régi par un texte réglementaire précisant son organisation, son fonctionnement ainsi que ses missions. Il s'agit du décret n° 2012/389 du 18 septembre 2012 (Cameroun, du décret n° 172/PRG/SGG/97 du 6 août 1997 Guinée), de l'ordonnance n°00-057 P-RM du 28 septembre 2000 (Mali) et de l'ordonnance n° 87/215 du 23 juin 1987 (RDC).

¹⁴⁵⁵ En ce sens, par exemple, l'article 3 de l'ordonnance précitée pour la RDC.

916. De manière générale, si le rôle de l'inspection générale des services judiciaires soulève des interrogations, c'est pour sa composition. En effet, en dehors de l'inspecteur général et de ses adjoints, d'autres fonctionnaires font partie de l'organe et participent à l'accomplissement de ses attributions. Or, la fonction de juger requiert le respect des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du juge, conformément aux dispositions des instruments juridiques internationaux de valeur universelle¹⁴⁵⁶ et aux textes fondamentaux de chacun des pays examinés. D'autre part, l'organisation de cet organe reste entièrement assurée par le garde des Sceaux, lequel peut le saisir pour avis et lui confier des missions. Mais surtout, l'IGSJ ne disposant pas d'autonomie financière, c'est le garde des Sceaux qui détermine le budget annuel à allouer pour son fonctionnement.

917. Les missions de l'IGSJ sont multiples et variées. Elles consistent en particulier à : répondre à toute demande de vérification, de contrôle et d'enquête émanant du ministre de la justice ; organiser, au moins une fois par an, des inspections de cours et tribunaux. Pour ce qui est des missions de vérification et de contrôle, elles concernent, le plus souvent, le fonctionnement et l'organisation administrative et budgétaire. Ainsi, elles ne diffèrent pas, par leur nature, de celles exercées par les chefs de cour, dans le cadre de leur prérogative réglementaire d'inspection des juridictions.

918. Quant aux missions liées aux enquêtes administratives, elles concernent soit le dysfonctionnement de la juridiction de jugement, soit la manière de servir d'un juge. Elles sont généralement effectuées en amont de la procédure disciplinaire, après que le dossier du juge concerné ait été communiqué au CSM. À la différence de l'enquête disciplinaire, elle n'est pas contradictoire, étant soumise essentiellement à des principes non écrits. L'IGSJ parvient ainsi à apprécier les performances d'une juridiction donnée et à en déceler les lacunes.

919. En France, par exemple, l'on peut constater que sous Vichy, l'IGSJ était inscrite dans une stratégie d'affirmation de l'autorité du pouvoir central sur la justice, c'est-à-dire, d'abord

¹⁴⁵⁶ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». L'on déduit de ces dispositions le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne sauraient empiéter les pouvoirs législatif et exécutif.

et avant tout, du garde des Sceaux, mais aussi du personnel de la chancellerie¹⁴⁵⁷. Ainsi, elle effectuait des missions d'enquêtes sur les magistrats qui étaient hostiles à ce régime. Instrumentalisée par le garde des Sceaux, l'IGSJ s'auto-attribuait un statut spécial, ce qui n'a pas empêché son inspecteur général d'affirmer dans une note : *« le corps des inspecteurs est l'organe permanent de renseignements du garde des sceaux et ne peut donc être rattaché à aucune direction ; qu'il n'a de rapports à avoir qu'avec le ministre et son cabinet, eux seuls sont destinataires des rapports et ont qualité de juger de la diffusion et de la suite à leur donner ; que les directions ne peuvent s'adresser à l'inspection que par l'intermédiaire du garde des sceaux, même si les relations personnelles et directes officieuses sont souhaitables »*¹⁴⁵⁸.

920. L'IGSJ veille, par ailleurs, au respect, des juridictions, de rendre la justice, conformément à la loi et dans les délais requis, afin de sécuriser les citoyens et les intérêts des justiciables. Toutefois, s'agissant de sa mission de contrôle, en particulier dans les régions les plus reculées des pays examinés, il n'est pas rare qu'elle soit élargie, permettant également de contrôler les juridictions de jugement. Ainsi, l'on peut considérer que l'IGSJ est le bras armé du garde des Sceaux et, dans une moindre mesure, du CSM. Ce dernier, à l'égard du juge, faute de moyens de fonctionnement, ne peut effectuer les attributions qui lui sont assignées. Et le fait que l'IGSJ rende ses rapports au ministre de la justice, lesquels ne sont pas publiés, confirme sa soumission totale à l'exécutif.

921. En revanche, le CSM peut demander l'obtention d'une copie d'un rapport de l'IGSJ, notamment lorsqu'il concerne la procédure disciplinaire d'un juge. De même, en fonction de la nature de la mission, le garde des Sceaux peut, le cas échéant, solliciter de la part de ses collègues du gouvernement, la réquisition d'autres agents publics, en raison de leur expertise, sans que ces derniers ne posent d'actes juridictionnels.

922. Il existe des similitudes entre les pays concernés, où le champ de compétence de l'IGSJ ne se limite qu'aux juridictions de premier et second degrés de l'ordre judiciaire. Cette limitation est importante pour la garantie de l'indépendance de la fonction de juger. En

¹⁴⁵⁷ BANCAUD (A.) et JEAN (J.-P.), « Les juges en enquête : histoire de l'inspection des services judiciaires », in *Juger, les juges. Du Moyen Âge au CSM*, Doc. Française, 2000, p.188.

¹⁴⁵⁸ V. bilan de l'inspection établi par M. Rolland fin 1945, cité par BANCAUD (A.) et JEAN (J.-P.), « Les juges en enquête : histoire de l'inspection des services judiciaires », *op.cit.*, p. 191.

France, à la suite d'une récente réforme¹⁴⁵⁹, un contentieux important est né devant le Conseil d'État. En effet, saisi par un syndicat de la magistrature, le Conseil d'État¹⁴⁶⁰ a annulé le décret qui prévoyait, notamment, l'inclusion de la Cour de cassation dans le champ des missions de l'IGSJ. En l'espèce, l'argument des requérants était qu'« *une telle inspection, dans la mesure où elle était rattachée au garde des sceaux, c'est-à-dire placée sous son autorité, méconnaissait le principe de séparation des pouvoirs et portait atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire, en particulier s'agissant de la Cour de cassation, cour suprême de l'ordre judiciaire* ».

923. Nous avons vu que le Conseil d'État français se montrait rassurant en tant que garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, y compris de la Cour de cassation. Il considère que : « *ni les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire, ce dernier incluant l'indépendance des magistrats dans la fonction de juger, qui sont garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par l'article 64 de la Constitution, ni le droit d'un tribunal indépendant et impartial résultant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et liberté fondamentale n'interdisent par principe, qu'un service d'inspection appelé à contrôler ou à évoluer l'activité des juridictions judiciaires soit placé auprès du ministre de la justice, le gouvernement dont il est membre étant, en vertu de la Constitution, chargé de conduire la politique de la Nation et d'assurer, notamment le bon fonctionnement des juridictions* ».

924. Comme on peut le constater, l'inquiétude est réelle sur les attributions de l'IGSJ, raison pour laquelle le Conseil d'État émet des réserves. Il estime qu'un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que la création d'un tel service soit légale, conditions tenant à sa composition et au statut de ses membres, à son organisation, ainsi qu'aux conditions et aux modalités de son intervention¹⁴⁶¹.

925. En revanche, dans les pays examinés, l'IGSJ n'exerce aucun contrôle sur la cour suprême. Pour autant, la question de l'autonomie de cet organe reste posée, quand bien même l'IGSJ ne disposerait d'aucun pouvoir décisionnel sur le juge. Par ailleurs, les critiques au

¹⁴⁵⁹ Le décret n°2016-1675 du 5 décembre 2016 portant création de l'inspection générale de la justice.

¹⁴⁶⁰ CE 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière magistrats et autres*, décision n°s 406066, 406497, 406498, 407474, disponible sur www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes (consulté le 20 juin 2019).

¹⁴⁶¹ CE 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière magistrats et autres*, *ibidem*.

sein de la magistrature considèrent l'affectation à l'IGSJ comme un lieu « purgatoire » pour tout juge que l'exécutif veut sanctionner, plutôt que comme une promotion classique. Nous pensons que dans la mesure où les enquêtes de l'IGSJ sont de simples documents préparatoires soumis au débat contradictoire devant le CSM, elle contribue, tout au moins, dans les limites de son champ de compétences, au renforcement de l'efficacité des juridictions et du système judiciaire. Ainsi n'est-il pas rare que le rapport de l'IGSJ, comme la saisine du CSM, produise des conséquences qui ne sont pas sans importance.

§2. Les conséquences de la saisine du CSM

926. Au fil des années, le CSM a su s'imposer en juge de la fonction de juger, mais surtout, en tant que garant de l'indépendance du juge. Ses missions vont aujourd'hui au-delà de ce qui est prévu par les textes réglementaires de chacun des pays examinés. Dans sa fonction de conseil, le CSM peut être saisi par le président de la République pour avis, par le garde des Sceaux pour une plainte sur un juge, et récemment par les justiciables.

927. D'autre part, on peut constater, comme en République Démocratique du Congo, où il n'est pas présidé par le président de la République, qu'il a également gagné en importance, notamment en s'arrogeant un pouvoir d'auto-saisine qui le conduit à rendre des avis spontanés sur les grandes questions relatives à l'indépendance de la justice¹⁴⁶². De même, dans les autres pays subsahariens, bien qu'il soit encore présidé par le président de la République, le CSM cristallise les tensions entre le pouvoir politique et le monde de la justice en provoquant parfois celui-là pour mieux protéger celui-ci¹⁴⁶³. Ainsi, régulièrement, le CSM n'hésite pas à diffuser de son propre chef, ce qu'il nomme désormais non plus des avis mais des « communiqués », sur des projets de réforme touchant à l'organisation de la justice ou au statut de la magistrature, hors du cadre de toute saisine, le CSM entend aussi être un rouage de la politique de la justice¹⁴⁶⁴.

928. Cependant, loin d'avoir véritablement acquis son autonomie, la dépendance du conseil vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif, reste réelle. Par exemple, avant toute nomination d'un juge, il n'est pas exclu que les pressions soient exercées sur ses membres. Malgré tout,

¹⁴⁶² MOLFESSIS (N.), in : *Le Conseil supérieur de la magistrature*, préface, M. LE POGAM, Lexis Nexis, 2014, (Préface).

¹⁴⁶³ *Idem.*

¹⁴⁶⁴ *Ibidem.*

afin d'éviter, sinon de réduire le risque de pression, certaines interdictions sont prévues pour ses membres pendant l'exercice de leur mandat. En plus de la limitation du nombre de mandats, l'appartenance au CSM pour un juge le soumet à des obligations visant à garantir son indépendance. Sans les citer toutes, on retiendra, par exemple, l'interdiction d'un mandat électif. Il n'est pas rare que la saisine du CSM soit à l'origine de la mise en œuvre de la responsabilité du juge **(A)**, lequel doit examiner le régime disciplinaire qui lui est applicable **(B)**.

A. La mise en jeu de la responsabilité du juge

929. Pour qu'il y ait mise en jeu de la responsabilité du juge, deux hypothèses sont susceptibles d'en être à l'origine : celle de la mise en cause directe de la responsabilité civile personnelle du juge à la suite des actes posés dans l'exercice de ses fonctions, et celle de la procédure disciplinaire du juge par des tiers. Seule la première sera ici retenue, dans la mesure où la seconde est essentiellement rattachée au régime disciplinaire devant le CSM.

930. La responsabilité civile du juge suppose l'hypothèse, où un particulier pourrait agir en responsabilité d'un juge, pour des actes se rattachant à l'exercice de sa profession¹⁴⁶⁵. De manière classique, on admet l'existence de cette responsabilité, mais, celle-ci n'est ni visible, ni lisible¹⁴⁶⁶. Elle n'est pas visible, car il n'y a pas de condamnation civile pécuniaire des magistrats, et elle n'est pas lisible, car la responsabilité engagée est celle de l'État du fait de ses magistrats, étant une responsabilité particulière du fait d'autrui, dont l'engagement est l'aboutissement d'un processus complexe¹⁴⁶⁷. Ainsi, une doctrine a écrit à juste titre : « *C'est en matière civile que la reconnaissance d'un principe de responsabilité à, semble-t-il, le plus de mal à s'imposer. Probablement parce qu'en ce domaine, c'est la légitimité même de l'exercice de la fonction juridictionnelle qui est en cause* »¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁵ LUDET (D.), « Les mécanismes actuels de la responsabilité des magistrats doivent-ils être modifiés ? », in *La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau*, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, 2005, p. 210.

¹⁴⁶⁶ DEGUERGUE (M.), Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats », in *La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau*, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, 2005, p.92.

¹⁴⁶⁷ *Idem*.

¹⁴⁶⁸ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », in *La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau*, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, p. 44.

931. À la question de savoir pourquoi cette mise en jeu de la responsabilité du juge, l'on retient quelques éléments. Le premier est que la responsabilité est le revers de l'autonomie du statut des fonctionnaires chargés de rendre la justice tels que les magistrats ; c'est aussi la contrepartie de leur indépendance qui est garantie constitutionnellement¹⁴⁶⁹. L'autre élément retenu est que la responsabilité des magistrats est une responsabilité à la mesure de la gravité des préjudices que leurs erreurs peuvent engendrer¹⁴⁷⁰.

932. Par conséquent, s'interroger sur l'applicabilité de la responsabilité du juge dans les pays étudiés, requiert de garder à l'esprit le fait que la fonction de juger ne peut être bien exercée que si le juge bénéficie de la garantie statutaire telle que nous l'avons démontrée précédemment. Ainsi, au niveau universel, la question de la responsabilité civile du juge a fait l'objet de travaux ayant permis l'élaboration des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, dont l'article 16 dispose : « Sans préjudice de toute procédure disciplinaire ou de tout droit de faire appel ou droit à une indemnisation de l'État, conformément au droit national, les juges ne peuvent faire personnellement l'objet d'une action civile en raison d'abus ou d'omission dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires »¹⁴⁷¹.

933. De plus, le juge rend des décisions au nom du peuple qui, en quelque sorte, l'a mandaté pour faire respecter la loi et assurer sa protection. Or, les conséquences de ses décisions peuvent, dans certaines circonstances, fragiliser son office. C'est ce qui justifie la réticence de vouloir le poursuivre personnellement dans le cadre de l'exercice de sa fonction. Car admettre le principe de responsabilité civile du juge, c'est prendre le risque que des plaideurs, simplement insatisfaits en raison du contenu même des décisions de justice, multiplient les mises en cause qu'il a rendues¹⁴⁷². De ce fait, la responsabilité du juge est une responsabilité indirecte, parce que sa faute personnelle se rattache au service public de la justice. Ainsi reconnue, c'est la responsabilité de l'État qui doit être engagée, quitte à se retourner contre le juge concerné, par l'action récursoire.

934. S'agissant de cette action, dont la nature est purement administrative, elle existe dans le droit positif des pays étudiés, mais n'a jamais été mise en œuvre à l'encontre des juges. Par

¹⁴⁶⁹ DEGUERGUE (M.), Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats », *op.cit.*, p. 94.

¹⁴⁷⁰ *Idem.*

¹⁴⁷¹ En ce sens, les Principes relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés à Milan, le 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale des nations unies dans sa *Résolution* 40/32 du 29 novembre 1985.

¹⁴⁷² CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », *op.cit.*, p. 44.

conséquent, les citoyens perçoivent difficilement l'inaction de l'État, ainsi, la responsabilité civile et personnelle du juge ne serait qu'une responsabilité fictive¹⁴⁷³.

935. De même, le droit européen consacre une part importante à la question spécifique de l'action récursoire, avec notamment la *Charte européenne sur le statut des juges*¹⁴⁷⁴. Nous rejoignons Madame Julie JOLY-HURARD lorsqu'elle note, à juste titre, que « *la mise en œuvre effective de l'action récursoire nécessiterait, que les juges contractent des assurances, car ils ne pourraient assumer personnellement, sur leurs propres deniers, la charge pécuniaire d'une telle responsabilité* »¹⁴⁷⁵.

936. Nous pensons qu'en vertu du principe constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire, l'appréciation, voire la mise en cause du mal jugé et de l'erreur judiciaire, ne peut se faire que par le biais de l'exercice habituel des voies de recours prévues à cet effet : l'opposition, l'appel, la tierce opposition, le pourvoi en cassation. La jurisprudence de la Haute juridiction considère que, par exemple, le non-respect par le juge d'une règle de droit ne peut donner lieu à une responsabilité civile, quand bien même le mal jugé serait caractérisé. Pour la Chambre commerciale, « *la violation des articles (...), fut-elle établie ne constitue pas un excès de pouvoir, mais un mal jugé par erreur de droit* »¹⁴⁷⁶.

937. En effet, dans le droit positif des pays étudiés, l'indépendance du juge, et comme la liberté d'appréciation, lesquelles s'attachent à l'exercice de la fonction de juger, s'opposent à la mise en jeu de la responsabilité personnelle du juge, pour le contenu intrinsèque de la décision qu'il rend, pour autant que celle-ci ait acquis l'autorité de la chose jugée. En pratique, l'on constate que c'est la difficulté d'établir la frontière entre le mal jugé et l'attitude

¹⁴⁷³ MAGENDIE (J.-Cl.), « La responsabilité des magistrats, contribution à une réflexion apaisée », D., 2005, Doctr. 2414 et s. LUDET (D.), « À propos de la responsabilité des magistrats (Quelques réflexions sur des déclarations ministérielles) », GP. 23-24 sept. 2005, « Libres propos », p.2 et s.

¹⁴⁷⁴ La Charte européenne sur le statut des juges, adoptée à Strasbourg les 8 et 10 juillet 1998. Son article 5.1 dispose : « *Le manquement par un juge ou une juge à l'un des devoirs expressément définis par le statut ne peut donner lieu à une sanction que sur la décision, suivant la proposition, la recommandation ou avec l'accord d'une juridiction ou d'une instance comprenant au moins pour moitié des juges élus, dans le cadre d'une procédure à caractère contradictoire où le juge ou la juge poursuivis peuvent se faire assister pour leur défense. L'échelle des sanctions susceptibles d'être infligées est précisée par le statut (...)* ». Il en a de même pour l'article 5.2 qui se prononce largement l'action récursoire : « *La réparation des dommages supportés de façon illégitime à la suite de la décision ou du comportement d'un juge ou d'une juge dans l'exercice de leurs fonctions est assurée par l'État. Le statut peut prévoir que l'État a la possibilité de demander, dans une limite déterminée, le remboursement au juge ou à la juge par la voie d'une action juridictionnelle (...)* ».

¹⁴⁷⁵ JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, p. 454.

¹⁴⁷⁶ Cass. com., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-17350, inédit.

détachable du juge qui est à l'origine des critiques qui sont parfois mal vécues par l'institution judiciaire.

938. C'est ce que témoignent les propos d'un haut magistrat près la Cour de cassation française: « *Afficher pour la justice une forme de mépris, inspirer à l'opinion des sentiments bas en instillant, de manière en réalité extravagante, la confusion entre la responsabilité du criminel et celle du juge dont on dénigre la décision, inscrire au débit des cours et tribunaux l'altération du lien social compromis pour une multitude de raisons qui leur sont étrangères, tout cela avilit l'institution et, en définitive, blesse la République* »¹⁴⁷⁷. Cette confusion dont parle Monsieur Jean-Louis NADAL tient au fait d'une opposition du juge et du jugement¹⁴⁷⁸. Toutefois, comme la question de la responsabilité affecte les intérêts des justiciables, cette opposition doit être élucidée. Ainsi, l'on doit, avec la même force de l'évidence admettre que la personne est juge en tant qu'elle prend des jugements, et qu'un jugement est l'œuvre des juges¹⁴⁷⁹.

939. Dans la mesure où il faut rassurer les justiciables et ne pas donner l'impression d'accorder une impunité au juge, dans d'autres droits, certains États ont choisi d'admettre le principe de responsabilité civile du juge, par exemple, en cas de détentions provisoires injustifiées, d'erreurs judiciaires avérées, pour autant qu'il s'agit d'atteintes d'une extrême gravité¹⁴⁸⁰.

940. Comme le note le président Guy CANIVET, « *on observe que les régimes mis en place tentent de trouver un équilibre entre la nécessité de réparer les dommages causés par les juges, mais dans le même temps, de préserver le mécanisme de prise de décision ainsi que l'autorité spécifique de la décision de justice* »¹⁴⁸¹. Ces régimes de responsabilité civile du juge sont organisés indépendamment de toute faute constatée, parallèlement et additionnellement à leur régime général de responsabilité civile pour faute ; lorsque la responsabilité civile du juge est, au contraire, soumise à la preuve d'une faute, c'est que les

¹⁴⁷⁷ Jean-Louis NADAL, procureur général près la Cour de cassation, *in* : discours prononcé le 7 janvier 2011, lors de l'audience solennelle de la rentrée judiciaire de la Cour de cassation, Rapport d'activités 2010, disponible sur [www. Courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/deuxieme_ partie](http://www.Courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/deuxieme_partie) (consulté le 25 août 2018).

¹⁴⁷⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », *in La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau*, Limoges, 2008, PULIM, p.230.

¹⁴⁷⁹ *Idem*.

¹⁴⁸⁰ Il s'agit d'un petit nombre d'États, tels que la France, la Suisse, la Belgique, l'Espagne et le Luxembourg.

¹⁴⁸¹ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », *op.cit.*, p. 47.

États souhaitent restreindre la mise en cause des juges, et ainsi, préserver leur liberté de jugement comme leur indépendance¹⁴⁸². Pour ce qui est de ce choix, une doctrine considère qu'il se transforme en une sorte de médiation mécanique qui doit être effective, peut en outre prendre différentes formes, objective et interne¹⁴⁸³. Cette dernière étant constituée par la procédure, elle permet au juge de se soumettre aux règles de l'impartialité, lesquelles mettent le juge en distance de son pouvoir de juger¹⁴⁸⁴.

941. Nous rejoignons le président Guy CANIVET lorsqu'il affirme : « *de telles actions perturberaient la sérénité des juges et, au-delà, porteraient atteinte à leur indépendance (...)* La mise en œuvre de la responsabilité civile du juge ne doit pas être un moyen détourné de remettre en cause, si ce n'est de ruiner, l'autorité de son jugement »¹⁴⁸⁵. S'il est admis que certains actes posés par le juge se rattachent à ses fonctions, de surcroît l'exonère de toute responsabilité civile, au détriment de l'État, en revanche, nous allons voir que d'autres actes le sont moins, en particulier en cas de violation d'une norme destinée à assurer le bon fonctionnement de la justice.

942. De tels actes, étant liés au comportement du juge, sont détachables de son office, et par conséquent, ne donnent pas lieu à l'allocation d'une réparation sous forme patrimoniale à la victime. En pratique, on constate que certains aspects de la responsabilité disciplinaire du juge s'apparentent à ceux du droit pénal. De cette manière, celle-ci met en échec l'immunité pénale du juge. Dans la mesure où la responsabilité disciplinaire se distingue de la responsabilité civile, c'est un régime particulier qui est applicable devant le CSM.

B. Le régime disciplinaire applicable au juge

943. De manière classique, la discipline s'apparente aux « *règles de conduite communes aux membres d'un corps ou d'une collectivité et destinées à y faire régner le bon ordre* »¹⁴⁸⁶, mais en droit, elle est définie de façon plus large. Ainsi, le Professeur Joël MORET-BAILLY relève que la discipline doit être définie « *à la fois par son but et par ses sanctions : si elle a pour but le maintien de l'ordre dans un groupe social déterminé, ses sanctions, originales,*

¹⁴⁸² *Idem.*

¹⁴⁸³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », *op.cit.* p.235.

¹⁴⁸⁴ *Idem.*

¹⁴⁸⁵ CANIVET (G.), « La responsabilité des juges : approche comparative », *op.cit.*, p.45.

¹⁴⁸⁶ *Le petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, p. 748.

frappent l'agent dans ses intérêts de membre du groupe. Le droit disciplinaire peut ainsi se définir comme le droit dont l'objet est l'infliction de sanctions disciplinaires. Les enjeux liés à cette activité sont bien loin d'être négligeables pour les justiciables, puisque celle-ci peut aller jusqu'à l'exclusion de la personne du groupe intéressé, la plupart du temps professionnel »¹⁴⁸⁷. Cette définition a l'avantage de mettre l'accent sur la finalité de la discipline.

944. Pour le Doyen Georges CORNU, la discipline est « *l'ensemble des règles et devoirs imposés aux membres d'un corps ou d'une profession, ou attachés à l'exercice d'une fonction et dont le régime de sanction est autonome tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines* »¹⁴⁸⁸. Nous retiendrons cette dernière définition. Car, s'agissant du juge, elle englobe la déontologie autour des devoirs et des obligations, de la procédure disciplinaire, ainsi que des sanctions et des voies de recours. Pour ce qui est de sa fonction, si une partie de la doctrine avance que la discipline a vocation à sanctionner le non-respect de ces devoirs fondamentaux¹⁴⁸⁹, l'autre partie, en revanche, lui attribue une fonction préventive : la peur de la sanction dissuadant la commission de fautes et incitant à se comporter comme il se doit¹⁴⁹⁰.

945. Historiquement, c'est à partir du Moyen Âge que la question disciplinaire est abordée. En effet, dès le XII^e siècle, on assiste à la rédaction de textes consacrant les devoirs des juges, notamment l'Ordonnance de 1254 relative à la réformation de la justice dans Sénéchaussées du midi¹⁴⁹¹. Sous l'Ancien Régime, le pouvoir disciplinaire apparaît au sein de multiples corps « privilégiés » ; tels que celui de parlements qui tenaient régulièrement des audiences mercuriales au cours desquelles étaient sanctionnés les magistrats pour avoir manqué à leurs devoirs professionnels¹⁴⁹². La doctrine contemporaine s'est intéressée à la question disciplinaire, lorsqu'il s'agissait de rechercher un fondement « universel » de la répression de la discipline, commun à l'ensemble des institutions organisées¹⁴⁹³. De toutes les analyses

¹⁴⁸⁷ MORET-BAILLY (J.), in : *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2003, p.332.

¹⁴⁸⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 352.

¹⁴⁸⁹ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2004, p.4.

¹⁴⁹⁰ CHAPUS (R.), *Droit administratif général* ; Montchrestien, 2001, n°s 377 et s. cité par CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, op.cit., p.4.

¹⁴⁹¹ JACOB (R.), « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges », in : *Juger les juges*, Actes du colloque de l'AFHJ, La documentation française, 2000, p. 12.

¹⁴⁹² BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées », *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, 1978, cité par CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, op. cit. p. 6.

¹⁴⁹³ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, op.cit. p.7.

réalisées par la doctrine juridique sur cette question, c'est celle dite de « *l'unité du droit disciplinaire* », développée notamment par les Professeurs Alfred LÉGAL et Jean BRETHE de la GRESSAYE, qui était majoritaire¹⁴⁹⁴. Selon cette thèse, l'autorité et, partant, la discipline, doit être inhérente à tout groupe social organisé, indépendamment de sa nature publique (administration, justice, université, armée) ou privée (entreprises, associations, syndicats, sociétés)¹⁴⁹⁵.

946. À propos de l'étude de la discipline du juge, un auteur écrit, à juste titre, qu'elle appelle « *nécessairement celle de l'indépendance des magistrats du siège, car elle est la poutre maîtresse de l'organisation judiciaire en ce qui les concerne* »¹⁴⁹⁶. Car même indépendant, le juge reste administrativement lié, en grande partie, au pouvoir exécutif, du moins en ce qui concerne sa carrière. Telle est la conséquence de la volonté de Bonaparte qui a conçu la justice, en tant qu'une institution prestigieuse mais, dans le même temps, subordonnée au pouvoir politique¹⁴⁹⁷. Si la magistrature doit être puissante et respectée, elle se doit aussi d'être « *docile à la volonté du maître* »¹⁴⁹⁸, de sorte qu'il est impossible de mettre fin à l'emprise du gouvernement sur la carrière du juge et à l'esprit du corps « judiciaire » auquel il reste attaché.

947. En outre, la discipline du juge se limite non uniquement à sa personne, mais aussi à l'institution judiciaire, raison pour laquelle elle forme, avec la dignité et la déontologie, deux *tandems*. La discipline est inséparable de la dignité. Comme on peut le constater dans les *mercuriales* d'AGUESSEAU, « *la dignité de chaque magistrat s'accroît de celle de toute la Compagnie ; et la dignité de la Compagnie s'enrichit à son tour de celle de chaque magistrat.* »¹⁴⁹⁹

948. La discipline est considérée comme le corollaire de la fonction de juger. Pour cette raison, d'AGUESSEAU considère qu'elle se doit de « *ramener la justice à la noblesse de son principe, et de l'affranchir des faiblesses de l'humanité. Par elle, la justice même des hommes*

¹⁴⁹⁴ En ce sens, v. : Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, *American Sociological Review*, vol. 4, n°2, 1939, p. 289, cité par CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats, op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁹⁵ *Idem.*

¹⁴⁹⁶ BESSON (A.), « Le Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1960, chron., p. 1.

¹⁴⁹⁷ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, Litec Lexis Nexis, 2007, p.13.

¹⁴⁹⁸ DELALOY (G.), *Le juge judiciaire*, PUF, coll. « Droit et justice », 2005, p.19.

¹⁴⁹⁹ TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.), *La discipline des juges : les Mercuriales de D'Aguesseau*, préface de B. BEIGNIER, LGDJ, 2007, p. 174.

*devient une justice uniforme, immuable, éternelle. Les Oracles que le Sénat prononce aux Plaideurs, sont des lois irrévocables pour le Sénat même ; et s'assujettissent aux règles qu'il impose, il commande une fois, et il obéit toujours. Ne croyons pas enfin que les fruits d'une Discipline si féconde en vertus, se renferment dans les bornes du Sénat, ni même dans le cercle plus étendu de ceux qui invoquent son autorité. La Discipline en forme le modèle de toutes les Compagnies, l'exemple de tous les Ordres du Royaume ; et qui sait si ce grand exemple ne deviendrait pas encore la plus douce et la plus réformée des mœurs publiques ! »*¹⁵⁰⁰.

949. Quant au second *tandem*, il est formé entre la discipline et la déontologie qui entretiennent, indéniablement et inévitablement, des rapports étroits, dans la mesure où la sanction classique de la déontologie est l'infliction d'une sanction disciplinaire¹⁵⁰¹. Cela conduit une partie de la doctrine à considérer la déontologie, « *sinon comme le fondement, du moins comme l'un des fondements de la discipline professionnelle* »¹⁵⁰². De même, le fait que les devoirs déontologiques du juge soient plus étendus renforce davantage ce lien. Certains de ces derniers, dont leurs manquements peuvent être qualifiés de fautifs, basculent dans le droit disciplinaire, tandis que d'autres manquements, non fautifs mais déontologiquement critiquables, ne le peuvent¹⁵⁰³. Cependant, la notion de discipline, bien que proche de celle de déontologie, ne poursuit pas la même finalité. En effet, si les règles disciplinaires sont à visée répressive, car destinées à sanctionner les comportements déviants, les règles déontologiques, aspirent au contraire à la prévention ; elles sont plus proches de la norme de conduite ou de comportement, et de l'objectif à poursuivre et sont destinées à guider les individus dans l'exercice de la profession qu'elles encadrent, voire, plus rarement, dans leur vie privée¹⁵⁰⁴, dans la mesure où les deux notions servent de référents et de moyens de responsabilisation¹⁵⁰⁵.

950. Dans les cinq pays examinés, les sources, les devoirs et les obligations du juge convergent : ce sont la Constitution, les textes réglementaires et les décisions du CSM. Cette convergence porte également sur le statut des magistrats, par exemple, sur la possibilité de

¹⁵⁰⁰ TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.), *La discipline des juges : les Mercuriales de D'Aguesseau*, op. cit., p.174.

¹⁵⁰¹ CABROL (V.), « La déontologie, l'impossible définition ? », *RRJ* 1/2004, p. 563 et s.

¹⁵⁰² CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2004, pp. 12 et s.

¹⁵⁰³ LAPEYRE (M.-P.), « Les syndicats dans la magistrature et le Conseil supérieur de la magistrature, entre corporatisme et influence politique », op. cit., p. 15.

¹⁵⁰⁴ CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, op. cit., p. 5.

¹⁵⁰⁵ *Idem*.

sanctionner le juge en cas de faute disciplinaire : « *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire* »¹⁵⁰⁶. Cependant, force est de constater que le contenu de ce statut souffre d'absence de précision, en ce qu'il ne définit véritablement pas les termes employés. Cela peut avoir des conséquences réelles et graves, par exemple, les critères pour déterminer une faute disciplinaire.

951. Les législateurs des pays concernés se sont contentés d'énumérer d'éventuelles hypothèses. On retrouve l'illustration de ces conséquences, par exemple, sur la notion de « *manquement à l'honneur* ». En France, un auteur relève : « *toutes les lois d'amnistie générales votées à la suite des élections présidentielles jusqu'à celles de 2002 effaçaient systématiquement les condamnations d'ordre disciplinaire de toute nature, rendues par tous les ordres professionnels et les institutions disciplinaires étatiques (y compris, donc, le CSM), à l'exception notable des faits qualifiés de « manquements à l'honneur* ». Ainsi, les sanctions ayant été prises pour une faute marquée de ce qualificatif infamant demeurent donc imprescriptibles et poursuivent toujours leurs auteurs, dans leurs dossiers et leur carrière. Bon nombre d'entre eux, passés devant le CSM-disciplinaire avant 2002, sont encore concernés. Or, le législateur n'a pas dit ce qu'il fallait entendre par « *manquement à l'honneur* »¹⁵⁰⁷. À ce propos, l'espoir mis sur le CSM de combler cette lacune s'est traduit par une illusion.

952. Cette absence de précision peut être préjudiciable au magistrat qui se trouve poursuivi, car il n'est pas mis en état de savoir exactement ce qu'on lui reproche, excepté dans les circonstances où la jurisprudence disciplinaire vient compléter et préciser les textes¹⁵⁰⁸. En effet, il revient au CSM-disciplinaire de retenir ou non ce qualificatif et de l'opposer ou non, par voie d'affirmation et sans plus de démonstration ni de définition, au cas par cas ; il en résulte un aléa majeur pour le magistrat poursuivi¹⁵⁰⁹. Il reste que l'interprétation du terme qualificatif « *manquement à l'honneur* » est source de contentieux, y compris, dans une

¹⁵⁰⁶ En ce sens, l'article 35 al.1^{er} de la loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats (Guinée).

¹⁵⁰⁷ POGAM Le (M.), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, op. cit., p. 16.

¹⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 16.

situation similaire, comme en témoigne cette décision rendue par le Conseil constitutionnel¹⁵¹⁰.

953. Néanmoins, nous pouvons dire que dans les pays concernés, le Conseil supérieur de la magistrature s'efforce, tant bien que mal, de mener également une mission consistant à sensibiliser le juge aux principes statutaires auxquels il est tenu. La vulgarisation s'est accompagnée, par exemple en RDC, par la distribution gratuite d'un exemplaire d'un ouvrage de textes compilés, dans lequel se trouve le Code de déontologie des magistrats. Ainsi, au fil de ces décisions et avis rendus en matière disciplinaire, le CSM a dégagé diverses règles et principes déontologiques, de nature à guider le juge tout au long de l'exercice de son activité professionnelle et le cas échéant, dans le cadre de sa vie privée¹⁵¹¹. Grâce à cette politique de vulgarisation, le CSM est parvenu à transformer la question de la discipline du juge, une question préventive plutôt que répressive. On peut dès lors constater que la question disciplinaire du juge a pour fondement légal le serment qu'il prête lors de son investiture à la sortie de l'École de formation des magistrats. Le contenu de la formulation de ce serment est similaire à ce qui est prévu dans le statut de magistrat applicable dans les pays étudiés¹⁵¹².

954. Si, depuis 1883, la Cour de cassation a cessé de jouer le rôle actuel du CSM, on peut constater qu'elle ne s'en est pas totalement détachée. En effet, pour l'engagement de la procédure disciplinaire du CSM, celui-ci doit se déplacer vers la Cour de cassation, signe d'un éternel attachement. Dans la plupart des pays d'Afrique francophone étudiés, bien que le président de la République et le garde des Sceaux soient membres du CSM, ils ne siègent pas,

¹⁵¹⁰ *Cons.const.* France, déc. 5 octobre 2012, *Élisabeth B.*, n° 2012-278 QPC. En l'espèce, une candidate au concours de la magistrature s'était vu refuser, par le ministre de la justice, l'autorisation de concourir, au motif qu'elle n'était pas en mesure de remplir la condition de « bonne moralité » prévue par le statut de la magistrature. Or, trois ans auparavant, la requérante avait fait l'objet d'une condamnation pénale, en correctionnel, pour des faits de conduite en état d'alcoolisme avéré. L'intéressée a attaqué cette décision sur la base de deux procédures juridictionnelles : la première devant le tribunal administratif de Paris, où elle a eu gain de cause, parce que le tribunal a annulé la décision du ministre de la justice. La seconde procédure a été portée devant le Conseil constitutionnel, par saisine sur question prioritaire de constitutionnalité « QPC ». En l'espèce, la requérante reprochait aux dispositions de la loi organique son caractère trop général et discriminatoire, contraire aux prescrits, de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme relatif au principe d'égal accès aux emplois publics. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel l'a déboutée et a considéré l'expression « être de bonne moralité » conforme à la Constitution.

¹⁵¹¹ JOLY-HURARD (J.), La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, p.458.

¹⁵¹² En ce sens, voir par exemple l'article 13 du statut des magistrats guinéens qui dispose : « *Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions de magistrat, et de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et des lois de la République, de garder scrupuleusement le secret des délibérations et des votes, de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation à titre privé sur les questions relevant de la compétence des juridictions et d'observer en tout la réserve, l'honneur et la dignité et de me comporter en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

lors d'audiences en matière disciplinaire, car il se transforme en une véritable juridiction à l'égard du juge, au sens du droit commun.

955. Comme nous l'avons démontré, les exigences de l'opinion publique, ces dernières décennies, ont conduit l'institution judiciaire dans son ensemble et le CSM en particulier, à faire preuve de plus de transparence, afin de ne pas donner l'impression d'une impunité, notamment à l'égard du juge. En effet, si celui-ci doit bénéficier d'une garantie d'indépendance dans l'exercice de sa fonction, il n'en demeure pas moins qu'en échange, il doit rendre compte de ses actes à la société. Ce changement contribue à l'émergence d'une conciliation, somme toute difficile, entre l'indépendance et la discipline du juge. Toutefois, le déclenchement de la procédure suppose l'existence d'une faute disciplinaire¹⁵¹³ qui ne peut être déterminée que lors de l'examen des faits reprochés au juge. Ainsi, l'on observe des similarités entre les pays concernés quant à l'initiative de la procédure disciplinaire qui peut être engagée, soit la saisine traditionnelle des autorités hiérarchiques (1), soit à la demande d'un justiciable qui s'estime victime de la faute d'un juge (2).

1. La procédure disciplinaire, fait de l'autorité hiérarchique

956. Jusqu'à très récemment, seul le garde des Sceaux avait compétence pour saisir le Conseil supérieur de la magistrature des faits susceptibles de constituer des manquements à la discipline¹⁵¹⁴. Il pouvait avoir connaissance de ces faits de diverses manières : par les plaintes de particuliers, par la presse, mais, bien souvent, par les chefs des cours qui lui rendaient compte des manquements professionnels des magistrats placés sous leur autorité¹⁵¹⁵. Une telle initiative n'est possible qu'après un rapport préalable de l'IGSJ et de l'enquête disciplinaire du CSM. Le monopole de saisine ayant disparu, le garde des Sceaux partage cette compétence avec les chefs de cour.

957. À première vue, ces développements peuvent paraître confus, s'agissant de la présente étude sur le juge, magistrat du siège, dont on sait qu'il ne dépend pas du contrôle du garde des

¹⁵¹³ La plupart des Lois organiques ne donnent pas définition de la « faute disciplinaire ». En revanche, la loi malienne, sans trop se démarquer des textes des autres pays, tente à l'al. 1 de son article 71, de définir cette faute ; elle dispose : « *Constitue de la part du magistrat une faute professionnelle, toute violation grave des règles de procédure, tout abus de droit notoire, tout manque avéré de diligence dans l'accomplissement de sa mission.* »

¹⁵¹⁴ JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, *op. cit.*, p. 462.

¹⁵¹⁵ *Idem.*

Sceaux. Et pourtant, ils témoignent de leur pertinence. En effet, en France, à la suite de la mise en cause du juge Fabrice BURGAUD, consécutive des dysfonctionnements de la justice constatés dans l'affaire *d'Outreau*, est née une difficulté historique, de distribution de compétence, en matière disciplinaire. La question posée était celle de savoir quelle était la formation du CSM compétente, lorsque le magistrat poursuivi, alors juge du siège au moment des faits qui lui étaient reprochés, a rejoint le parquet une fois l'instance disciplinaire introduite. À l'époque, le garde des Sceaux avait pris l'initiative de saisir le Conseil d'État pour une demande d'avis, et la Haute juridiction administrative a indiqué en ces termes : « *L'autorité compétente, dans le cas où un magistrat poursuivi pour des faits commis en qualité de magistrat du siège a rejoint le parquet lorsque l'instance disciplinaire est engagée, est la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège* »¹⁵¹⁶. C'est à la suite de cet avis que le 18 juillet 2006, le ministre a saisi le CSM, statuant comme conseil de discipline. L'initiative de la procédure peut donc être la réponse à la plainte d'un citoyen.

2. La procédure disciplinaire, fait des justiciables

958. Il existe des similitudes pour démocratiser le contrôle de la déontologie du juge¹⁵¹⁷ dans les pays étudiés. Néanmoins, si tous les mécanismes en vigueur prévoient cette saisine, il faut relever que les plaintes individuelles sont adressées au CSM, organe habilité à les sélectionner en fonction de leur caractère. Le but est, d'une part, d'écarter les plaintes fantaisistes, d'autre part, de distinguer les plaintes sur les décisions de justice de celles portant sur la faute du juge. Ce rôle de filtre relève d'un pouvoir souverain d'appréciation¹⁵¹⁸, reconnu au CSM en tant qu'organe disciplinaire à l'égard du juge. Dans la mesure où le CSM statue comme conseil disciplinaire, dans les deux cas de figure précités, le respect des droits de la défense s'impose au CSM. Dans la grande majorité des pays concernés, les décisions du CSM-disciplinaire ne bénéficient de la publicité qu'à l'égard du juge poursuivi, conformément au

¹⁵¹⁶ En ce sens, voir C.E. 13 juillet 2006 (www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2006-10096/dysfonctionnement-de-la-justice-dans-l-affaire-dite-d-Outreau, consulté le 10 mai 2019).

¹⁵¹⁷ CANIVET (G.), « La responsabilité des magistrats », in : Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, 2006, p. 58.

¹⁵¹⁸ CANIVET (G.), « La responsabilité des magistrats », *op. cit.*, p. 58.

droit commun¹⁵¹⁹. Toutefois, celles relatives à la révocation sont rendues publiques dans la presse, y compris dans le journal officiel¹⁵²⁰.

959. En revanche, en France et en Belgique, depuis quelques années, ces décisions font l'objet de publicités, répertoriées dans une banque de données de jurisprudence, en matière disciplinaire, mais de manière anonymes¹⁵²¹. Pour ce qui concerne les sanctions disciplinaires et les voies de recours, elles varient selon les cas. Seules les sanctions prévues par un texte peuvent être prononcées à l'encontre d'un juge. De manière générale, ce sont les mêmes en ce qu'elles portent sur un comportement qualifié de fautif par l'autorité du CSM¹⁵²², leur nombre variant entre six et dix selon les pays¹⁵²³. Un auteur les classe en trois familles distinctes : les sanctions d'ordre moral (blâmes), les sanctions d'ordre pécuniaire ou économique (amendes) et les sanctions les plus graves qui touchent le juge dans sa carrière ou son appartenance au corps des magistrats de l'ordre judiciaire¹⁵²⁴. L'appel est la voie la plus utilisée. L'action disciplinaire se prescrit un an révolu après la connaissance des faits par le président du CSM.

¹⁵¹⁹ En ce sens, les articles 29 et 30 du statut de la magistrature de la RDC.

¹⁵²⁰ Voir, l'article 60 du statut de la magistrature du Cameroun.

¹⁵²¹ CANIVET (G.), « La responsabilité des magistrats », *op. cit.*, p.69.

¹⁵²² *Idem.*

¹⁵²³ L'article 72 du statut des magistrats maliens en compte six ; l'article 47 du statut de la magistrature du Cameroun en retient dix.

¹⁵²⁴ CANIVET (G.), « La responsabilité des magistrats », *op. cit.*, p.69.

Conclusion du Chapitre 2

790. Au cours de ce chapitre, nous avons pu voir que le juge était un acteur-clé pour l'effectivité de l'État de droit dans les pays d'Afrique francophone. Pour cela, il assure la garantie des libertés individuelles et des droits fondamentaux qui sont la cible des comportements individuels. Par ailleurs, le juge ne peut parvenir à sa mission que si lui-même bénéficie de l'indépendance, corollaire de sa légitimité, étant donc une garantie fondamentale pour les citoyens et les justiciables.

961. Nous avons en effet démontré que le juge devait être inamovible, constituant une garantie de son indépendance et un gage d'impartialité pour les justiciables. Toutefois, l'inamovibilité ne devrait pas s'opposer à la mobilité fonctionnelle, nécessaire à l'indépendance du juge et à la bonne administration de la justice. L'approche de l'indépendance telle que retenue dans les pays étudiés est différente de celle du système du Québec, où elle concerne plutôt l'institution judiciaire et non le juge pris individuellement. L'exercice des fonctions du juge doit être encadré par un organe indépendant, le CSM. Cet organe de régulation et de contrôle de la déontologie du juge doit être totalement exclu des politiques et de la société civile. Dès lors, sa composition doit être essentiellement le résultat de l'élection des juges et des personnalités nommées en toute indépendance, en fonction de leur compétence et de leur moralité. Et la présence des politiques, tout comme le fait que le CSM soit présidé par le président de la République sont des facteurs d'inféodation de la magistrature, en général.

962. Le juge doit être soumis à la déontologie, tant dans sa vie professionnelle que dans sa vie privée. Sa discipline et sa dignité sont inséparables, formant des *tandems* avec la déontologie. La responsabilisation du juge doit être effective et encadrée par le CSM. La saisine de cet organe par les justiciables doit faire l'objet d'un examen sérieux afin de protéger le juge dans son exercice, sans laxisme. De plus, la publicité des décisions est un élément qui garantit les droits de la défense.

963. Contrairement à ce qui se passait à Athènes, où il suffisait qu'un citoyen séduise la foule notamment par son éloquence pour être déclaré juge, dans les pays étudiés, il doit posséder des qualités particulières qui lui permettent d'affirmer son indépendance. En d'autres termes, n'importe quel juriste ne peut prétendre devenir juge. Ainsi, le débat autour du mode de

recrutement et de formation du juge reste d'actualité. Ce dernier doit non seulement avoir une certaine compétence intellectuelle, mais il doit aussi être irréprochable, car sa fonction lui donne une parcelle de pouvoirs qui, s'ils ne sont pas bien exercés peuvent nuire aux libertés individuelles, et par-delà, au corps judiciaire. Mais surtout, cela suppose que l'État réponde aux besoins du juge, lesquels sont d'ordre matériel et humain. C'est seulement à ces deux conditions que l'on peut être plus exigeant à l'égard du juge. De plus, le raisonnement consistant à réfuter et à démontrer que, contrairement à ce que prévoient les législations des pays concernés, en raison de la mainmise des politiques sur l'institution judiciaire, il n'existe pas véritablement de pouvoir judiciaire.

964. L'on devrait plutôt admettre l'existence d'une autorité judiciaire comme c'est le cas dans les vieilles démocraties, à l'instar de la France, où cette illusion a disparu. En revanche, nous avons pu voir que le modèle belge était une exception, en ce sens que les scandales de ces deux dernières décennies ont contraint les politiques à établir un réel pouvoir judiciaire, aux côtés des pouvoirs législatif et exécutif. Il reste que le cas belge s'explique par la coexistence de deux communautés dominantes, francophone et néerlandophone, vivant dans une logique de concessions permanentes. La formation au sens le plus large doit occuper une place importante dans la carrière du juge.

965. D'une part, le passage par une École de formation de la magistrature est un premier pas pour les Auditeurs de Justice. Le fait qu'à ce jour, tous les pays examinés se sont dotés de cette École est une bonne chose. Mais il doit s'agir d'une formation scientifique de qualité, sur une durée raisonnable, ne devant pas être à un centre de recyclage où est dispensé un stage de remise à niveau pour les jeunes diplômés en droit.

966. D'autre part, rendre la formation continue obligatoire permet aujourd'hui au juge en Afrique francophone d'exercer sa fonction dans l'ère de la mondialisation. Pour cela, il doit être à la hauteur de son poste, être capable de prononcer des jugements lisibles et compréhensibles de tous. Le juge de ce siècle est jugé à la fois par les justiciables et les citoyens, mais aussi et surtout par ses pairs qu'il ne côtoie pas forcément. En ce sens, le dialogue des juges, est le seul moyen d'améliorer la qualité de la justice étatique.

Conclusion du Titre 1

967. En conclusion de ce premier titre, mais pouvons nous dire que la mise en œuvre des difficultés et des questions récurrentes a permis de démontrer que si elles étaient réelles dans les cinq pays d'Afrique francophone, elles étaient surmontables. Le degré des difficultés et des questions récurrentes identifiées diffère d'un pays à un autre. En effet, ce qui est avant tout mis en avant, c'est la formation du juge. Avant leur indépendance, les pays d'Afrique francophone étudiés disposaient d'une École de formation de la magistrature où étaient formés les auditeurs de justice, à l'exception du Sénégal dont les magistrats suivaient des cours en France. L'importance de cette École spécialisée était liée à la formation dont bénéficiait le juge en particulier.

968. Le fait que l'institution judiciaire n'est pas un pouvoir mais une autorité, (contrairement à ce qui est prévu dans les textes des pays étudiés) n'a pas empêché sa suppression dans la plupart de ces pays, ce qui a porté un coup dont les effets se font sentir jusqu'aujourd'hui. L'apprentissage de la profession sur le tas a duré plusieurs décennies dans nombre de ces pays. Néanmoins, l'idée de prétendre former des magistrats en sept mois est un risque pour la justice étatique. Nous avons montré que le modèle actuel du recrutement de formation du juge comportait des limites. Une adaptation à l'évolution de la société s'impose. Le juge est un acteur majeur dans la construction de l'État de droit et dans son maintien. Ainsi, il est nécessaire d'équilibrer ces modes de recrutement si l'on veut améliorer la qualité de la justice en Afrique francophone. Le juge judiciaire, à l'instar de celui du tribunal du commerce qui bénéficie d'une formation continue, supervisée par l'ERSUMA, en a aussi besoin tout au long de sa carrière. Le dialogue des juges permet aujourd'hui à la CCJA de rendre des arrêts lisibles.

969. L'analyse des difficultés et des questions récurrentes aura également permis de mettre en lumière la nécessité d'assurer l'indépendance du juge. Celle-ci est un gage d'impartialité pour les justiciables et les citoyens, l'on ne peut véritablement parler de l'État de droit que si le juge est totalement indépendant. Par ailleurs, l'exercice des fonctions du juge nécessite un encadrement par un organe indépendant, essentiellement composé de juges élus et de personnalités nommées en fonction de leurs compétences et de leur moralité. De surcroît, cet organe ne doit pas être contrôlé par les politiques. Il va sans dire que la présence des membres

de l'exécutif, voire des parlementaires, est une source d'inquiétude pour le risque de son inféodation.

970. À l'ère de la mondialisation, les pays d'Afrique francophone doivent permettre l'émergence d'une justice plus visible, ce qui suppose le respect du principe dispositif du procès, dont la publicité des décisions. Les difficultés et questions récurrentes ont pour finalité d'avoir de bons juges. La culture de l'excellence étant universelle, l'accent particulier doit être mis sur la formation du juge au sens large. En plus d'une formation initiale, le juge doit être soumis à une formation continue, pour ne pas devenir un historien du droit.

Titre 2 - L'intervention du juge, entre incertitude et espoir

971. Depuis toujours, l'intervention du juge dans les pays d'Afrique francophone étudiés apparaît en crise, du fait des difficultés liées à l'insuffisance des moyens humains et matériels nécessaires au bon fonctionnement de l'institution judiciaire, en général. Cette situation suscite des critiques de la part des citoyens et des justiciables. Si la nature de ces critiques n'est pas nouvelle, elle a cependant changé ces dernières années.

972. En effet, il est reproché au juge de ne pas répondre aux attentes des justiciables, notamment en raison des délais de prononcé des décisions. Ne s'agit-il pas avant tout d'une crise sociétale ? Nous répondons par l'affirmative, car l'adaptation de l'appareil judiciaire doit se faire de concert avec celle de la société. Or, c'est cette dernière qui est en crise, entraînant ainsi celle de la justice.

973. Dans les pays d'Afrique concernés par notre étude, au cours des trois dernières décennies, avec la démocratisation de la justice, les citoyens n'hésitent plus à saisir le juge, y compris pour des litiges mineurs, autrefois résolus hors prétoires. Au regard de tout ce qui précède, on remarque que, s'agissant des litiges individuels du travail, par exemple au Sénégal, le juge est plus considéré qu'ailleurs, notamment au Cameroun, en Guinée, au Mali ou en RDC. Une telle différence se justifie surtout par le fait qu'au Sénégal, le « vent » de démocratisation de la justice apparaît plus fort. Par ailleurs, l'intervention du juge lorsqu'elle n'est pas entachée d'influences des autres pouvoirs est mal perçue et conduit les politiques à parler de risque de naissance d'un « *gouvernement des juges* » qui mettrait en danger le principe de séparation des pouvoirs.

974. Dans les cinq pays étudiés, on y invoque de façon commune la question de la stabilité des institutions étatiques comme argument justifiant les critiques développées sur l'intervention du juge. De manière générale, nous pensons que le concept de « gouvernement des juges », pris de manière péjorative, désigne plutôt le fait, pour le juge, d'user de manière excessive et antidémocratique de son pouvoir, ce qui est loin d'être le plus souvent le cas dans les cinq pays étudiés. Ainsi, dans les pays concernés par notre étude, l'intervention du juge se trouve dans une sorte d'impasse, conséquence de l'incertitude du rôle qu'il doit jouer dans la société. C'est sur cette incertitude que nous nous appuyons pour démontrer qu'il est malgré tout permis de garder l'espoir de voir s'améliorer les conditions d'intervention du juge lors

des litiges individuels du travail ; ce dernier est considéré comme le pivot nécessaire à la création et au maintien d'un État de droit dans les pays étudiés.

975. Pour y parvenir, il doit s'assurer d'agir en toute indépendance de manière à contribuer à une justice plus accessible, équitable et impartiale. On pourrait paraphraser Monsieur le Professeur Fabrice HOURQUEBIE et dire que *l'indépendance et l'impartialité sont profondément liées, l'une étant le moyen de l'autre*¹⁵²⁵. Il convient donc, dans un premier temps, de souligner que la pertinence de l'intervention du juge demeure discutée dans les litiges individuels du travail (**Chapitre 1**) pour, dans un second temps, montrer qu'afin de garantir l'efficacité de la justice étatique, il est nécessaire de revaloriser l'intervention du juge (**Chapitre 2**).

¹⁵²⁵ HOURQUEBIE (F.), « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », in Les cahiers de la justice, Dalloz, 2012/2 n°2, pp.41-61.

Chapitre 1- L'intervention du juge en discussion

976. De manière traditionnelle, l'intervention du juge est inhérente à toute société. Ainsi, était-elle prévue dans les pays d'Afrique francophone concernés par notre étude. On serait ainsi tenté de dire que, *« parce que la règle de droit est sujette à controverse, des prétentions s'affrontent, il est alors indispensable qu'une personne impartiale, respectée pour son autorité personnelle ou en raison des pouvoirs qu'elle tient de la loi, se prononce sur les prétentions en conflit et déclare publiquement laquelle des deux est justifiée ; il faut, en d'autres termes, qu'un juge intervienne pour « dire le droit »*¹⁵²⁶. D'une certaine manière, il y a lieu d'affirmer que l'intervention du juge dans les litiges individuels du travail est le meilleur moyen de maintenir l'équilibre sociétal, notamment dans le respect des règles du droit.

977. De manière traditionnelle, à propos de l'intervention du juge, une doctrine majoritaire estime qu' *« on a facilement tendance à penser que la Révolution française consacra la fonction éminente du juge. Cette idée est loin d'être exacte. Dans le contexte du temps et par rapport aux desseins politiques des magistrats de l'ancienne France, ce principe avait aussi, et peut-être surtout, des vertus négatives dans la mesure où il limitait les magistrats à leur seule fonction judiciaire : que le juge soit juge, mais qu'il reste en se bornant à appliquer la loi ! »*¹⁵²⁷. Le juge tranche en droit pour éviter l'arbitraire¹⁵²⁸. Cela confirme la méfiance en Afrique à l'égard du juge dont la montée en puissance devenait inquiétante pour les responsables politiques de l'époque postindépendance. Il fallait donc en finir avec les ingérences du juge dans l'administration du pays¹⁵²⁹, tel est le sens de nombreuses interdictions faites au juge.

978. Pour ce qui concerne les cinq pays retenus, on constate des similitudes dans la mesure où le débat traditionnel autour de l'intervention du juge reste inépuisé dès lors que cette méfiance est actuelle. On peut retenir que la nécessité de cette intervention est liée à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs dévolus au juge dans un État de droit. Toutefois, nous pensons que l'intervention du juge doit être régulée, donc limitée, pour ne pas conduire à un cumul des

¹⁵²⁶ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, 17^{ème} éd., LGDJ, p. 19.

¹⁵²⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵²⁸ Cass. 2^{ème} Ch. civ., 19 juin 1983, n° 81-15962, *Juris Data* n° 1983-700126 ; *Bull.* II, n° 10.

¹⁵²⁹ KRYNEN (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, T. II, p. 34 et s., cité par PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 40.

rôles tel qu'on peut le constater dans certains coins les plus reculés, principalement de Guinée, du Mali et de République démocratique du Congo.

979. Nos différents séjours de recherche effectués dans ces pays nous ont permis d'échanger avec des hauts magistrats et divers acteurs du monde de la Justice ; ceux-ci nous ont fait part des difficultés prévalant dans certaines contrées. On y remarque que, du fait du faible nombre de juges, il n'est pas rare de voir un même juge remplir à la fois les fonctions de juge d'instance, de procureur de la République, de juge d'instruction, de juge qui rend la sentence et de juge de l'application des peines, voire de juge unique omnipotent, qui décide de « tout », indifféremment de la nature des litiges soumis à son office. Contrairement à la Guinée, au Mali et à la RDC, le Cameroun et le Sénégal ne connaissent pas une telle situation en raison de l'existence effective d'une autorité judiciaire, et principalement d'un nombre raisonnable de juges qui y sont affectés.

980. D'une certaine façon, on peut considérer que dans les régions concernées de la Guinée, du Mali et de la RDC, les séquelles du système institutionnel de la période coloniale et de la période post-indépendances sont encore présentes. En effet, durant ces deux périodes, la confusion née de la trop grande concentration du pouvoir entre les mains d'une même personne, supposée être apte à trancher tous les litiges, a fait échec au principe de séparation des pouvoirs. Or, pour que l'intervention du juge soit impartiale, des limites des compétences doivent être posées tout comme une frontière entre différents pouvoirs. Cela devrait également passer par l'absence d'une mainmise des autres pouvoirs sur les pouvoirs du juge dans des cas litiges individuels du travail. À défaut, le risque de violation de la séparation des pouvoirs est grand.

981. Des auteurs ont écrit à propos de cette séparation : *« de nos jours, elle est devenue essentiellement un symbole de nos libertés qui fait partie de la mythologie politique. Mais l'expression est trompeuse et l'on aurait tort de penser que la séparation des pouvoirs implique un cloisonnement absolu entre les trois grands pouvoirs de l'État : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. En réalité, le véritable problème consiste moins à faire respecter une séparation des pouvoirs, quelque peu irréaliste si elle doit être conçue comme une chasse gardée pour chacun d'eux, qu'à sauvegarder un difficile équilibre entre les différents pouvoirs de l'État afin de ménager des contre-pouvoirs »*

considérés, dans une démocratie, comme une garantie essentielle »¹⁵³⁰. Cette affirmation, bien qu'elle corresponde plus aux vieilles démocraties telles que la Belgique et la France, reflète tout de même la réalité de systèmes transposés dans les pays d'Afrique francophone concernés par notre étude.

982. Par ailleurs, en rapport avec la situation de cumul de fonctions par un juge, laquelle affecte souvent l'intervention du juge, on peut dès à présent souligner une divergence entre les systèmes d'organisation judiciaire de cinq pays étudiés pour la conduite de l'instruction. En effet, si dans quatre pays (Cameroun, Guinée, Mali et Sénégal) la loi portant organisation judiciaire prévoit un juge d'instruction, magistrat du siège¹⁵³¹, il en va différemment en RDC où il n'existe pas de juge d'instruction.

983. De manière générale, on peut constater que, dans ce dernier pays, c'est le parquet (officier du ministère public) qui est chargé de l'information, qui a le pouvoir d'instruire, et c'est le tribunal de paix ou le tribunal de grande d'instance qui intervient pour régulariser la détention ou non d'un suspect. Cependant, si on admet que dans les pays d'Afrique francophone étudiés, le juge d'instruction est un magistrat du siège, on peut relever qu'il existe une divergence quant à sa qualité.

984. Nous constatons qu'il y a des similitudes ici entre la RDC et le Sénégal, pays dans lesquels les fonctions de juge d'instruction ont un caractère hybride (officier du ministère public et officier de police judiciaire)¹⁵³². De même, le fait que ce juge au Sénégal ait qualité d'officier de police judiciaire le place sous l'autorité du procureur général près la Cour d'appel ; en RDC le juge de paix se trouve sous la surveillance du procureur de la République

¹⁵³⁰ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, p. 39.

¹⁵³¹ L'article 142, alinéa 3 de la loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale au Cameroun dispose : « l'information judiciaire est conduite par le juge d'instruction (...) » ; les articles 58 et 59 de la loi n°037 du 31 décembre 1998 portant Code de procédure pénale en Guinée traitent du rôle et des prérogatives du juge d'instruction, lequel est choisi parmi les juges du tribunal (de première instance) dans les formes prévues pour la nomination des magistrats du siège ; l'articles 88 de la loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code de procédure pénale au Mali précise les prérogatives du juge d'instruction, l'article 90 dispose : « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » ; article 39 de la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale au Sénégal dispose : « le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations (...) ».

¹⁵³² Article 17 de l'ordonnance –loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires en RDC et, article 180 de l'arrêté n°299/79 du 20 août 1979 portant règlement des Cours, tribunaux et parquets en RDC ; l'article 42, alinéa 2 de la loi n°85-25 du 27 février 1985 portant Code de procédure pénale au Sénégal dispose : « le juge d'instruction a tous les pouvoirs et les prérogatives de police judiciaire (...) ».

de qui il dépend lors de l’instruction en théorie, alors qu’au Cameroun, en Guinée tout comme au Mali, le juge d’instruction est placé sous la « surveillance » du Président du tribunal¹⁵³³.

985. La manière dont sont répartis les pouvoirs de l’État laisse penser à l’existence d’un pouvoir judiciaire autonome dont bénéficieraient les juges dans les cinq pays étudiés. Madame le Professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER relevait à propos de la théorie de la séparation des pouvoirs qu’elle « *ne doit pas être comprise comme une séparation absolue, caractérisée à la fois par la spécialisation des fonctions et l’indépendance des organes. Elle est porteuse au contraire d’un principe négatif, d’une règle de non-cumul, qui interdit qu’un même organe exerce seul plus d’une fonction de l’État et qui invite à la division des fonctions entre différents organes. Aussi la garantie de la séparation des pouvoirs réside-t-elle dans un mécanisme distributif qui ménage la participation d’organes indépendants à l’exercice des différentes fonctions étatiques et qui crée l’équilibre des pouvoirs* »¹⁵³⁴.

986. Monsieur le Professeur Roger PERROT a écrit, à propos de la crise du juge, que c’était une crise d’identité parce qu’elle était née « *d’une cassure entre ce qu’il est dans sa fonction, telle qu’envisagée au moment de la Révolution et ce que le public, le justiciable attend de lui, (...) ; il y aurait d’un côté « une justice de sécurité à base de raison » et de l’autre l’attente « d’une justice d’équité à base de sentiment* »¹⁵³⁵. En revanche, Monsieur le Professeur Jacques LENOBLE considère que « *la crise du juge doit être remplacée grâce aux enseignements de la philosophie du droit, dans une perspective générale, à partir d’enseignements de la mutation actuelle du rôle du juge* »¹⁵³⁶. Aussi, l’exposé de la discussion autour de l’intervention du juge dans les cinq pays retenus passe par la mise en évidence des différentes étapes qu’elle a connues au fil des années, particulièrement après les indépendances de ces pays. Il convient dès lors de montrer, tout d’abord, que l’intervention du juge est restée à la croisée du refus des politiques et d’une attente des justiciables (**Section 1**) avant d’expliquer la conception actuelle de l’office du juge (**Section 2**).

¹⁵³³ Article 146, alinéa 2 du CPP camerounais ; article 153 du CPP guinéen ; article 90 du CCP malien.

¹⁵³⁴ ROBLOT-TROIZIER (A.), Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, *Pouvoirs* 2012/4, n° 143, pp. 89-103.

¹⁵³⁵ PERROT (R.), « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, Paris, 1990, p. 31.

¹⁵³⁶ LENOBLE (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge*, op. cit., p. 139.

Section 1. L'intervention du juge à la croisée du refus et de l'attente

987. À l'origine, les juges étaient perçus comme des concurrents encombrants par le pouvoir exécutif ; celui-ci a décidé d'en faire une autorité plutôt qu'un véritable pouvoir. Les fonctions du juge sont longtemps restées soumises au bon vouloir des constituants des pays étudiés ayant pourtant en modèle le concept traditionnel de la séparation des pouvoirs. On peut néanmoins observer qu'au fil des années, le refus de reconnaître un véritable pouvoir judiciaire, d'abord au Sénégal, puis dans les quatre autres pays étudiés, a permis au juge de revendiquer un statut à part, dès lors qu'il a pris conscience du rôle qu'il avait à jouer dans la construction et le maintien de l'État de droit. Ainsi, constamment sollicité par les citoyens et les justiciables qui le réclament toutes les fois qu'ils entendent faire respecter leurs droits, le juge se positionne désormais en véritable garant des libertés individuelles. Il convient de relever que ce bouleversement confirme le paradoxe du concept moderne de non-immixtion dans la fonction législative (§ 1), conduisant à interdire au juge de fonder sa décision sur des faits étrangers au litige (§ 2).

§ 1. Le concept moderne de non-immixtion, un paradoxe

988. D'emblée, pour se lever contre l'absolutisme royal, en 1748, Montesquieu avait forgé une conception qui s'opposait à toute concentration des pouvoirs : « *il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice...* »¹⁵³⁷. Ces idées serviront plus tard de référence, aux révolutionnaires, dans la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, texte à base de valeur universelle, également incorporé dans le droit positif des pays étudiés¹⁵³⁸.

989. De manière traditionnelle, le principe de la séparation des pouvoirs prône l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais impose sa non-immixtion dans la fonction législative et vice-versa. C'est le sens de la loi des 16 et 24 août 1790 portant organisation judiciaire, toujours en vigueur en France, en Belgique et au Luxembourg¹⁵³⁹. La théorie héritée par les pays étudiés

¹⁵³⁷ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, chapitre VI, Livre XI., éd. Flammarion, 2018.

¹⁵³⁸ Son article 16 dispose : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution* ».

¹⁵³⁹ L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 dispose : « *Les juridictions sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de*

d’Afrique francophone veut que le juge ne contrôle pas la loi, cette dernière étant l’œuvre du représentant souverain. Cette conception romano-germanique est différente de celle en vigueur aux États-Unis d’Amérique, où depuis l’arrêt *Marbury v. Madison*, le juge a le pouvoir de contrôler toute loi qui serait contraire à la Constitution¹⁵⁴⁰.

990. Néanmoins, on constate qu’il y a une convergence en ce que, ces deux dernières décennies, toutes les Constitutions des pays étudiés ont introduit la possibilité pour le juge d’effectuer ce contrôle par la procédure des Questions Préjudicielles de Constitutionnalité (QPC)¹⁵⁴¹. Aussi nous appartient-il de montrer qu’avec l’apparition de cette procédure, on est passé de la prohibition des arrêts civils au contrôle de la loi (A) et que, par ailleurs, il demeure interdit au juge d’écarter l’application de la loi (B).

A. La prohibition des arrêts civils, l’élargissement du contrôle, une rénovation

991. Le Doyen Gérard CORNU définit l’arrêt de règlement comme toute « *décision qui s’attribuerait autorité, en dehors du litige dont était saisi le juge, dans les litiges futurs de même nature* »¹⁵⁴². Pour une doctrine majoritaire, « *il édicte une sorte de « règlement » qui, dépassant le cas d’espèce qu’il doit trancher, prend une portée générale* »¹⁵⁴³. Quant à Monsieur le Professeur Michel TROPER, il assimile l’arrêt de règlement au concept de « *gouvernement des juges* », utilisé à des fins de rhétoriques¹⁵⁴⁴.

992. Nous rejoignons un auteur qui soulignait que « *la définition de l’arrêt de règlement moderne ne peut se faire par référence à la pratique de l’Ancien régime parce qu’elle s’inscrivait dans une théorie juridique totalement inverse à celle qui structure notre droit*

quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer les administrateurs pour raison de leurs fonctions », www.ejustice.just.fgov.be.

¹⁵⁴⁰ Cour suprême des États-Unis du 24 février 1803 (An historical decision « *that established the principle of judicial review in the United States, meaning that American Courts have the power to strike down law, statutes, and some government actions that violate the Constitution of the United States* », www.britannica.com/event/Marbury-v-Madison).

¹⁵⁴¹ Article 74 de la loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant Constitution modifiée (Sénégal) ; article 46 de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972 (Cameroun) ; article 86 de la Constitution du 12 janvier 1992 (Mali) ; article 94 de la Constitution du 7 mai 2010 (Guinée) ; article 139 de la Constitution du 16 février 2006 (République démocratique du Congo).

¹⁵⁴² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 84.

¹⁵⁴³ SAUVEL (T.), Essai sur la notion de précédent, *D.* 1955, Chron. 93 ; A. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brêthe de la Gressaye*, p. 99 ; H. Sinay, La résurgence des arrêts de règlement, *D.* 1958, Chron. p. 85, cités par R. Perrot, B. Beignier, L. Miniato, *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 40.

¹⁵⁴⁴ TROPER (M.), *Le gouvernement des juges, mode d’emploi*, PUL, coll. Verbatim, 2006, p. 15.

actuel »¹⁵⁴⁵. Une convergence existe entre les droits positifs des pays d'Afrique francophone dont les dispositions historiques et inchangées de l'article 5 du Code civil napoléonien consacrent la prohibition des arrêts de règlement : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »¹⁵⁴⁶. En clair, par ces dispositions, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, le juge ne peut établir une règle générale et abstraite qui ne vise aucun cas particulier, il est chargé de faire application de la règle pour donner une solution à des litiges concrets¹⁵⁴⁷.

993. Il s'en suit qu'en France, à une certaine époque, le juge qui s'immisçait dans la fonction législative, était passible, de poursuite judiciaire¹⁵⁴⁸. Et, contrairement à son homologue de la *Common law* qui est tenu par les précédents, le juge dans les pays étudiés, à l'exception de la partie anglophone du Cameroun, n'est pas lié par les solutions qu'il avait précédemment adoptées, même dans des situations similaires. Par ailleurs, si l'on admet la portée normative de l'interdiction des arrêts de règlement, il n'en reste pas moins que cette dernière suscite des critiques quant à leur importance. Pour une partie de la doctrine, en France, par exemple, « *les arrêts de règlement civils, contrairement à une idée répandue, paraissent avoir été les plus rares, proportionnellement au nombre des arrêts de police, et (...) qu'ils frappent par leur médiocre intérêt* »¹⁵⁴⁹.

994. Monsieur le Professeur Bernard BEIGNIER a affirmé qu'il n'est pas correct d'« *attribuer aux arrêts de règlement une force qu'ils n'avaient pas toujours, du moins pas nécessairement. En effet, comme tout arrêt, ils étaient susceptibles de recours devant le Conseil du roi et pouvaient être cassés pour excès de pouvoir, incompétence ou violation de la coutume et l'ordonnance de 1667 faisait une stricte interdiction d'interpréter d'une quelconque manière les ordonnances royales* »¹⁵⁵⁰. Si de manière traditionnelle, l'idée de confier le contrôle de la loi à des organes politiques était fondée sur la méfiance du juge, avec

¹⁵⁴⁵ REYMOND (R.), *La prohibition des arrêts de règlement et les avis contentieux du Conseil d'État. Aspect d'un pouvoir normatif*, Mémoire pour le Master recherche Droit public approfondi, Université Panthéon-Assas Paris II, 2008, p. 10.

¹⁵⁴⁶ Promulguée par la loi du 3 mai 1803.

¹⁵⁴⁷ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 17^e édition par B. Beignier et L. Miniato, LGDJ, p. 39

¹⁵⁴⁸ En ce sens, l'ancien article 127 du Code pénal promulgué le 26 février 1810 disposait : « *seront coupables de forfaiture et punis de dégradation civique les juges qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif* », cité par R. Perrot (*Institutions judiciaires, op. cit.*, p. 40). Ces textes ont été modifiés par l'ordonnance du 8 juin 1960, mais abrogés par la loi du 16 décembre 1992.

¹⁵⁴⁹ BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 9, 1989, p. 46.

¹⁵⁵⁰ *Idem*.

le temps, cette pratique a montré ses limites, car la loi, expression de la volonté générale, n'est pas infaillible¹⁵⁵¹.

995. En France, par exemple, on observe que, malgré les réticences des politiques, l'idée de voir le juge devenir le censeur de la loi en dépit de son inconstitutionnalité¹⁵⁵², a fini par être acceptée. Cela s'est fait avec la création d'une institution originale, le « Conseil constitutionnel », intervenue en même temps que la Constitution de 1958. Conçu au départ comme un simple organe régulateur des pouvoirs publics¹⁵⁵³, grâce à la qualité de ses décisions qui se situent au sommet de la hiérarchie de la jurisprudence¹⁵⁵⁴, au fil des années, le Conseil constitutionnel s'est vite imposé comme un organe juridictionnel. Le but recherché par ses initiateurs, était d'éviter la naissance du « gouvernement des juges » à l'américaine, ainsi que la déviation du régime parlementaire¹⁵⁵⁵.

996. Le succès de ce modèle est également perçu dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne étudiés ayant mis en place un organe similaire¹⁵⁵⁶. Cependant, si certains d'entre eux l'ont prévu depuis des décennies, d'autres, comme la Guinée, la RDC et le Cameroun, ne l'ont institué que très récemment¹⁵⁵⁷. Historiquement, les Constitutions de ces États d'Afrique centrale avaient confié les fonctions dévolues à la Cour constitutionnelle à une Chambre au sein de la Cour suprême. Ainsi, s'agissant de la RDC, par exemple, il a fallu attendre l'éclatement de la Cour suprême car la Cour constitutionnelle pré-existait mais n'était pas opérationnelle.

¹⁵⁵¹ ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁵² *Idem.*

¹⁵⁵³ *Idem.*

¹⁵⁵⁴ Cons. const., Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, considérant 3, à propos de l'indépendance des magistrats, le Conseil a admis que « certaines fonctions ne soient exercés qu'à titre temporaire pour favoriser la mobilité mais, qu'à l'expiration de la durée de leurs fonctions, que ces magistrats ne puissent pas faire l'objet d'une affectation d'office » ; Décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, considérants 7, 10 et 11 : à propos des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats. Le Conseil a censuré les dispositions de la loi organique qui confiaient au Médiateur de la République (autorité administrative indépendante), le pouvoir de traiter les réclamations formées contre les magistrats.

¹⁵⁵⁵ SCHNAPPER (D.), *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, éd. Gallimard, 2010, p. 51.

¹⁵⁵⁶ En ce sens, l'article 157 de la Constitution de la RDC dispose : « Il est institué une Cour constitutionnelle » ; l'article 93 de la Constitution de la Guinée ; l'article 85 de la Constitution du Mali dispose : « La Cour constitutionnelle est juge de la constitutionnalité des lois et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et libertés publiques... » ; l'article 46 de la Constitution du 2 juin 1972 modifiée par loi n° 2008/001 du 14 avril 2008, Cameroun ; l'article 1^{er} de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016, Sénégal.

¹⁵⁵⁷ La loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 consacre le mode de fonctionnement de la Cour constitutionnelle en République démocratique du Congo ; le Titre VI de la Constitution guinéenne énumère les conditions de fonctionnement de la Cour constitutionnelle ; le décret n° 2018/104 du 7 février 2018 portant création d'un Conseil constitutionnel au Cameroun.

997. À l'exception du Cameroun et du Sénégal qui disposent aujourd'hui d'un « Conseil constitutionnel », les autres pays étudiés ont retenu la dénomination de « Cour constitutionnelle » que l'on retrouve en Belgique. En dépit du choix des uns et des autres, nous l'avons vu, il s'agit d'intégrer cet organe au sein du corps judiciaire, aux côtés de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Il va sans dire que cet organe juridictionnel rend, selon les cas, à la fois des avis, des arrêts et des décisions.

998. Dans certains pays, comme au Sénégal, notre enquête de terrain a révélé qu'une partie de l'opinion publique réclame la création d'une Cour constitutionnelle qui aurait les prérogatives d'une vraie juridiction. Cette formule qui exerce les attributions reconnues à quatre juridictions suprêmes, à savoir le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes a des avantages, en plus du mode de désignation de ses membres, de la procédure contradictoire qui y est utilisée, de la publicité de ses audiences, et des mémoires d'*amicus curiae*, pour ne citer que celles-ci.

999. Il a en effet été souligné que la mise en place d'une Cour constitutionnelle était une exigence « d'aménagement de procédures permettant d'instituer au sein de la société un lieu qui assure efficacement un contrôle des actes du pouvoir, public ou privé, au regard des valeurs que le groupe ressent comme constitutives d'une vie démocratique »¹⁵⁵⁸.

1000. Nous rejoignons Madame le Professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER lorsqu'elle affirme : « *aujourd'hui, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi, tant redouté, a été un vecteur de modernisation du concept de séparation des pouvoirs, porteur de rénovation, d'une actualisation du concept lui-même.* »¹⁵⁵⁹ On peut voir, dans cette évolution, une manière logique de faire avancer l'État de droit dans les pays étudiés. Prenons l'exemple du mode de fonctionnement de cette instance juridictionnelle qui s'évertue à rendre ses décisions dans des délais raisonnables, même si dans certains pays, comme la Guinée et la RDC, l'on peut regretter que l'essentiel de son contentieux porte sur les élections, donnant à voir à certains citoyens une image caricaturale d'une cour électorale plutôt que celle d'une cour juridictionnelle.

¹⁵⁵⁸ LENOBLE (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge*, op. cit., p. 145.

¹⁵⁵⁹ ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », op. cit., p. 91.

1001. En revanche, au Sénégal, la portée de ses décisions est de nature à confirmer l'effectivité de la rénovation du contrôle par le juge¹⁵⁶⁰. Dans certains pays¹⁵⁶¹, l'état embryonnaire de cet organe suscite plus de méfiance au sein de l'opinion que de garantie juridictionnelle. Pareille institution doit faire preuve d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif pour cesser d'apparaître comme une institution inféodée aux pouvoirs politiques.

1002. Madame le Professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER a souligné : « *Utilisée à des fins contentieuses, la séparation des pouvoirs se trouve redéfinie : principe de droit positif, invocable devant le juge, elle n'est pas seulement une représentation conceptuelle de l'organisation des pouvoirs qui serait indispensable à la liberté, elle tend aussi à devenir un droit à la séparation des pouvoirs garanti par la Constitution* »¹⁵⁶².

1003. Qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé, le rôle du juge est devenu déterminant, notamment en cas d'interprétation de la loi. Selon les cas, son travail peut consister à combler les lacunes textuelles ou procéder à l'adaptation d'une loi ancienne à une circonstance nouvelle. Prenons l'exemple du Code CIMA¹⁵⁶³, applicable dans certains des pays étudiés. Jusqu'en 1992, ce code couvrait tous les litiges liés aux accidents des véhicules terrestres à moteur et de leurs remorques et semi-remorques, en application des articles 1382 à 1386 du Code civil, pourtant rédigés en 1804, époque où ces types de litiges étaient inexistantes.

1004. Le contrôle de la loi est effectué sur le fondement des normes constitutionnelles et des normes internationales, par la Cour constitutionnelle qui l'exerce par la voie de la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC). Par définition, la QPC désigne « *le droit reconnu à*

¹⁵⁶⁰ Cons. const. Sénégal, Affaire n°/C/2013, à propos de la conformité à la Constitution de l'interdiction du droit de grève pour les fonctionnaires et agents de l'État, le Conseil a opéré une interprétation stricte de la loi, du Pacte international relatif aux droits sociaux de 1966 pour confirmer que cette interdiction n'était pas contraire aux principes de la liberté syndicale.

¹⁵⁶¹ C'est le cas en RDC, au Cameroun et en Guinée où s'est posé le problème du mode de désignation de ses membres et de leur capacité à fonctionner comme de véritables juges des libertés individuelles et fondamentales. S'agissant de la RDC, par exemple, les relations entretenues par la Cour constitutionnelle avec le CSM témoignent, par ailleurs, de l'absence de dialogue entre juges. En effet, on peut noter que, conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi organique n° 13/026/ du 15 octobre 2013 portant création et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, les juges de cette dernière sont soumis au règlement du CSM, au même titre que leurs collègues des Cours d'appel et des tribunaux.

¹⁵⁶² ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁶³ Il s'agit du code issu de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance « CIMA » signée à la suite du Traité du 10 juillet 1992, applicable dans les 14 pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République centre africaine, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

toute personne, partie à un procès, de soutenir qu'une disposition législative est contraire aux droits et libertés que garantit la Constitution. Ce contrôle est dit prioritaire, puisque le Conseil constitutionnel examine une loi déjà entrée en vigueur »¹⁵⁶⁴. Une définition plus large nous est donnée par le Doyen Gérard CORNU, pour lequel la QPC est un « *moyen selon lequel il est soutenu, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et dont peut être saisi le Conseil constitutionnel sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, lesquels remplissent alors un rôle de filtre* »¹⁵⁶⁵.

1005. Le contrôle de la loi peut se dérouler dans le cadre de sa conformité à un traité international. Nous ne retiendrons que des cas où il y a contrôle de la loi pour atteinte aux droits et libertés individuelles. À cet égard, il existe des similitudes entre droit positif des pays étudiés sur la primauté d'un traité ou d'un accord international sur le droit national, pour autant qu'il soit régulièrement ratifié ou approuvé. En principe, aucune difficulté ne se pose toutes les fois que le juge judiciaire est saisi d'une demande de cette nature. Celui-ci opère un contrôle de conventionalité, laissée à la disposition de tout juge, indifféremment de son appartenance à l'ordre administratif ou judiciaire. À l'origine, c'est le Conseil constitutionnel français qui a employé ce type de contrôle dans sa décision sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁵⁶⁶.

1006. En Belgique, la transformation de l'État unitaire en un État fédéral composé de communautés et de régions a généré la multiplication des législations, pouvant adopter des normes équipollentes à la loi, de sorte qu'un conflit potentiel entre des normes législatives est possible¹⁵⁶⁷. En effet, contrairement à leur homologue français, les législateurs belges n'ont pas expressément inscrit dans la Constitution la question liée à la relation entre le droit international conventionnel et la loi. Il s'ensuit que c'est la jurisprudence qui, de manière traditionnelle, a consacré la reconnaissance au rang de principe général de droit, la primauté du droit international conventionnel à effet direct dans l'ordre juridique interne¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁴ En ce sens : www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc (consulté le 5 décembre 2018).

¹⁵⁶⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 842.

¹⁵⁶⁶ Const. const, Décision du 15 janvier 1975 indiquant : « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* », n° 74-54 DC.

¹⁵⁶⁷ ROSOUX (G.), La Cour constitutionnelle de Belgique, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, article disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle (consulté le 29 novembre 2018).

¹⁵⁶⁸ Cass. belge, 13 septembre 1984, Pas., 1985, I, p. 67, n° 40.

1007. Par ailleurs, depuis l'arrêt *Le Ski*¹⁵⁶⁹, tout juge ordinaire (judiciaire et administratif), peut opérer un contrôle diffus de la compatibilité des lois avec un traité international et, le cas échéant, écarter leur application, fussent-elles d'ordre public¹⁵⁷⁰. La sanction de l'incompatibilité consiste non en l'abrogation mais en la non-application de la norme interne, jugée incompatible au droit international conventionnel à effet direct. Madame Géraldine ROSOUX a écrit : « *plus fondamentalement, dans le contexte belge, c'est le fédéralisme centrifuge initié en 1970 qui va entraîner la prise de conscience de la nécessité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois* »¹⁵⁷¹.

1008. Traditionnellement, une QPC peut être soulevée lorsque, par exemple, à l'occasion d'une instance en cours devant un juge judiciaire, une partie soutient qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution. Néanmoins, le caractère réglementaire des dispositions applicables au litige peut entraîner l'irrecevabilité de la QPC par la Haute juridiction¹⁵⁷². De même, en matière de droit du travail, la Chambre sociale de la Haute juridiction exerce un contrôle *in abstracto* lorsque est invoquée la violation des droits des salariés, conformément aux prescrits de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux¹⁵⁷³.

1009. En effet, les droits de l'homme étant une discipline transversale, il n'est pas étonnant que le contentieux du travail donne lieu à des QPC en matière de litiges individuels, en cas d'atteinte réelle ou supposée à des libertés et droits fondamentaux des salariés protégés par des instruments juridiques de valeur universelle et internationale, également reconnus par les pays d'Afrique francophone concernés par notre étude. Ainsi, s'agissant de la rupture d'un

¹⁵⁶⁹ Cass. belge, 27 mai 1971, en l'espèce, la Cour a considéré « *qu'en cas de conflit entre une loi et un traité international conventionnel, il résulte de la nature du droit international que c'est la norme de droit international à effet direct qui prime la norme de droit interne* » (Pas., I, p. 881, J.T. 1971).

¹⁵⁷⁰ Cass. belge, 14 avril 1984, Pas., I, 1984, n° 448, p. 932.

¹⁵⁷¹ ROSOUX (G.), « La Cour constitutionnelle de Belgique », *op. cit.*, (www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle), consulté le 29 novembre 2018).

¹⁵⁷² Cass. civ., 3^{ème}, 14 juin 2018, à propos d'un décret fixant les modalités d'application dans le temps de dispositions nouvelles relatives à la répartition des charges entre bailleur et locataire commercial, pourvoi n° 18-40.013, *Bull. V*, n° 198.

¹⁵⁷³ Cass. soc., 13 décembre 2017, en l'espèce, la Banque des États d'Afrique centrale (BEAC) était opposée à l'un de ses salariés à la suite de la contestation née de la rupture du contrat de travail. La BEAC, voulant faire échec à la procédure a invoqué son immunité de juridiction en tant qu'organisation internationale. La Haute juridiction a donné raison à la cour d'appel qui a fait ressortir les constatations selon lesquelles les garanties prévues par l'article 6 §1 de la Convention précitée, notamment sur l'impartialité et l'équité du recours de nature juridictionnelle n'étaient pas offertes par celle-ci, de sorte que la BEAC ne pouvait pas valablement faire valoir l'exception d'immunité de juridiction, pourvoi n° 15-13-098, inédit.

contrat de travail contesté par un salarié invoquant l'atteinte à ses libertés individuelles par son employeur, la Haute juridiction apprécie l'opportunité entre l'objectif poursuivi et l'atteinte invoquée¹⁵⁷⁴.

1010 De même, la jurisprudence sociale, voulant concilier le respect des libertés individuelles du salarié et les exigences de la discipline nécessaires au bon fonctionnement de tout environnement de travail a, dans *l'arrêt Nikon*, à l'origine des litiges individuels du travail nés à la suite de l'utilisation jugée « abusive » par l'employeur, des ordinateurs de service par les salariés, consacré le secret de correspondance qui est une liberté fondamentale, comme une composante de la vie privée des salariés. La Chambre sociale de la Cour de cassation française a appliqué un attendu de principe. Elle est venue au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 1121-1 du Code du travail, poser le principe selon lequel *« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »*¹⁵⁷⁵.

1011. En revanche, la Chambre sociale a quelquefois considéré que les fichiers créés par un salarié, contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour l'exercice de son travail étaient présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les avait intitulés comme étant « personnels »¹⁵⁷⁶. Il en est de même pour les fichiers contenus

¹⁵⁷⁴ Cass. soc., 3 novembre 2011, à propos de l'utilisation d'un système de géolocalisation, la Cour a considéré qu'un système ne pouvait « être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), et portées à la connaissance des salariés », pourvoi n°10-18.036, *Bull. V*, n° 247; Cass. soc., 20 décembre 2017, sur la licéité de ce système de géolocalisation des véhicules mis à la disposition du personnel itinérant, pourvoi n° 16-12.569, inédit.

¹⁵⁷⁵ Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull. V*, n° 291. En l'espèce, un salarié engagé en qualité d'ingénieur, chef du département topographique, a conclu avec deux sociétés du groupe Nikon un accord de confidentialité lui interdisant de divulguer certaines informations confidentielles communiquées par ces deux sociétés. Il a été licencié pour faute grave, notamment pour un usage à des fins personnelles du matériel mis à sa disposition par la société à des fins personnelles. Il conteste cette rupture de contrat de travail et considérant qu'il s'agissait d'un licenciement sans cause et sérieuse. Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, « l'accord de confidentialité conclu entre le salarié et les deux sociétés interdisait seulement au salarié de divulguer des informations, portées à sa connaissance par ces deux sociétés, expressément comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique ».

¹⁵⁷⁶ Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull. V*, n° 165.

sur une clé USB personnelle branchée à un outil informatique de service¹⁵⁷⁷. De même, dans les pays concernés par notre étude, il n'est pas rare qu'au cours des litiges individuels du travail, l'une des parties, généralement l'employeur, cherchant à se soustraire de sa culpabilité, invoque le caractère professionnel du motif du licenciement. Pour autant, on constate qu'à chaque fois qu'il y a atteinte aux libertés individuelles du salarié, le juge se positionne en garant des libertés individuelles.

1012. La liberté du juge judiciaire d'établir ses principes sur des arrêts qu'il rend conduit à s'interroger sur son influence sur les normes internes de nature législative et réglementaire. Ainsi, une partie de la doctrine a écrit : « *Il est incontestable que, par leur formulation, ces décisions se présentent comme de véritables arrêts de règlement* »¹⁵⁷⁸. C'est particulièrement valable pour l'arrêt rendu par la Cour de cassation française au sujet duquel le Professeur Christian ATIAS a écrit : « *il semble se détacher de l'espèce pour se présenter comme ce règlement permanent de toutes les difficultés analogues que prohibe l'article 5 du Code civil* »¹⁵⁷⁹. Le juge ne peut donc pas prononcer des arrêts de règlement civils conformément au principe de séparation des pouvoirs ; en revanche, il bénéficie du pouvoir de veiller à la conformité des normes internes de nature législative qu'il contrôle. En d'autres termes, il participe à la fonction législative. Par ailleurs, quand il contrôlera la loi et s'assurera de sa conformité, il devra l'appliquer, sous peine de déni de justice.

B. L'obligation d'appliquer la loi : une source de tension pour l'intervention du juge

1013. Traditionnellement, au sein d'un ordre juridique, le pouvoir de trancher les litiges est exclusivement reconnu au juge qui ne peut en refuser l'exercice. Il doit trancher en appliquant la loi ; il s'agit plus d'une obligation que d'un devoir fondamental. En effet, le juge ne peut s'opposer à l'application des lois (au sens large : lois, décrets, ordonnances, arrêtés) : même si un texte lui paraît inopportun, néfaste ou mal rédigé, les tribunaux doivent l'appliquer¹⁵⁸⁰. Bien que les poursuites contre les juges ne soient plus possibles, la Haute juridiction sanctionne toute attitude du juge susceptible de porter atteinte au principe de séparation des

¹⁵⁷⁷ Cass. soc. 12 février 2013, pourvoi n° 11-28. 649, *Bull.* V, n° 34.

¹⁵⁷⁸ BEIGNIER (B.), Les arrêts de règlement, *Revue française de théorie juridique*, 9, 1989, p. 51.

¹⁵⁷⁹ ATIAS (C.), « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145, n° 3, cité par B. Beignier, « Les arrêts de règlement », *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁸⁰ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 40.

pouvoirs notamment en cas de refus par le juge d'appliquer la loi¹⁵⁸¹. Ainsi, le Professeur Henri MOTULSKY a écrit à ce propos : « *La non-application de la loi désignée par la règle (...) constitue une violation de cette dernière* »¹⁵⁸².

1014. L'obligation faite au juge d'appliquer la loi crée une tension inhérente à ses fonctions, qu'il doit gérer à chacune de ses interventions. Ainsi, nous rejoignons Messieurs les Professeurs François OST et Michel VAN KERCHOVE concernant cette tension : « *le fait que le juge est indissociablement un organe chargé, sur un plan instrumental, d'opérer une pesée des intérêts des parties en présence en vue de résoudre le conflit qui les oppose, et en même temps un acteur social qui, comme représentatif de la loi, se trouve chargé, sur un plan symbolique, de réactiver la valeur de la norme transgressée et d'assurer son respect. Cette tension existe entre une dimension interne et externe à l'ordre juridique, dans la mesure où le juge se situe par excellence à la rencontre du fait et du droit et qu'il est appelé tant à juridiciser le fait, en le déclarant juridiquement établi et en le qualifiant, qu'à factualiser le droit, en assurant son application effective* »¹⁵⁸³. Il s'ensuit que la mise en évidence de cette tension implique que les rapports entre le juge et les autres intervenants au procès, et au-delà, avec les pouvoirs politiques, les situe, selon l'expression d'une doctrine majoritaire, « entre ordre et désordre »¹⁵⁸⁴.

1015. En effet, de manière traditionnelle, on admet que le principe de la séparation des pouvoirs place le juge, notamment des litiges individuels des pays étudiés, dans une position difficile. Force est de constater que l'accroissement de son rôle d'interprète lui permet désormais de s'affranchir partiellement de la subordination de la loi, il est en position de domination. Les Professeurs François OST et Michel VAN KERCHOVE relèvent ainsi, trois phénomènes : « *Un premier phénomène clairement observable dans l'affirmation par les juridictions elles-mêmes d'un pouvoir d'interprétation des règles de droit, progressivement marquées par une conception plus résolument « constructive », voire « évolutionniste », où ce*

¹⁵⁸¹ Cass. com., 30 mai 1967, (<https://www.doctrine.fr/d/CASS/1967/JURITEXT000006976638>). En l'espèce, c'est à propos d'un texte concernant les baux commerciaux. L'arrêt a annulé la décision d'un juge qui avait refusé d'appliquer ce texte après l'avoir vigoureusement critiqué : « Attendu, que de telles énonciations comportent une critique de ce texte que le juge avait seulement la charge d'appliquer ; que la décision paraît donc encourir la censure de la Cour de cassation dans la mesure où elle porte atteinte à la séparation des pouvoirs », (D. 1967.566, cité par R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., n° 25, p. 40).

¹⁵⁸² MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges Maury*, 1960, I, n° 54, p. 337 et s.

¹⁵⁸³ OST (F.), KERCHOVE VAN (M.), « Le juge entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques Van Campernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 470.

¹⁵⁸⁴ *Idem*.

rôle créateur se manifestait de plus en plus ouvertement. Une autre manifestation réside dans leur contribution à la recomposition constante de la hiérarchie des normes. On peut observer l'importance de cette contribution, autant dans la reconnaissance positive de la suprématie de certaines normes supranationales sur le droit interne ou dans le renforcement de la suprématie des normes constitutionnelles sur les lois ordinaires. On peut ajouter que cette contribution est également décisive pour certaines normes procédant de sources « originaires », telles que les normes coutumières ou les principes généraux du droit, dont les apports hiérarchiques, souvent complexes, notamment par rapport aux normes législatives et constitutionnelles, n'ont pu être établis par voie d'autorité que par les juridictions tant nationales que supranationales. Une autre illustration du pouvoir de plus en plus important des juridictions réside dans le contrôle qu'elles exercent sur le respect de la hiérarchie des normes. Une dernière manifestation, enfin, de la montée en puissance des juridictions réside dans la reconnaissance comme source du droit, depuis longtemps établie, des précédents dans les pays de la common law et, plus récente, de la jurisprudence dans les ordres juridiques de la famille romano-germanique »¹⁵⁸⁵.

1016. En revanche, s'agissant de la dernière manifestation, nous réaffirmons notre position déjà exprimée dans les précédents développements, quant à l'idée de considérer la jurisprudence comme une source de droit. On sait que cette question n'a jamais fait l'unanimité au sein de la doctrine. À ce propos, Monsieur le Professeur Thierry LE BARS fait valoir que « *le débat de savoir si la jurisprudence est une source du droit ou non est surtout théorique et politique. Ce qui est certain, c'est que la jurisprudence a un rôle important à tenir* »¹⁵⁸⁶.

1017. En réalité, le caractère évolutif de l'accroissement du pouvoir du juge n'est pas nouveau, on le retrouve également dans les nombreux écrits du Professeur Henri MOTULSKY. La neutralité est le corollaire du principe dispositif¹⁵⁸⁷, donc de l'intervention du juge, souvent classée dans la catégorie des principes nécessaires dans la recherche des preuves au cours de la procédure accusatoire. Cela a fait dire au Professeur Henri MOTULSKY que « *la neutralité du juge joue un rôle particulièrement grand dans le*

¹⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 473 et 474.

¹⁵⁸⁶ LE BARS (Th.), « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », in C. CHAINAIS (C.), LAGARDE (X.) (coord.), *L'avenir du procès civil. À propos des réformes de la justice civile. Réflexions prospectives et comparatives sur l'avenir du procès civil*, Colloque du droit processuel, du 21 février 2019, *La Semaine juridique*, éd. gén., supplément au n° 14, 2019, p. 24.

¹⁵⁸⁷ MOTULSKY (H.), *Écrits et Notes de procédure civile*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2000, p. 131.

*domaine de la preuve, à telles enseignes que souvent – à tort, selon nous – l’expression n’est employée que pour désigner la position du magistrat au regard des problèmes de preuves »*¹⁵⁸⁸.

1018. Bien avant lui, une partie de la doctrine soulignait que *« le juge civil n’a pas, comme le juge criminel, ou le juge administratif, à instruire d’office le procès. Le principe est ici la neutralité du juge. Le juge ne doit s’attacher qu’aux faits invoqués par les parties dans la cause »*¹⁵⁸⁹. Le Professeur Henri MOTULSKY indique que : *« si c’est aux parties que revient l’initiative de la procédure, puis les charges de l’obligation de la preuve, il incombe au juge, obligatoirement, de dire le droit, c’est-à-dire de faire application de la norme juridique correspondant aux circonstances de fait, sans être limité pour ce faire par les fondements ou les qualifications juridiques que les parties auraient pu lui présenter »*¹⁵⁹⁰.

1019. On admet que la multiplication des lois nouvelles peut avoir un impact négatif sur l’ordre juridique établi ; pareille tendance est observable dans les pays d’Afrique francophone concernés par cette étude depuis ces deux dernières décennies. En tant que preuve d’une volonté de modernisation de l’arsenal juridique, sans doute est-elle estimable ; pourtant, elle constitue une source d’insécurité juridique. Ainsi, l’accroissement actuel du pouvoir du juge est aussi la conséquence de choix opérés par les responsables politiques qui, comme l’a souligné Monsieur le Professeur Thierry LE BARS, *« de nos jours, modifient la loi par petites touches, ils avancent à petits pas, mais toujours avec le même objectif fondamental qui est de parvenir à faire fonctionner le service public sans lui allouer les moyens qui lui seraient nécessaires. Pour ce qui est de la justice civile, cette politique des petits pas a pour conséquence, non seulement une instabilité navrante du droit judiciaire privé, mais aussi une perte de qualité »*¹⁵⁹¹. Cela justifie d’une certaine manière, la logique de l’indépendance du juge, car plus la loi est médiocre, plus ce dernier tend à se substituer au législateur¹⁵⁹².

1020. Par exemple, en Belgique, le juge peut choisir : c’est-à-dire, décider soit de la non application de la norme jugée non conforme à celle qui lui est supérieure, soit de son

¹⁵⁸⁸ MOTULSKY (H.), « Le rôle du juge et des parties dans l’allégation des faits », in *Écrits et Notes de procédure civile*, p. 52.

¹⁵⁸⁹ GLASSON (E.), TISSIER (A.), MOREL (R.), *Traité théorique et pratique de l’organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Recueil Sirey, Paris, 1936, p. 656.

¹⁵⁹⁰ MOTULSKY (H.), *Écrits et Notes de procédure civile*, cité par F. LABORGNE, in « Le droit selon Henri Motulsky », *Revue juridique de l’Ouest*, 2015, 2, spéc. p. 25.

¹⁵⁹¹ LE BARS (Th.), « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁹² *Idem*.

annulation ; il peut également prononcer une décision de condamnation de l'organe de l'État dont émane la norme juridique incompatible avec une norme supérieure¹⁵⁹³. En effet, le juge belge, en application d'une disposition légale, peut infliger des sanctions sur des comportements de certains organes de l'État¹⁵⁹⁴. La mutation de l'intervention du juge conduit à l'émergence de ce qu'une partie de la doctrine majoritaire considère comme « *un véritable juge « providence », garant d'un service public qui, une fois sollicité par une partie, doit (...) fournir, même d'office, une réponse à la fois rapide et correcte à son différend* »¹⁵⁹⁵.

1021. Si en droit camerounais, en droit malien et en droit sénégalais cette mutation de l'intervention du juge n'est pas très visible en raison du caractère stable de l'institution judiciaire depuis plusieurs années, il n'en va pas tout à fait de même pour le droit congolais et pour le droit guinéen qui ont plutôt connu des réformes récemment. Ainsi, dans ces deux derniers pays, cette mutation fait du juge un acteur concurrencé voire contrôlé par les autres membres du corps judiciaire. De plus en plus, certains acteurs sociaux qui ont connaissance des litiges de toute nature (individuelle, collective, voire même l'intérêt général) considèrent que « *saisir le juge peut servir à mobiliser l'opinion publique autour d'une question et, parfois, contraindre les politiques à légiférer sur des questions particulièrement controversées ; par exemple dans le domaine de l'environnement* »¹⁵⁹⁶.

1022. Par ailleurs, on remarque que, dans certains pays tels que, la Guinée, le Mali et la RDC, la « puissance » de l'employeur peut rendre le dénouement d'un litige individuel du travail plus difficile. Ainsi, le fait de saisir le juge peut être un moyen sûr « *utilisé à des fins de transformation sociale. Le juge est donc instrumentalisé politiquement, il peut être « activé » par la société civile, mais aussi par l'État, voire par d'autres acteurs, dans ce cas, non pour donner la parole à la société civile mais au contraire pour la limiter. Il en va ainsi lorsque le juge est sollicité de manière stratégique afin d'empêcher une autre action en justice ou de*

¹⁵⁹³ OST (F.), KERCHOVE VAN (M.), « Le juge entre ordre et désordre », *op. cit.*, p. 473.

¹⁵⁹⁴ Article 239 du Code pénal belge : « *Les gouverneurs, commissaires d'arrondissement, bourgmestres et membres des corps administratifs qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif comme il est dit au paragraphe 2 de l'article 237 (...) seront punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de cinquante euros à cinq cents euros (...)* ».

¹⁵⁹⁵ ALLARD (J.), BLERO (B.), BOULARBAH (H.), CORTEN (O.), KLEIN (P.), POIRIER (J.), « Le juge : un acteur en mutation », in : *Action de Recherche Concentrée*, disponible sur : www.arcdroit.ulb.ac.be, consulté le 10 décembre 2018.

¹⁵⁹⁶ *Idem.*

contrer des revendications sociales »¹⁵⁹⁷. Il va sans dire que l'instrumentalisation du juge, dans la plupart des cas, est une arme dangereuse, difficile à maîtriser.

1023. En effet, si dans les pays concernés, les rares cas connus ont fait l'objet d'une médiatisation, d'autres ont purement été étouffés. En revanche, c'est dans d'autres droits que nous avons plus d'exemples¹⁵⁹⁸. Tous ces exemples sont similaires en ce que la mise en « vedette » du juge conduit à la remise en cause de son intervention, renforçant ainsi l'idée selon laquelle, s'il n'est pas contrôlé, il peut outrepasser son pouvoir et contribuer à la création d'un « gouvernement des juges ». Ce sentiment de « revanche » du juge à l'égard des autres pouvoirs (législatif et exécutif) crée un certain flou chez les politiques qui, *in fine* pense que l'accroissement du pouvoir du juge est un danger pour la démocratie, donc pour l'État de droit.

1024. La mise en évidence de la non-immixtion du juge n'est pas sans conséquence. Par ailleurs, parce que l'efficacité du système judiciaire est d'abord une affaire de l'État et non de particuliers, parties au litige, il était nécessaire de faire évoluer l'idée selon laquelle, dans une instance, le juge doit être plus actif pour mieux diriger la procédure. De ce fait, ses fonctions restent soumises au respect des principes propres à tout procès civil dont l'encadrement se traduit par un certain nombre d'interdictions faites au juge.

§ 2. L'interdiction de fonder sa décision sur des faits étrangers au litige

1025. Dans le Code de 1806, le juge n'avait pratiquement aucun pouvoir d'initiative dans la conduite de l'instance ; il ne pouvait intervenir que pour répondre aux sollicitations des plaideurs qui assuraient l'entière direction du procès ; mais l'exploitation de la demande judiciaire, à partir de la fin du XIX^{ème} siècle a créé un encombrement des rôles dans les greffes des tribunaux, tel que le législateur a été conduit, à partir des années 1930, à accroître le rôle du juge dans le déroulement du procès¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁷ *Idem.*

¹⁵⁹⁸ En France, dans *l'affaire Urba* dans laquelle des partis politiques étaient mis en cause, le juge Thierry JEAN-PIERRE, mis alors en vedette, avait fini par rejoindre un parti politique d'opposition. Dans *l'affaire des HLM de la mairie de Paris*, le juge Éric HALPHEN avait temporairement quitté la magistrature pour faire de la politique. Dans *l'affaire Angolagate*, le juge Philippe COURROYE. De même, en Espagne, dans *l'affaire Pinochet*, le juge Baltasar GARZÓN avait fini par adhérer à un parti politique.

¹⁵⁹⁹ CADIET (L.), « L'office du juge au regard de l'instance en droit français », in C. CHAINAIS et *alii* (dir.), *L'office du juge. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2018, spéc. p. 141.

1026. Au début du XXème siècle, rares étaient les travaux autour de cette question. On peut souligner ceux d'Albert TISSIER qui ont révélé que « *le rôle du juge, son autorité, l'initiative qui lui est réservée quant à la marche et à l'instruction des procès* »¹⁶⁰⁰. L'éminent auteur critique la toute-puissance des parties au procès et la passivité du juge civil, dépeint « *comme une sorte d'automate à qui on fournit tous les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement* »¹⁶⁰¹. Il se prononce pour un « *accroissement sérieux du rôle et de l'activité du juge dans la marche de la procédure* », prônant ainsi l'imitation de la procédure administrative contentieuse par la procédure civile¹⁶⁰². Les pouvoirs juridictionnels du juge ont été renforcés pour lui permettre de bien conduire l'instance. Ces pouvoirs ne sont pas théoriques, leur effectivité est d'abord assurée par le pouvoir complémentaire reconnu au juge d'enjoindre les parties, éventuellement sous astreinte, d'accomplir les charges qui leur incombent¹⁶⁰³. « *Dans les formes et les délais requis* », l'effectivité est ensuite assurée par la sanction quand l'une des parties n'a pas accompli les actes de la procédure dans les délais impartis¹⁶⁰⁴.

1027. Monsieur le Professeur Loïc CADIET définit ces pouvoirs juridictionnels comme « *l'ensemble des pouvoirs débouchant sur une décision qui n'est pas une mesure d'administration judiciaire mais, selon les cas, une décision sur le fond, une décision avant dire droit ou une décision provisoire* »¹⁶⁰⁵. Au fil des années, avec l'évolution du principe dispositif, le juge est passé du rôle d'arbitre à celui d'acteur dans l'instance, tout en demeurant impartial. En effet, l'encadrement strict des pouvoirs des parties s'est fait en même temps que celui des pouvoirs du juge, notamment celui de la direction de l'instance qui est une garantie de son activité. Il reste que l'interdiction, pour ce dernier, de fonder sa décision sur des faits acquis en dehors des prétentions des parties demeure une règle dont le fondement suscite des débats au sein de la doctrine **(A)**. Cependant, le respect de cette règle par le juge connaît des tempéraments **(B)**.

¹⁶⁰⁰ TISSIER (A.), Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme, *RTDCiv*, 1906, p. 647, cité par R. COLSON in *La fonction de juger : Étude historique et positive*, op. cit., p. 115.

¹⁶⁰¹ TISSIER (A.), « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », op. cit., p. 648.

¹⁶⁰² COLSON (R.), *La fonction de juger : Étude historique et positive*, op. cit., p. 115.

¹⁶⁰³ CADIET (L.), « L'office du juge au regard de l'instance en droit français », in *L'office du juge. Étude de droit comparé*, op. cit., p. 142.

¹⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 143.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 145.

A. Le débat autour du contrôle et de l'encadrement de la règle

1028. Le principe dispositif aujourd'hui n'a pas retiré aux parties la détermination du litige dont elles ont le pouvoir de délimiter l'objet et d'apporter les faits à l'issue de leurs prétentions respectives. C'est ce que prévoit l'article 4 du Code de procédure civile de 1804, repris par les pays étudiés. Quant au juge, dont les pouvoirs ont été sensiblement renforcés pour le rendre actif dans la procédure, il lui est toutefois interdit, en vertu de l'article 5 du même code de 1804, de fonder sa décision sur des faits acquis en dehors du débat.

1029. Pour paraphraser le Professeur Loïc CADIET, on constate qu'il existe des similitudes sur l'organisation de la justice des cinq pays d'Afrique francophone étudiés, laquelle s'est construite au fil du temps, de manière aléatoire en fonction des exigences économiques, sociales, démographiques, voire politiques du moment ; elle n'a pas été pensée selon un plan d'ensemble¹⁶⁰⁶. Par conséquent, elle converge avec le modèle belge ou français, en ce qu'il est demandé au juge de maintenir l'unité du litige pour lequel les parties l'ont saisi. En d'autres termes, en respectant le principe de l'unité du litige, le juge tranche en toute impartialité, tout en restant actif.

1030. Nous pensons que s'agissant des pays concernés par notre étude, le fait pour le juge de maintenir son tribunal actif constitue une preuve supplémentaire de son indépendance. Néanmoins, si ce choix comporte des avantages pour la manifestation de la vérité et rassure sur l'émergence d'un État de droit, il n'est pas pour autant exempt de risques, notamment lorsque sont mises en cause plusieurs personnes influentes dans les institutions du pays. En RDC, par exemple, dans une affaire « dite de 100 jours » portant sur le détournement de plusieurs milliers des dollars américains prévus pour la mise en application des projets dits « 100 jours » de la présidence de la République, on a récemment assisté à l'assassinat du juge président du tribunal de grande instance de Kinshasa/Gombe, réputé indépendant, incorruptible et intègre dans sa façon de conduire la procédure¹⁶⁰⁷.

1031. À propos de cette interdiction faite au juge, Monsieur le Professeur Jean-François VAN DROOGHENBROECK a écrit : « *S'il est une règle solidement acquise c'est bien celle*

¹⁶⁰⁶ CADIET (L.), « L'office du juge au regard de l'instance en droit français », in *L'office du juge. Étude de droit comparé, op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁰⁷ www.acturdc.com/proces-100-jours_le-juge-president-raphael-yanyi-est-mort, consulté le 27 mai 2020).

selon laquelle le principe dispositif interdit au juge de fonder sa conviction, puis sa décision sur des faits puisés dans sa science personnelle, ailleurs que dans le débat tissé par les écrits, les dires et les pièces des parties »¹⁶⁰⁸. Ainsi, par le fait de son indisponibilité, le juge ne doit trancher que seulement sur ce qui est demandé, sans modifier l'objet du litige qui lui est soumis.

1032. En vertu de ce principe, justifié par le caractère privé du contentieux, il revient aux parties d'identifier les faits qu'elles entendent alléguer à l'appui de leurs prétentions et qui constituent la cause de la demande ; à peine d'excès de pouvoir, le juge civil n'est point autorisé à procéder à des investigations l'amenant à élargir d'office le périmètre des faits qui lui sont soumis par les parties¹⁶⁰⁹. S'agissant des litiges individuels du travail, le meilleur moyen pour le salarié de soutenir ses allégations c'est d'apporter des preuves matérielles (documents), telles que les correspondances internes, la convention collective de l'entreprise, car il n'est pas rare de voir l'employeur réfuter des prétentions au mépris de ses engagements antérieurs. Par ailleurs, dans les cinq pays étudiés, très souvent, le témoignage d'un collègue de service n'est pas un moyen sûr dans la mesure où, à la suite des représailles de l'employeur, le témoin du salarié peut se désister à la dernière minute de témoigner en faveur de son ex. collègue. Ainsi, dans pareille situation, le juge des litiges individuels du travail peut soit demander un complément d'informations, soit se transporter dans l'entreprise.

1033. À cet égard, la jurisprudence belge opère un contrôle strict. En effet, dans de nombreux arrêts, elle a décidé que le juge qui « *s'appuie sur des faits qui n'étaient pas invoqués par les parties, modifie la demande et méconnaît le principe dispositif* »¹⁶¹⁰. La règle de l'interdiction faite au juge de statuer en dehors du débat impose de ne pas statuer *ultra petita*, c'est-à-dire, d'accorder plus que ce qui a été demandé, ni *extra petita*, c'est-à-dire, d'accorder des choses qui n'étaient pas demandées. Ces deux hypothèses, qui sont synonymes, doivent pourtant être différenciées, même si elles désignent l'hypothèse d'un excès de pouvoirs du juge. La loi assimile cet excès de pouvoir à l'erreur matérielle et à l'omission de statuer.

¹⁶⁰⁸ VAN DROOGHENBROECK (J. Fr.), « Le juge, les parties, le fait et le droit », in De LEVAL (G.) (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 157.

¹⁶⁰⁹ VAN COMPERNOLLE (J.), « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », in CHAINAIS (C.) et alii, *L'office du juge. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2018, p. 72.

¹⁶¹⁰ Cass. belge, 18 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 160 ; Cass. belge, 5 octobre 1998, *J.T.*, 1999, p. 198, cités par Jacques VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 72.

1034. On sait que *l'omission de statuer* est la situation dans laquelle le juge ne tranche pas une ou plusieurs demandes soumises par les parties. L'omission de motiver une décision désigne le cas où le juge à la suite de sa décision, omet de mentionner les raisons qui ont permis de décider comme il l'a fait. On sait par ailleurs que, l'omission de statuer n'affecte pas la régularité d'un jugement. Ainsi, lorsqu'elle est le fait du juge du litige individuel du travail, par exemple, celui-ci peut la réparer par le biais d'un jugement en omission de statuer¹⁶¹¹. Le tribunal du travail peut alors compléter son jugement mais en rétablissant les précédents éléments omis.

1035. On peut relever que, si le jugement en omission de statuer n'est pas possible ou n'est pas satisfaisant, il est possible de faire appel. La demande de jugement en omission de statuer doit être déposée au plus tard un an après la décision de jugement, ou en cas de pourvoi en cassation de ce chef, à compter de l'arrêt d'irrecevabilité. La Cour ayant alloué au salarié une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est par suite d'une omission de statuer, il y a donc lieu de compléter l'arrêt en condamnant l'employeur à rembourser les indemnités de chômage versées au salarié¹⁶¹². Il reste que, si le juge statue *ultra petita* ou *extra petita*, l'une des parties, ou les deux peut/peuvent en solliciter la rectification ou la cassation. Néanmoins, cette règle n'empêche pas le juge d'user de ses prérogatives légales pour imposer au demandeur une solution que celui-ci n'a pas sollicitée.

1036. Comme en cas d'action en garantie pour vices cachés. Il en va de même lorsque le juge décide de modifier les conditions de l'exécution d'une obligation de payer, en imposant au créancier des règlements échelonnés. On peut tout de suite remarquer que, tout comme son homologue belge, la Haute juridiction française applique la même rigueur¹⁶¹³.

¹⁶¹¹ Cass. soc., 14 juin 2000, pourvoi n° 98-42-882, *Bull.* V, n° 228, p. 178.

¹⁶¹² Cass. 2^e civ., 29 mai 1979, *Bull.*, II, n° 163, pourvoi n° 77, 15.004.

¹⁶¹³ Cass. civ. 2^{ème} Ch., 3 septembre 2015, en l'espèce, une société a présenté une offre d'achat de locaux acceptée par l'offrant avant de se rétracter en renonçant à l'acquisition. Ce dernier a demandé que la vente soit considérée comme parfaite. La 2^e Chambre civile a considéré que la Cour d'appel avait omis de statuer et l'« *ultra petita* » : « 1°/ que la juridiction qui a statué sur une chose non demandée peut être saisie d'une demande de modification de sa décision par voie de retranchement ; que saisi d'une demande aux seules fins de voir déclarer parfaite la vente litigieuse, le tribunal de commerce, dans son jugement du 8 juin 2010, condamné au paiement de dommages-intérêts sur le fondement d'une rupture abusive de pourparlers ; qu'ayant ainsi statué sur une chose non demandée, il avait ce faisant commis une irrégularité dont la réparation devait lui être demandée par voie de requête en *ultra petita* aux fins de retranchement (...). 2°/ que par hypothèse, le juge qui statue sur une chose qui ne lui est pas demandée, croyant qu'elle lui était demandée, n'interroge pas les parties en chef ; que la violation du principe de la contradiction qui en résulte est inhérente à l'*ultra petita* et ne constitue pas une violation distincte de la loi (...) », pourvoi n° 14-19.919 inédit ; voir dans le même sens : Cass. soc., 24 novembre 1993 pourvoi n° 90-41. 751, *Bull.* V, n° 283., Dans cet arrêt, Chambre sociale a considéré que : « Le Conseil de prud'hommes qui constate que le salarié d'une société a fait l'objet, par directive de son

1037. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré qu'était entachée « *d'extra petita* », la décision d'une cour d'appel de débouter un salarié de ses demandes d'indemnités au motif que la rupture de son contrat de travail constituait un licenciement pour faute grave, alors que l'employeur soutenait simplement que le salarié avait démissionné en s'abstenant et que le salarié contestait avoir démissionné »¹⁶¹⁴. Les exemples sont nombreux¹⁶¹⁵ et l'on ne saurait en établir une liste complète. Les juges du fond sont strictement sanctionnés chaque fois qu'ils méconnaissent la règle d'indisponibilité. Cette sévérité s'explique par le fait que la méconnaissance de la règle affecte également les exigences de l'un des principes du procès, celui de la contradiction.

1038. Par ailleurs, c'est bien le principe dispositif qui fonde l'interdiction faite au juge de statuer sur base d'informations personnelles ; en effet, s'il ne s'agissait que de respecter le principe de la contradiction, « *il serait simple d'y satisfaire en exigeant du juge qu'il mette les parties à même de s'expliquer sur les faits que ses propres investigations lui auraient révélés* »¹⁶¹⁶. La règle de l'interdiction est aussi la motivation qui fait partie du principe des droits de la défense. Le Professeur Henri MOTULSKY a écrit : « *motiver, c'est faire écho à chaque charnière de l'argumentation* »¹⁶¹⁷.

1039. Par ailleurs, le juge doit, motiver sa décision en particulier, par rapport au choix qui l'a conduit à avoir recours aux faits étrangers au débat. Pour qu'une décision puisse s'imposer, il

employeur, d'une mutation dans une société du même groupe, entièrement confondue avec la précédente en ce qui concerne son organisation et son fonctionnement et que son contrat de travail qui n'a subi aucune modification, s'est poursuivi avec un lien de subordination identique, a ainsi fait ressortir, sans méconnaître les termes du litige, qu'après son transfert, le salarié avait accompli son travail à la fois pour le compte des deux sociétés qui constitueraient à son égard un seul et même employeur ».

¹⁶¹⁴ Cass. soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 89-92. 206, *Bull.* V, n° 25,

¹⁶¹⁵ Cass. civ. 2^{ème} Ch., 14 janvier 1981, *Bull.* II, n° 4 ; Cass. civ., 1^{re} Ch., 1^{er} février 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 495 ; Voir également : Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-21.113, *Bull.* 2012, V, n° 325 (La Chambre sociale interdit aux juges prud'homaux de se fonder, pour indemniser un salarié pour l'entretien de ses vêtements professionnels, sur des recherches qu'ils avaient effectuées sur des sites internet relatives à la consommation en électricité et en eau nécessaire au fonctionnement d'un lave linge, car l'intéressé ne justifiait pas lui-même les frais qu'il avait réellement exposés.) ; Cass. Ch. civ. 2^e, 9 septembre 2010, n° 09-11.481 (Le juge ne peut « fonder sa décision sur le résultat d'investigations personnelles hors de l'audience et en l'absence des parties (...) sur une sentence arbitrale et un accord qui n'étaient pas dans le débat, qui n'avaient pas été produits par aucune des parties (...) violation de l'article 7 du Code de procédure civile »).

¹⁶¹⁶ VAN COMPERNOLLE (J.), « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », *op. cit.*, p. 72 ; NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès-Office du juge », in : *Procédure civile, Juris Classeur*, 1995, fasc. 152, n° 11 ; SOLUS (H), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991, p. 101.

¹⁶¹⁷ MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz/ Sirey, t. II, 1961, pp. 175-200, n° 29.

faut qu'elle soit motivée ; n'importe quel individu, qu'il gagne ou qu'il perde, s'attend à ce que le tribunal lui dise pourquoi, et en vertu de quelles règles ; la décision juridictionnelle doit être œuvre d'explication et de persuasion, la motivation remplit cette exigence, en cela, elle est un principe essentiel à l'échange entre juge et parties¹⁶¹⁸.

1040. Les exigences de la motivation sont doubles : d'une part, pour le juge, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle, limitant ainsi le risque d'arbitraire, car la décision tendra à se présenter, de plus en plus, comme le résultat d'un dialogue ; d'autre part, la motivation permet d'ouvrir l'acte juridictionnel à la contestation et à la discussion¹⁶¹⁹. Il reste que, en matière civile comme en matière pénale, cette interdiction renvoie à l'idée de loyauté de la preuve, s'imposant à toutes les parties, y compris au juge.

1041. En droit belge, par exemple, en vertu des dispositions de l'article 748 bis du Code judiciaire¹⁶²⁰, obligation est faite aux parties de rédiger leurs dernières conclusions, en première instance comme en appel, sous la forme de conclusions de synthèse, reprenant tous les moyens qu'elles entendent soumettre au juge et, ainsi, ceux qu'elles ont développés dans des conclusions antérieures à quelques exceptions réservées près, par la disposition elle-même¹⁶²¹. La question posée fait l'unanimité au sein de la doctrine belge ; celle-ci admet que « *le juge n'est plus tenu, en règle, que de répondre aux moyens proposés dans les conclusions de synthèse, ce qui est évidemment de nature à faciliter et alléger sa tâche* »¹⁶²². En revanche, est beaucoup plus discuté le sort qui doit être réservé, au regard de l'article 748 bis, aux chefs de demandes non repris dans les conclusions de synthèse¹⁶²³.

1042. Par un arrêt du 26 mai 2011, la Cour de cassation belge a décidé que « *le juge n'est tenu de statuer (ni de réserver à statuer) sur une demande nouvelle non reproduit dans les conclusions de synthèse du demandeur et ce, alors même qu'il aurait déjà déclaré cette*

¹⁶¹⁸ AUBIJOUX-IMARD (P.), *Le dialogue dans le procès*, thèse Université Paris II, t. 2, p. 340.

¹⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 342.

¹⁶²⁰ Cet article a été inséré dans la loi L. 2007-04-26/71, en son article 12 qui dispose : « *Sauf dans les cas où des conclusions peuvent être prises en-dehors des délais visés à l'article 747, les dernières conclusions d'une partie prennent la forme de conclusions de synthèse* », entré en vigueur le 22 juin 2007.

¹⁶²¹ BOULARBAH (H.), « Le juge ne doit pas statuer sur les demandes non reproduites dans les conclusions de synthèse », Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles, disponible sur : www.procedurecivile.be/index.php ?, consulté le 23 décembre 2018.

¹⁶²² REGOUT (M.), « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 207-208.

¹⁶²³ BAETENS-SPETSCHINSKY (M.), La mise en état et les conclusions, *Actualités de droit judiciaire*, CUP, vol. 122, Anthémis, 2010, p. 77, n° 47.

demande recevable par un précédent arrêt ». À propos de la possibilité, pour le juge, de statuer sur ces demandes tardives, un auteur a souligné qu' « *autres questions demeurent toutefois ouvertes. Si le juge n'est pas tenu d'avoir égard aux chefs de demandes non reproduites dans les conclusions de synthèse, peut-il néanmoins y avoir égard ou lui est-il au contraire interdit de faire droit à ces demandes sous peine de statuer ultra petita ?* »¹⁶²⁴. La doctrine majoritaire est plutôt favorable à cette possibilité offerte au juge de statuer sur les demandes tardives.

1043. Ainsi, Monsieur le Professeur Georges DE LEVAL a écrit : « *Le juge peut mais ne doit pas avoir égard aux chefs de demandes non reproduits dans les dernières conclusions, sous la réserve qu'il doit veiller à la loyauté des débats et notamment provoquer les explications des parties s'il s'aperçoit que l'une d'entre elles n'a plus répondu à ces chefs de demande parce qu'elle les croyait abandonnées par l'autre partie* »¹⁶²⁵.

1044. La même d'interdiction faite au juge de modifier l'objet du litige s'applique en ce qu'il ne peut statuer *infra petita*, c'est-à-dire omettre volontairement de statuer sur une ou plusieurs demandes. Le juge doit trancher sur l'ensemble des prétentions soumises par les parties. La jurisprudence de la Haute juridiction française l'a confirmé dans deux espèces des 8 et 22 mars 2018. En effet, dans la première, le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir modifié l'objet du litige en prononçant une résiliation de bail, alors que le bailleur sollicitait, dans ses conclusions, la confirmation du jugement, constatant l'acquisition de la clause résolutoire¹⁶²⁶. Le fait, pour le juge, de ne pas trancher sur ce que les parties ont demandé, viole l'article 4 du Code de procédure civile, ne faisant donc pas preuve de sa neutralité. Dans l'arrêt du 22 mars 2018, un couple de particuliers avait donné à bail leur immeuble pour l'exploitation d'un hôtel. La locataire s'étant vu empêchée d'exploiter l'intégralité de l'immeuble en raison d'infiltrations, a demandé réparation en justice de son préjudice subit, la Haute juridiction a relevé que les juges avaient modifié l'objet du litige, violant ainsi les articles 4 et 5 du Code de procédure civile¹⁶²⁷.

¹⁶²⁴ BOULARBAH (H.), « Le juge ne doit pas statuer sur les demandes non reproduites dans les conclusions de synthèse », Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles, *op. cit.*

¹⁶²⁵ DE LEVAL (G.), « Conclusions de synthèse et motivation de la décision », obs. sous *Liège*, 19 mars 2009, *J. L. M.*, 2009, p. 1667.

¹⁶²⁶ Cass. civ. 3^e, 8 mars 2018, n° 17-10.970, inédit.

¹⁶²⁷ Cass. civ. 3^e, 22 mars 2018, n° 17-11.050, inédit.

1045. On sait que les litiges individuels portent sur des demandées chiffrées, en particulier lorsque le salarié conteste les indemnités que l'employeur doit lui verser. Par ailleurs, si la majorité du contentieux relatif aux demandes chiffrées est, à ce titre, particulièrement révélateur, il n'en demeure pas moins que tout contentieux non chiffré est recevable. Ainsi, il a été jugé que ne devait pas être considérée comme irrecevable la demande qui n'était pas chiffrée par les parties¹⁶²⁸. Le juge, en déclarant irrecevable les demandes non chiffrées, porte atteinte non seulement à l'article 5 du Code de procédure civile, mais également à l'article 12 du même Code ; on sait qu'il y a une convergence dans les droits positifs des pays étudiés en ce sens que, l'objet du litige est formé par les prétentions d'ordre substantiel indépendamment du montant demandé¹⁶²⁹. Ainsi donc, le juge est obligé de statuer sur la demande non chiffrée sous peine de ne pas remplir son office juridictionnel ; l'évaluation du dommage constitue une prétention virtuellement comprise dans la demande de réparation¹⁶³⁰.

1046. La doctrine dominante a toujours plaidé pour que la règle de l'interdiction faite au juge soit d'application stricte. Néanmoins, elle considère que le principe dispositif nécessite d'être atténué de manière à ne point le contourner, selon une interprétation rigide¹⁶³¹. Pour cette raison, plusieurs initiatives lui sont ouvertes, que la doctrine la plus récente a parfaitement synthétisées¹⁶³².

1047. Monsieur le Professeur Jacques VAN COMPERNOLLE a ainsi écrit : « *Une conception étroite et inexacte du principe dispositif pourrait conduire à enfermer l'office juridictionnel du juge dans le canevas des seuls faits spécialement invoqués par les parties, c'est - à - dire les seuls faits mobilisés par celles-ci à l'appui de leurs prétentions. (...) à condition de ne point surprendre les parties en leur permettant d'en débattre à l'audience ou sur réouverture des débats, le juge peut librement puiser dans la corbeille des faits qui sont portés à sa connaissance par le canal des écritures et des pièces du dossier, tout fait qui lui paraît de nature à justifier la décision, quand bien même cet élément n'aurait point été*

¹⁶²⁸ BRUS (F.), *Le principe dispositif et le procès civil*, op. cit., p. 139.

¹⁶²⁹ *Idem.*

¹⁶³⁰ *Idem.*

¹⁶³¹ VAN COMPERNOLLE (J.), « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », op. cit., pp. 72-73.

¹⁶³² DE LAVAL (G.), *Droit judiciaire*, t. 2, Manuel de procédure civile, op. cit., pp. 129-130 ; sur la portée du principe dispositif : VAN COMPERNOLLE (J.), « Principes directeurs du procès civil », in *Droit judiciaire*, t. 2, Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015, spéc. pp. 32 et s.

*spécialement invoqué par les parties »*¹⁶³³. Il reste qu'à côté des procédures d'appel et de cassation, qui sont des mécanismes traditionnellement prévus pour assurer le contrôle et l'encadrement de cette règle, cette dernière connaît des tempéraments qui permettent au juge de mener sa mission dans la recherche d'une solution.

B. Les tempéraments à la règle d'interdiction

1048. On avance l'idée selon laquelle le fait et le droit se distinguent. Cela a été originellement consacré par la jurisprudence et appuyé par la doctrine dominante. Il reste que l'unanimité est loin d'être acquise en doctrine, à l'instar de Monsieur le Professeur François RIGAUX, qui a relevé que cette distinction était *« théoriquement contestable et pratiquement invivable entre le fait et le droit, le premier ne se présente pas comme un bloc directement perceptible, saisissable, et réductible au concept juridique approprié »*¹⁶³⁴. Pour l'éminent auteur, cela est confirmé dès lors que *« les faits se construisent devant l'instance judiciaire. La seule différence - mais elle est considérable - est que le droit enferme les faits dans un réseau de significations, de qualifications, ayant une vocation normative. Le fait est incontestable si on prétend le séparer de la conceptualisation qui en détermine la pertinence et les juristes sont habiles à réduire par un procédé normatif une condition juridique à un simple fait »*¹⁶³⁵.

1049. En revanche, un auteur considère qu'il est nécessaire *« de maintenir intactes les exigences du principe de la contradiction, relevant, avec pertinence, qu'il convient d'opérer une distinction entre, d'une part, l'allégation du fait notoire ou de la règle d'expérience qui échappe au principe dispositif et aux nécessités de la preuve et, d'autre part, la discussion portant sur l'incidence de ces faits ou règles sur les prétentions des parties »*¹⁶³⁶. Nous adhérons plutôt à la première thèse et pensons que le fait, quelle que soit sa nature, reste attaché à la règle, c'est-à-dire, au droit. De même, le droit a besoin de faits pour subsister et s'affirmer. Ainsi donc, les deux forment un tandem, car l'on ne peut aborder l'un sans l'autre. Dans la mesure où le juge ne peut se contenter des éléments produits par les parties et, pour qu'il jouisse pleinement de son rôle actif, des tempéraments sont prévus.

¹⁶³³ VAN COMPERNOLLE (J.), « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », *op. cit.*, p. 73.

¹⁶³⁴ RIGAUX (F.), L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit, *Droit et Société*, 44, 1999, pp. 85-97.

¹⁶³⁵ RIGAUX (F.), « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *op. cit.*, p. 86.

¹⁶³⁶ VAN DROUGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction. Jura dicit curia*, *op. cit.*, pp. 33 et s., spéc. n° 26 à 28, cité par VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 76.

1050. En effet, on sait que dans les pays africains étudiés, le juge a la faculté d'inviter les parties à fournir des informations supplémentaires qu'il estime nécessaires à la résolution du litige. On rappellera que, de la même manière, dans les dispositifs applicables pour le règlement des litiges individuels du travail, le juge peut également prendre l'initiative de fonder sa décision sur des « *faits notoires* » ou des « *règles d'expérience commune* » sans qu'ils aient été allégués par les parties, qui permet au juge de rester actif tout au long de la procédure. Par ailleurs, il n'existe pas de définitions véritables à ces deux notions qui, du reste, sont synonymes. Ainsi doit-on se contenter de celles du fait et du notoire.

1051. Le Doyen Gérard CORNU définit le fait notoire comme celui qui « *est à la connaissance publique du milieu qu'il concerne et qui tire sa valeur juridique de sa diffusion dans ce milieu* »¹⁶³⁷. Néanmoins, les deux notions présentent le caractère commun de ne pas être des règles de droit mais de constituer des connaissances dégagées de l'expérience courante, permettant l'application du droit, aux faits de la cause¹⁶³⁸. Les faits notoires seraient des événements connus de tous et les règles d'expérience des déductions abstraites, opérant à partir de données relevant des connaissances pouvant être attribuées à tout homme normalement instruit¹⁶³⁹.

1052. Nous rejoignons le Professeur François RIGAUX lorsqu'il affirme que « *le juge n'a pas une appréhension directe, immédiate, des faits qui lui sont soumis ; hormis le cas exceptionnel du délit d'audience réprimé par le juge qui en est l'observateur privilégié et sous réserve des abus auxquels peut conduire une situation dans laquelle trois fonctions sont cumulées dans son chef, celles de témoin, de victime, d'un fait et du juge du même fait, le magistrat est informé des faits au cours d'un débat rituel qui règle la recevabilité et l'administration des moyens de preuve* »¹⁶⁴⁰. De plus, l'absence d'une méthode-type de production de la preuve fait que le juge a la possibilité de considérer des faits, parmi les éléments du débat, que les parties n'auraient pas spécialement invoqués pour le soutien de leurs prétentions.

¹⁶³⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 693.

¹⁶³⁸ BORE (J.), *La Cassation en matière civile*, op. cit., n° 1197.

¹⁶³⁹ RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 113 et s., n° 76, cité par VAN COMPERNOLLE (J.), op. cit., p. 76.

¹⁶⁴⁰ RIGAUX (F.), « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », op. cit., p. 86.

1053. Ainsi, en matière contractuelle, par exemple, la jurisprudence de la Haute juridiction considère que le juge peut se fonder sur le contenu des clauses qui n'avaient pas été spécialement invoquées, afin de déterminer la nature et l'étendue des obligations des parties. Il en va de même en matière gracieuse où, en l'absence de toute application des principes directeurs du procès, le juge dispose de la faculté de fonder sa décision sur tous les faits liés aux cas qui lui sont soumis, y compris ceux que les parties n'auraient allégués dans leurs prétentions¹⁶⁴¹.

1054. Le recours aux tempéraments prévus par la loi de chacun des pays retenus constitue une protection pour le juge et l'arbitre dans leurs missions respectives. Cela prouve que, dans une procédure relative aux litiges individuels du travail, le juge reste au cœur de la matière litigieuse, et qu'au-delà des effets observés dans l'évolution de l'office du juge, son rôle moteur reste réel. Ainsi, en droit comparé, à titre d'exemple, dans un récent arrêt, la jurisprudence de la Haute juridiction a considéré qu'« *une sentence ne pouvait être annulée pour manquement de l'arbitre à son obligation de révélation que lorsque les circonstances non révélées étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre (...), la cour d'appel a violé l'article 1520, 2° du Code de procédure civile* »¹⁶⁴². On admet que dans les pays retenus, en pratique, il n'est pas rare de voir le juge des litiges individuels du travail retenir les faits notoires et les règles d'expérience¹⁶⁴³.

1055. On peut remarquer que, cette tendance de pratique juridictionnelle moderne est également retenue par la jurisprudence de la Cour de cassation belge à propos des distinctions entre les notions de faits notoires et les règles d'expérience. En effet, s'agissant des faits notoires, par exemple, la Cour de cassation considère qu'il est de son pouvoir de vérifier que le jeudi 13 avril 1998 tombait un lundi de Pâques¹⁶⁴⁴, ou encore qu'est de commune renommée la distance entre deux communes belges¹⁶⁴⁵. Ces exemples attestent, d'une part, de la diversité des espèces dans lesquelles les notions de faits notoires et de règles d'expérience peuvent trouver à s'appliquer et, d'autre part, du pouvoir souverain de la Cour de cassation d'admettre ou non l'existence de ces faits ou de ces règles justifiant qu'en y faisant référence,

¹⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère} Ch., 13 janv. 1993, n° 91-14. 415, *Bull.* 1993, I, n° 14, p. 10.

¹⁶⁴² Cass. civ. 1^{ère} Ch., 3 octobre 2019, n° 18-15.756, inédit.

¹⁶⁴³ CA de Kin., 23 juin 1970, *R.J.C.* 1970, n° 3, p. 267.

¹⁶⁴⁴ Cass. belge, 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 3, cité par VAN COMPERNOLLE (J.), op. cit., p. 76.

¹⁶⁴⁵ Cass. belge 21 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 196

le juge n'a point tranché sur la base d'informations acquises de science personnelle¹⁶⁴⁶. Il reste que le *tandem* fait – droit reste indissociable.

1056. L'effectivité de l'encadrement de l'intervention du juge est la conséquence de l'accroissement de rôles nouveaux que la société contemporaine lui reconnaît. En effet, force est de constater que l'intervention du juge est l'objet d'attentes venant d'abord de l'État, qui demande que le droit soit dit dans le strict respect de l'application de la loi, ensuite, de la société civile, au sein de laquelle sont réunis les citoyens et les justiciables et enfin, du juge lui-même qui fait preuve, de manière constante, d'une autonomie dans la création des normes. L'on peut s'en douter, une telle démarche a une conséquence : une nouvelle approche de la conception actuelle de l'office du juge.

Section 2. La conception actuelle de l'office du juge

1057. L'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » a consacré la conception classique de l'office du juge, et partant, celle de la rédaction du Code judiciaire, donc du droit commun de la procédure applicable dans les pays d'Afrique francophone étudiés. Il a été écrit que cet adage « *trouve une résonance dans deux grands principes du droit du procès civil contemporains, à savoir le principe dispositif, ou principe de la libre disposition-principe selon lequel les parties ont la maîtrise de la matière- et ce que l'on peut appeler le 'principe de juridiction', principe selon lequel le juge doit trancher le litige conformément aux règles des droits qui lui sont applicables* »¹⁶⁴⁷. Il est admis que la maîtrise de la matière et de l'objet de la demande traduit celle de la maîtrise des faits, de sorte que les parties peuvent exclusivement poser des limites à leur litige.

1058. Néanmoins, la notion de 'principe dispositif' est parfois employée, encore aujourd'hui, pour désigner, en un sens très large¹⁶⁴⁸, « *le principe selon lequel le procès est à la disposition des parties* »¹⁶⁴⁹, règle qui était « *classiquement associée au caractère accusatoire de la*

¹⁶⁴⁶ VAN COMPERNOLLE (J.), « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁴⁷ CHAINAIS (C.), « Rapport français. Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », in *L'office du juge. Études de droit comparé*, éd. Bruylant, 2018, pp. 15-42, spéc. p. 15.

¹⁶⁴⁸ *Idem.*

¹⁶⁴⁹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 463.

procédure »¹⁶⁵⁰. L'éminent auteur affirme que ce terme « *est intimement lié à une certaine conception de la défense des droits subjectifs des individus ; pour s'en convaincre, il faut revenir à la source de l'expression 'principe dispositif', qui se développe dans la doctrine allemande de la seconde moitié du XIXe siècle, sous le terme 'Dispositions maxime' - 'principe de la libre disposition'* »¹⁶⁵¹.

1059. À l'origine, et pendant une longue période, le juge ne pouvait pas soulever des contestations non évoquées par les parties, même s'il disposait de quelques prérogatives lui permettant de conduire la procédure, telles que celle d'ordonner d'office certaines mesures nécessaires à la récolte des preuves, et si nécessaire, à la requalification des faits allégués par l'une des parties au litige. Toutefois, l'évolution s'est effectuée de manière lente mais progressive au cours de cette dernière décennie.

1060. C'est sous l'influence de la jurisprudence de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) que les législations des pays étudiés ont été amenées à prendre en compte l'évolution du concept de l'office du juge, conformément aux dispositions de l'article 7 § 1-d de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples¹⁶⁵² qui requièrent au juge de veiller au respect de certains droits au bénéfice des parties à un procès, notamment celui du délai raisonnable. La nouvelle approche commande de considérer l'office du juge dans une logique de service public de la justice ce qui a conduit à une pluralité des attributions normatives du juge (§ 1). Ainsi, en matière de droit du travail, l'activité de ce dernier consiste également à assurer la défense de l'intérêt général dans les litiges individuels, conformément à l'article 6 du Code civil, inchangé depuis 1804. Ces dernières décennies, l'office du juge a été repensé, avec la nouvelle interprétation de la notion d'ordre public (§ 2).

§ 1. La pluralité des attributions normatives du juge

1061. L'examen des attributions normatives du juge mène à apprécier l'évolution actuelle de l'office du juge de manière plus large, car celles-ci sont propres au procès civil. Néanmoins, bien qu'elles soient multiples, elles poursuivent le même but, à savoir la réalisation effective

¹⁶⁵⁰ CAMPERNOLLE VAN (J.), « Les principes directeurs du procès civil », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, t. II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 205, p. 23.

¹⁶⁵¹ CHAINAIS (C.), « Rapport français. Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁵² La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée à Nairobi, en juin 1981.

des droits subjectifs qui, dans un État de droit, garantit la régulation sociale¹⁶⁵³. Comme nous l'avons vu, le juge ne se contente plus d'être « la bouche de la loi » voulue par Montesquieu.

1062. Nous pensons que le juge tire profit du contexte marqué par la démocratisation de la Justice pour assurer sa « revanche » à l'égard des autres pouvoirs. Ainsi, pour paraphraser le Doyen Serge GUINCHARD, celle-ci est le résultat du renforcement « du principe de dialogue » d'une part, entre le juge et les parties. D'autre part, entre le juge et les autres institutions. Ce phénomène est également en expansion dans les pays d'Afrique francophone étudiés, par exemple le Sénégal¹⁶⁵⁴. Elle est dans une moindre mesure, il s'agit d'une façon, pour le juge, de répondre aux attentes des citoyens et des justiciables.

1063. Au-delà de son rôle d'interprète, l'office du juge est aussi devenu l'office de gestion des crises de toute nature, dès lors que les libertés individuelles et les droits fondamentaux sont menacés. On le voit, s'il est en mesure d'agir en acteur social et juridique, le juge confirme également son pouvoir normatif. Il a été invité dans les débats autour de la protection des droits de l'homme¹⁶⁵⁵ et en est devenu le principal garant. Le Doyen Serge GUINCHARD a écrit à ce propos : « *La recherche de l'effectivité des droits aura, sans doute, été le phénomène le plus marquant de la fin du XXème siècle, notamment dans le domaine de la procédure. Elle s'inscrit dans un mouvement plus général de la recherche de l'effectivité pour tous les droits de l'homme. On ne peut pas, ici, ne pas citer le fameux arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Airy c/Irlande, du 7 octobre 1979 et le souci de la Cour, clairement énoncé comme une exigence, « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »¹⁶⁵⁶. Pour démontrer l'accaparement des attributions normatives du juge, nous nous attarderons donc sur l'analyse de l'utilité de la redéfinition de l'office du juge **(A)**, puis nous verrons que *l'imperium et juridictio* sont les nouveaux pouvoirs renforcés dont il jouit **(B)**.

¹⁶⁵³ De LEVAL (G.), « La triple mission du juge (belge) dans le procès civil », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 249.

¹⁶⁵⁴ « *La responsabilité des magistrats dans la protection des victimes de traite et des migrants* », Colloque organisé par l'Union des magistrats du Sénégal (UMS), Dakar, 23 mai 2018, disponible sur : www.um.sn, consulté le 01 septembre 2019.

¹⁶⁵⁵ Les droits de l'homme sont une discipline transversale qui, aujourd'hui, inclut également la protection de l'environnement, les droits des salariés dans des secteurs sensibles tels que les mines, etc.

¹⁶⁵⁶ GUINCHARD (S.), « Mondialisation et modélisation du droit du procès », in *Belles pages 30*, <https://sergeguinchard.blogspot.com/2017/05/belles-pages-30-mondialisation-et.html> (consulté le 10 mars 2019).

A. La redéfinition de l'office du juge

1064. Comme nous pouvons le constater, l'article 4 du Code civil de 1804, inchangé et dont l'essentiel est transposé dans les pays d'Afrique francophone concernés par notre étude, clarifie ce qu'est le juge, ainsi que sa principale obligation qui est celle de trancher le litige. L'intérêt de l'office du juge explique l'abondance de la littérature en doctrine. Sans vouloir reprendre de manière exhaustive, toutes les étapes de son origine jusqu'à son évolution actuelle, nous nous contenterons de relever quelques lignes en rapport avec la présente étude.

1065. Ainsi, il a été souligné que « *l'office du juge en tant que tel, est (...) conçu comme un ministère et son action est ritualisée*. Cependant, l'époque où son office se contentait des faits apportés par les parties qui le sollicitait est révolue. Aujourd'hui, il est transformé, le juge étant chargé de veiller au bon déroulement de l'instance et, à cette fin, de faire respecter les principes directeurs du procès civil. À chaque étape de la procédure, que ce soit en première instance, en appel ou en cassation, le juge a une double fonction, à la fois unificatrice et disciplinaire, qui lui permet d'unifier l'interprétation du droit, et une fonction créatrice et normative¹⁶⁵⁷, en cas de vide juridique, ce qui fait de lui le maître de l'administration de la preuve, selon l'expression du Professeur Pierre HEBRAUD¹⁶⁵⁸.

1066. Si l'on admet que dans les litiges individuels du travail, le juge délimite son intervention à la conformité de la loi, au contexte, à l'application de la norme à l'espèce. Il n'en demeure pas moins que cette attribution normative ne fait pas l'unanimité, y compris au sein de la doctrine¹⁶⁵⁹ qui l'accuse d'outrepasser ses pouvoirs. À la question de savoir ce qu'est un juge, Monsieur le Professeur Georges WIEDERKEHR a répondu : « *le juge est une personne comme telle pour exercer soit seule, soit en collège, la fonction de juger. L'exercice*

¹⁶⁵⁷ BORÉ (L.), « L'office du juge en première instance, en appel et en cassation », in *L'avenir du procès civil. À propos des réformes de la justice civile. Réflexions prospectives et comparatives sur l'avenir du procès civil*, Colloque du droit processuel, du 21 février 2019, C. Chainais, X. Lagarde (coord.), *La Semaine juridique*, supplément au n° 14, 8 avril 2019, p. 41.

¹⁶⁵⁸ HEBRAUD (P.), « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », in : *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, T. XXVI, 1978, p. 389.

¹⁶⁵⁹ À l'instar du Professeur LE BARS qui affirme que, « *si éminente soit la fonction de la jurisprudence, la Cour de cassation outrepasserait gravement ses prérogatives en n'hésitant plus, aujourd'hui, à remettre en cause ouvertement la loi. On le voit notamment à travers le développement du contrôle de principe de proportionnalité. Le principe de proportionnalité est un 'virus' qui confère une instabilité et une imprévisibilité dramatique au droit positif. Il permet aussi aux juges de défaire à leur guise les règles posées par le législateur. Le filtrage des pourvois ferait de la Cour de cassation un concurrent officiel du législateur. C'est une véritable remise en cause de la séparation des pouvoirs et donc un bouleversement des fondements mêmes de l'État de droit* », in « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *op. cit.*, p. 24.

*d'une fonction suppose un pouvoir et tout pouvoir a besoin de légitimité. Celle-ci, on peut la rechercher dans l'investiture et la tutelle d'un pouvoir supérieur. Mais on peut aussi remarquer que la fonction de juger dans une société est une fonction nécessaire et que c'est dans la nécessité même de cette fonction que le juge doit trouver sa légitimité »*¹⁶⁶⁰.

1067. La question de la légitimité de l'office du juge. Nous savons que contrairement au modèle de la *Common law*, particulièrement celui des États-Unis dans lequel la question de la légitimité politique du juge ne s'est jamais posée dans la mesure où ce dernier est élu par les citoyens. Or, dans le système retenu dans les pays d'Afrique francophone étudiés, le juge est un professionnel du droit, fonctionnaire de l'État, recruté, formé et nommé par lui pour le servir. À ce propos, Madame Julie ALLARD a écrit : *« historiquement, le premier grand modèle de la légitimité de l'office du juge est bien entendu le modèle théologico-politique, puisque le juge y tient sa légitimité de son autorité, c'est-à-dire de son rapport à Dieu et au Roi. Un autre modèle de légitimité politique consiste à faire du juge un citoyen, et du jugement un acte politique reconnu comme tel. Chez les Grecs, par exemple, n'importe quel citoyen peut être juge. Le juge, en tant que citoyen, a donc une légitimité politique »*¹⁶⁶¹.

1068. Aujourd'hui, comme nous pouvons le constater, pour ce qui est de l'Afrique francophone, à l'exception de la Mauritanie¹⁶⁶², la légitimité du juge selon le modèle théologico-politique n'a jamais existé du fait du caractère laïc des États, conformément à leurs Constitutions. En revanche, le juge des pays étudiés trouve sa légitimité sous le fondement du second modèle en ce qu'il est avant tout citoyen de son pays et qu'en tant que tel son jugement est d'une certaine manière politique, parce qu'il est rendu au nom de l'État. Ainsi donc, en somme, nous pouvons dire que la légitimité du juge se trouve également dans sa capacité à respecter la loi.

1069. Il est clair que dans cette logique, *« l'office du juge est (...) une fonction de pouvoir qui n'est pas disqualifiée. Les juges sont même tirés au sort parmi les citoyens car le tirage au*

¹⁶⁶⁰ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp.575-584., spéc. p. 575.

¹⁶⁶¹ ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁶² La Constitution Mauritanienne confirme l'existence d'une République Islamique. Son Préambule affirme : *« le respect des préceptes de l'Islam comme seule source de droit »*. Alors que l'article 5 dispose que : *« l'Islam est la religion du peuple et de l'État »*. De même, 12 États sur les 36 que comptent la République fédérale du Nigéria se réclament islamiques, notamment avec l'application de la loi islamique « *charia* ». Il s'agit des États de Zamfara, Kano, Sokoto, Katsina, Buchi, Borno, Jigawa, Kebbi, Yobe, Kaduna, Niger, Gombe), www.legit.ng/1092383-sharia-law-nigerian-constitution.html (consulté le 10 mai 2019).

sort offre à tous, la même chance d'exercer le pouvoir, et cela, à tour de rôle de façon démocratique »¹⁶⁶³. Il n'en demeure pas moins que ce système est retenu dans les droits positifs des pays étudiés, notamment pour le recrutement des jurés des cours d'assises. On a longtemps reproché au juge d'Athènes de ne pas faire du droit et d'être au service des politiques. C'est notamment la thèse défendue par Platon.

1070. Nous pensons que de nos jours, l'argument de Platon a toute sa place dans le débat sur les modes de recrutement et de formation du juge dans les pays étudiés. En effet, comme à Athènes, la légitimité politique du juge n'est pas de savoir argumenter, séduire ou manipuler les foules, mais d'être capable d'identifier la vérité et de la faire triompher¹⁶⁶⁴. Par conséquent, c'est le même argument classique qui est opposé, notamment au jury d'assises : quand je suis malade, je vais chez un médecin. Pourquoi le justiciable n'aurait-il pas droit, lui aussi à un professionnel ? L'autorité du juge, c'est son professionnalisme, son savoir¹⁶⁶⁵.

1071. Si l'on voulait pousser le débat plus loin, on serait amené à se poser une autre question, celle de savoir, lequel des modèles entre celui de la *Common law* aux États-Unis et celui du système romano-germanique est le meilleur ? Nous pensons qu'il n'en existe pas. Chacun d'eux a ses propres justifications juridiques. S'agissant du modèle d'Athènes, l'on peut s'en convaincre à partir d'un syllogisme : le juge est soumis à la loi. Or, la loi est faite par le peuple représenté par le législatif. Le juge tient donc son pouvoir de ce dernier, c'est-à-dire, il doit incontestablement sa légitimité au pouvoir législatif. Ce syllogisme est à notre sens pertinent, car il reflète l'expression de la démocratie représentative.

1072. Cependant, cette conception ne convainc pas un grand auteur qui affirme qu' « *elle suppose que toute légitimité de quelque pouvoir que ce soit ne puisse venir directement ou indirectement que de l'élection, autrement dit qu'elle est fondée sur le principe majoritaire. Or, en raison même de la nature de sa fonction, il est douteux que la légitimité du juge puisse reposer, fut-ce indirectement sur l'élection. Pour une autre raison encore, le principe de la soumission du juge au législateur n'est pas admissible : on ne peut, en effet, concevoir la loi, ni le législateur sans juge. La fonction de juge, avons-nous dit, est une fonction nécessaire. Il faut encore préciser qu'elle est nécessaire à la loi elle-même et donc au législateur dont*

¹⁶⁶³ ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁶⁴ *Idem*

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 6.

l'existence la suppose »¹⁶⁶⁶. À certains égards, la conception actuelle est source de contradiction. Quant à la légitimité du juge telle que retenue dans les cinq pays d'Afrique subsaharienne étudiés, on sait que l'un des critères requis est sa compétence.

1073. On se rend compte que la question de la légitimité du juge est loin de prendre fin, car il existe un point commun entre tous les pays de tradition romano-germanique, indifféremment de l'expérience démocratique¹⁶⁶⁷. La difficulté d'appréhension de la légitimité du juge tient, pensons-nous, à la fonction elle-même qui place le juge au centre du débat : appliquer la loi mais pas à n'importe quelle condition, en toute indépendance et en toute impartialité. Ainsi que l'a souligné Madame Julie ALLARD, *« l'office du juge manque de légitimité politique pour deux raisons qui tiennent à notre culture juridique : non seulement, il ne représente pas le peuple et, pour diverses raisons, ensemble très éloigné ; mais son savoir, source de son autorité, est largement perçu comme défailant (l'exemple des erreurs judiciaires) »*¹⁶⁶⁸. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. Nous pensons que la question de la représentation du peuple doit en effet être abordée avec précaution, lorsqu'il s'agit du juge, car s'il est vrai que c'est l'élection qui lui donne la légitimité, elle ne suffit pas pour garantir l'exercice de son intervention.

1074. En revanche, nous rejoignons plutôt Monsieur le Professeur Georges WIEDERKEHR lorsqu'il affirme que *« l'élection paraît peu compatible avec l'indépendance du juge. En tout cas, elle ne saurait conférer aucune légitimité à celui-ci ; elle ne peut être éventuellement qu'un procédé technique de désignation dont il convient d'ailleurs de se méfier puisqu'il est plutôt de nature à contrarier la légitimité du juge »*¹⁶⁶⁹. Doit-on retenir l'expression démocratique pour considérer la légitimité de l'office du juge ? Non, car cela supposerait une quelconque subordination du juge au législateur, il perdrait son indépendance¹⁶⁷⁰. D'ailleurs, leurs pouvoirs sont de nature différente et la source de leur légitimité ne peut être la même ; il

¹⁶⁶⁶ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *op. cit.*, p. 576.

¹⁶⁶⁷ À titre d'exemple, en France, « en 2007, alors qu'il plaide devant le Medef pour une dépénalisation du droit des affaires, Nicolas Sarkozy remet les juges à leur place : « les juges doivent jouer le jeu : jouer le jeu pour les juges, c'est ne pas se laisser tenter par le gouvernement des juges, c'est ne pas se laisser aller à devenir les arbitres de la politique et à juger de la manière dont les chefs d'entreprises font leur métier », cité par Julie Allard, *op.cit.* p. 8.

¹⁶⁶⁸ ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », *op. cit.*, p.9.

¹⁶⁶⁹ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *op.cit.*, p. 585.

¹⁶⁷⁰ *Idem.*

reste alors que le juge ne peut trouver de légitimité que dans l'exercice même de ses fonctions et dans le respect des conditions de celle-ci¹⁶⁷¹.

1075. En réalité, le juge dans chacun des pays africains étudiés doit rechercher sa légitimité jour après jour, tout au long de sa carrière, de la même manière, le fait qu'il respecte la loi renforce sa légitimité, tout comme la force des actes juridictionnels. Ces dernières décennies devant les juridictions de cinq pays concernés, le rôle des parties s'est accru dans le procès civil, il en va de même pour celui du juge. Ainsi, d'une part, elles ont l'obligation de procéder à une qualification et d'invoquer un moyen de droit lorsqu'une instance est introduite par assignation : les hypothèses où les parties n'apportent pas de qualification juridique au fondement de leurs prétentions se raréfient donc¹⁶⁷².

1076. D'autre part, lorsqu'elles sont déposées devant le tribunal de grande instance en matière contentieuse, les conclusions doivent désormais être qualificatives : les parties doivent elles-mêmes établir le lien entre le fait et le droit ; elles doivent formuler expressément leurs prétentions ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels elles les fondent, à peine d'irrecevabilité ou de nullité de leurs conclusions¹⁶⁷³. La Haute juridiction fait désormais peser sur les parties une obligation de concentrer, dès la première instance, l'ensemble des moyens de droit susceptibles de venir au soutien de leur demande¹⁶⁷⁴.

1077. Comme l'a souligné un auteur, ce statut législatif de la jurisprudence est aujourd'hui marqué par une foule de traits, où l'on peut vérifier que la Cour de cassation elle-même reconnaît à sa jurisprudence un effet normatif : elle distingue ses arrêts notables par des sigles particuliers ; elle vise de plus en plus fréquemment des « principes » détachés de tout support législatif ; et invoque sa « doctrine » et commente ses propres décisions ; enfin, elle regroupe ses arrêts convergents comme pour obtenir un effet de promulgation¹⁶⁷⁵.

1078. La transformation de l'office du juge, aussi spectaculaire qu'elle soit, fait du juge un « censeur des lois », selon le Professeur Philippe RÉMY qui affirme qu'elle « *n'est que la conséquence du grand remuement des sources du droit qui s'opère depuis une trentaine*

¹⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 586.

¹⁶⁷² *Idem*.

¹⁶⁷³ *Ibidem*.

¹⁶⁷⁴ Cass., ass. plén., 7 juillet 2006, *Gaz. Pal.*, 22 juillet 2006, observation reprise par C. Chainais, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁷⁵ RÉMY (Ph.), « La part faite au juge », *Le Seuil « Pouvoirs »*, 2003/4 n°107, pp.22-36, spéc. 32.

d'années. Dans la simple pyramide des normes du droit national-étatique, le juge civil n'était que le serviteur de la loi, parce que la loi était la volonté du souverain. Or le pouvoir législatif est aujourd'hui un peu moins souverain, l'État législateur s'étant lui-même lié en s'intégrant dans des ordres juridiques supérieurs – l'ordre communautaire ou celui de la Convention (...) des droits de l'homme ; la primauté de ces 'droits venus d'ailleurs', comme dit le doyen Carbonnier, a eu pour conséquence, dans l'ordre civil interne, de subordonner la loi au juge »¹⁶⁷⁶. On observe des situations identiques dans les législations de cinq pays étudiés, notamment avec la montée en puissance des instruments issus d'organisations sous régionales.

1079. C'est donc davantage dans le contrôle de conformité de la loi que se caractérise la puissance tant redoutée du juge. En France, par exemple, *l'arrêt Perruche*¹⁶⁷⁷ est une illustration des attributions normatives du juge. Sans vouloir revenir en détails sur cet arrêt, on rappellera qu'il a posé le principe de l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute dans le diagnostic prénatal et l'information donnée à la mère et le handicap de l'enfant. Après avoir suscité une vive émotion au sein de l'opinion, ayant entraîné une grève des médecins et radiologues, le législateur a évincé expressément l'application de l'arrêt. Il est clair que le juge bénéficie de *l'imperium* et de la *jurisdictio*, pouvoirs dont le renforcement doit être permanent.

B. L'*imperium* et *jurisdictio* : un ordre juridique libéral

1080. L'*Imperium* est un terme latin qui désigne le « pouvoir de donner des ordres », « l'« autorité », l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique : le pouvoir de disposer de la force publique, d'ordonner une astreinte, etc »¹⁶⁷⁸. La définition donnée par Monsieur le Professeur Charles JAROSSON nous paraît assez complète : « *imperium* au sens large est un ensemble de prérogatives appartenant à l'État, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou la contrainte et de juridiction (*imperium merum, imperium mixtum et jurisdictio*) »¹⁶⁷⁹. C'est un complément nécessaire à la fonction

¹⁶⁷⁶ *Idem.*

¹⁶⁷⁷ C. Cass. Ass.plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, Bull. 2000, A.P. n° 9, p. 15.

¹⁶⁷⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 52.

¹⁶⁷⁹ JAROSSON (Ch.), « Les réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, LexisNexis, 1991, p. 277.

de juger, un pouvoir de commandement ; le juge en conséquence de la décision rendue, ordonne que tout soit mis en œuvre pour que son jugement soit exécuté, et si besoin, avec le concours de la force publique¹⁶⁸⁰. Or, comme l'État est seul détenteur de la force publique, il est clair qu'un tel pouvoir de commandement ne peut appartenir qu'à une personne investie du pouvoir de juger par l'État lui-même¹⁶⁸¹.

1081. À cet égard, Monsieur le Professeur Jean GAUDEMET a écrit : « *le terme évoque toujours une autorité sur les hommes, une puissance personnelle, des relations 'politique' de supérieur à inférieur* »¹⁶⁸². Toutefois, l'on peut constater qu'*imperium* est un terme générique, et qu'il est employé sous divers angles, à savoir, politique, juridique, philosophique, géographique, sociologique, entre autres.

1082. On a rappelé qu'à Rome, l'*imperium* était la forme la plus haute du pouvoir public ; il s'opposait en cela au pouvoir inférieur des tribuns et des petits magistrats ; détenir l'*imperium*, c'était exercer une activité politique et administrative¹⁶⁸³. Ainsi, l'*imperium* est employé en doctrine par opposition à *jurisdictio* qui évoque la juridiction, c'est-à-dire l'organe chargé de dire le droit, et par extension, l'institution judiciaire¹⁶⁸⁴. Elle est une « *composante de l'imperium qui réside dans le pouvoir de dire le droit, pouvoir conféré par l'État, au juge et, sous certaines conditions et limite, à l'arbitre* »¹⁶⁸⁵. Réintroduite par les juristes médiévaux dans les représentations du pouvoir, la notion de *jurisdictio* demeure, tout au long de l'Ancien Régime, un outil polysémique grâce auquel les jurisconsultes désignent la puissance du justicier légitime¹⁶⁸⁶.

1083. Historiquement, les deux termes (*imperium et jurisdictio*) ont une origine religieuse. Rudy LAHER, dans sa thèse, affirme que « *la dimension religieuse des notions d'empire et de juridiction provient plus en amont, du caractère religieux des pouvoirs d'imperium et de jurisdictio. Il s'agit, en effet, de deux pouvoirs sacrés qui appartiennent personnellement au souverain, païen comme l'empereur romain ou chrétien comme le roi de France. Par le premier, il commande au peuple et par le second il rend la justice. Or, de telles attributions*

¹⁶⁸⁰ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁸¹ *Ibidem.*, p. 74.

¹⁶⁸² GAUDEMET (J.), « *Dominium-imperium*, les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, p. 13.

¹⁶⁸³ CHREKROUN (D.), *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Université Paris I- Sorbonne, 2008, p. 135.

¹⁶⁸⁴ LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare & Martin, 2016, p.29.

¹⁶⁸⁵ JAROSSON (Ch.), « Les réflexions sur l'imperium », op. cit., p. 245.

¹⁶⁸⁶ COLSON (R.), *La fonction de juger : Étude historique et positive*, thèse Nantes, 2006, p. 67.

ne peuvent revenir au commun des mortels. En ce sens, « tout roi est dieu, descend d'un dieu ou règne par la grâce d'un dieu... sa personne recèle une force sacrée qui crée la prospérité et maintient l'ordre du monde... »¹⁶⁸⁷. Il apparaît clairement que les deux attributions sont liées pour fonctionner ensemble.

1084. Par ailleurs, si *l'imperium* est un pouvoir sacré, c'est parce qu'il comporte une *jurisdictio* qui assure un contact avec la divinité et réalise une volonté de justice ; sans *jurisdictio*, *l'imperium* n'est que le droit du plus fort ; en revanche, sans *imperium*, la *jurisdictio* ne serait guère plus qu'une simple divination¹⁶⁸⁸. Dès lors, on peut comprendre pourquoi la justice, dans les pays d'Afrique francophone étudiés, est représentée par un symbole : « le glaive et la balance ».

1085. Madame le Professeur Simone GOYARD-FABRE a attribué la paternité de la pensée de la notion d'*imperium* à Jean BODIN¹⁶⁸⁹. L'*imperium* s'affirme différemment en fonction de son titulaire ; aussi existe-t-il un *imperium* d'État, un *imperium* du régulateur, un *imperium* du juge¹⁶⁹⁰. Associé tant à la souveraineté qu'à la territorialité des États, *l'imperium merum* est le pouvoir le plus absolu à la disposition du juge étatique ; il s'agit d'un ordre destiné aux litigants, enjoignant aux organes de contrainte de prêter leur concours à l'exécution de l'ordre¹⁶⁹¹. Il va de soi que, si le juge bénéficie de l'*imperium*, donc du monopole de trancher les litiges lorsqu'il est saisi, il est également soumis à des obligations dont celles prévues à l'article 4 du Code civil de 1804. De même, il va sans dire que, si le juge doit trancher, il doit rendre sa décision dans un délai raisonnable, conformément aux dispositions des instruments juridiques internationaux ratifiés par tous les pays étudiés¹⁶⁹².

1086. Pendant longtemps, on a justifié l'usage couplé « *imperium* et *jurisdictio* pour distinguer le pouvoir d'injonction du juge, à l'arbitre, à qui l'on refusait l'*imperium*. Mais, cette tendance a changé depuis le milieu du XXe siècle et l'idée est actuellement en désuétude. Le Professeur Charles JAROSSON, qui s'est beaucoup intéressé à la question, n'a pas hésité à considérer la distinction de l'*imperium* et de la *jurisdictio* d'un faux problème,

¹⁶⁸⁷ LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, op.cit., p. 30.

¹⁶⁸⁸ Idem.

¹⁶⁸⁹ GOYARD-FABRE (S.), *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, 1989, p.86.

¹⁶⁹⁰ CHREKROUN (D.), *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Université Paris I- Sorbonne, 2008, p.136.

¹⁶⁹¹ Idem.

¹⁶⁹² En ce sens, voir : l'article 7 §1 d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

pensait qu'il n'y avait pas lieu de consacrer des recherches approfondies sur cette question, dans la mesure où cette distinction « *existe et à la fois n'existe pas* » ; d'une part, elle existe parce que l'*imperium* est un ensemble de pouvoirs tandis que la *jurisdictio* est un pouvoir particulier, d'autre part, elle n'existe pas en ce que même la *jurisdictio* est une émanation de l'*imperium*¹⁶⁹³.

1087. En effet, le succès de l'arbitrage dans les pays concernés par notre étude, de par son caractère conventionnel, est observé dans les rapports internationaux et les litiges en rapport avec des enjeux financiers importants. De plus, le statut particulier de l'arbitre distingue fondamentalement la sentence arbitrale d'un jugement. Pour une partie de la doctrine majoritaire, l'arbitre, tout comme le juge, peut bénéficier de l'*imperium*. On admet que l'opération par laquelle l'arbitre se trouve doté de cette parcelle d'une articulation entre l'autorisation implicite des parties et la reconnaissance expresse des États.

1088. Ainsi, issu concurremment d'une autorisation implicite des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États¹⁶⁹⁴.

1089. L'on admet que l'affirmation selon laquelle l'arbitre n'est pas titulaire de l'*imperium* ne doit pas être contestée de prime abord car *imperium* et 'arbitre' semblent exprimer des idées radicalement opposées¹⁶⁹⁵. Cependant, l'idée selon laquelle l'arbitre ne dispose pas de l'*impérium* doit être nuancée en raison d'une confusion liée, d'une part, à l'histoire de la notion, d'autre part, à la polysémie du terme¹⁶⁹⁶. Aujourd'hui, avec la mondialisation des économies, l'argument qui consiste à dire que l'arbitre n'a pas d'*imperium* parce qu'il rend une justice privée doit être relativisé, nous semble-t-il. En effet, dans les pays Afrique francophone étudiés, depuis ces trois dernières décennies, on assiste à la multiplication des sources de droit, singulièrement d'origine régionale¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹³ JAROSSON (Ch.), « Les réflexions sur l'*imperium* », *op. cit.*, p. 262.

¹⁶⁹⁴ CHREKROUN (D.), *L'imperium de l'arbitre*, Thèse Université Paris I- Sorbonne, 2008, p. 128.

¹⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 132.

¹⁶⁹⁶ *Idem*.

¹⁶⁹⁷ En ce sens, on peut citer : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de même que le droit OHADA pour le droit des affaires qui font partie intégrante du droit positif de chacun des États parties.

1090. De plus, il n'est pas rare de voir l'État, pourtant entité souveraine, détenteur du monopole de la justice, se soumettre à la décision rendue par un juge qu'il n'a pas sous son contrôle (juge étatique). Toutefois, il ne s'agit pas ici d'un juge étranger dont le jugement requiert l'*exequatur* pour produire ses effets en droit national. Il ne s'agit pas non plus d'un juge international, au sens du droit international public mais bien au contraire, du juge-arbitre, pris dans un cadre purement conventionnel et dont l'État s'engage à respecter la sentence arbitrale. Nous pensons que cette reconnaissance de *facto* de l'arbitre est liée au transfert de l'*impérium* à l'arbitre, ne serait-ce que pendant un temps. Ce qui sans doute, justifie l'argument selon lequel, l'arbitre détient de l'État une parcelle *d'imperium mixtum*, car l'*imperium* a glissé du droit public vers le droit privé¹⁶⁹⁸.

1091. S'agissant des pays d'Afrique francophone étudiés, nous constatons que ces nouvelles sources ont un fondement conventionnel. En effet, le traité de Port Louis, instituant l'espace OHADA, est un exemple concret en matière de droit des affaires, mais également en droit du travail, bien qu'aujourd'hui, le projet d'Acte uniforme sur le droit du travail n'a pas encore vu le jour. À ce jour, on remarque que l'apport du droit OHADA dans les litiges individuels du travail est non négligeable, en ce qu'il permet dans un premier temps à la CCJA de qualifier le vrai statut juridique d'une entreprise (par exemple, une société anonyme dans laquelle un État détient des parts dans le capital social), d'autre part, de permettre au juge national compétent de se prononcer.

1092. En effet, s'agissant de la RDC par exemple, l'article 215 la Constitution du 18 février 2006 prévoit la prééminence des traités et accords internationaux régulièrement conclus, sur les lois nationales. Ainsi, l'adhésion de la RDC au Traité OHADA a entraîné l'abrogation des lois nationales qui lui étaient contraires, et l'application obligatoire des actes uniformes du Traité précité, conformément à son article 10 qui dispose : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États-parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieures ou postérieures* ».

1093. De même, la Loi n°08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, en son article 4, précise que l'État congolais est l'actionnaire unique dans ces sociétés commerciales, par dérogation aux dispositions légales,

¹⁶⁹⁸ JAROSSON (Ch.), « Les réflexions sur l'imperium », *op.cit.*, p. 263.

tout en les soumettant au droit commun. Ainsi, dans une espèce en 2018 (inédit), les ex salariés du Grand Hôtel de Kinshasa (GHK), pris individuellement avaient contesté leur licenciement pour motif économique. L'employeur a décliné la compétence de la juridiction sous prétexte que l'État était actionnaire unique dans le capital social. Cette attitude avait conduit les avocats des salariés à saisir la CCJA pour déterminer le statut juridique de cette entité concernée. D'autant plus que la loi précitée précise que les sociétés décrites étaient soumises au droit commun.

1094. La CCJA a confirmé que l'employeur n'échappait pas à la compétence des juridictions et a rappelé qu'il y avait violation des articles 10 et 336 du Traité OHADA. Cette affaire a le mérite de permettre aux juridictions congolaises de connaître les litiges individuels du travail dès lors qu'une entreprise du portefeuille est impliquée. À ce propos, l'Acte uniforme relatif à la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage « CCJA » prévoit, entre autres, une autorité de la chose jugée aux sentences arbitrales, lesquelles peuvent également être applicables en droit du travail.

1095. Avec l'arbitrage, chaque État consent à abdiquer une parcelle de sa souveraineté en reconnaissant l'autorité des décisions qui seront rendues par la juridiction ainsi constituée, en un mot, les juges ne tiennent plus leur pouvoir d'une délégation de leur propre État mais d'un accord entre les États concernés¹⁶⁹⁹. Il est clair que toute la difficulté liée au terme *imperium* est dû au risque de lui donner une connotation différente en cas de traduction en langue française. Ainsi, Monsieur le Professeur Charles JAROSSON a relevé : « *majestueusement drapé dans sa formulation latine, l'imperium apparaît comme un concept paradoxal* »¹⁷⁰⁰. Le terme *imperium* reste néanmoins intraduisible en français¹⁷⁰¹.

1096. Nous admettons que l'arbitre, y compris dans les litiges du droit du travail, n'est pas bénéficiaire de l'*imperium stricto sensu*, car sa sentence n'est pas revêtue de la formule exécutoire. En effet, force est de constater que dans nombre des pays étudiés, cette carence de la force publique, somme toute illégitime, se caractérise par l'impossibilité de la partie à faire

¹⁶⁹⁹ PERROT, B. BEIGNIER, L. MINIATO, *Institutions judiciaires, op.cit.*, p. 238.

¹⁷⁰⁰ JAROSSON (Ch.), « Réflexions sur l'impérisme », in *Études offertes à Pierre Bellet*, LexisNexis, 1991, p. 245.

¹⁷⁰¹ LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé op. cit.* Ce dernier relève que « certains auteurs, comme Pothier, le traduiront par le mot d'empire qui, s'il est étymologiquement parfaitement fondé, renvoie aujourd'hui à une forme d'organisation politique. Le maintien de l'expression latine permet donc, heureusement, de limiter la polysémie du concept » (p. 33).

exécuter un jugement censé mettre fin à un litige individuel du travail, pourtant prononcé par un juge étatique, porteur d'un *imperium merum*.

1097. Comme l'a souligné une partie de la doctrine majoritaire, « *cette carence de l'administration de la justice est grave, d'abord sur le plan général, dans la mesure où elle jette un discrédit sur l'autorité du juge. Elle est grave ensuite pour le plaideur qui a obtenu en sa faveur un jugement qui restera pour lui une simple satisfaction de principe (...)* »¹⁷⁰². En pratique, la partie qui se heurte à une telle carence est totalement démunie, sa marge de manœuvre étant quasi-nulle. Une tentative à l'encontre de l'État au titre de son inaction peut s'avérer vaine, car l'État lui-même se trouve démunie de son *imperium* qui est mis à mal. Doit-on parler d'une crise ou de la faillite de *l'imperium* et de la *jurisdictio* du juge ? En l'état actuel, l'on peut affirmer qu'il s'agit des deux.

1098. De cette manière, il y a lieu de promouvoir les Modes Alternatifs de Règlement des Différends dans le domaine du droit du travail, sans remettre en cause l'*imperium* et la *jurisdictio* du juge étatique. À ce jour, le moins que l'on puisse dire c'est qu'il existe très peu d'études consacrées à la distinction entre les notions d'*imperium* et de *jurisdictio*. À ce propos, un éminent auteur a souligné que « la distinction classique entre *imperium et jurisdictio* était trop abrupte et n'était pas rationnellement fondée puisqu'elle entraînerait une trop grande schématisation des pouvoirs du juge »¹⁷⁰³. Pour autant, nous pensons que le juge doit intervenir toutes les fois que l'ordre public est menacé, constituant un critère de défense de l'intérêt général.

§ 2. L'ordre public en tant que critère de défense de l'intérêt général

1099. En matière de droit du travail, on constate que dans les cinq pays étudiés, il y a une résistance de la conception de l'ordre public social (principe de faveur) de sorte que le juge judiciaire assure la défense de l'intérêt général dans les litiges individuels du travail. Cette démarche n'est pas nouvelle. En effet, depuis 1804, les dispositions de l'article 6 du Code civil restent inchangées : « *les contrats ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cet article est renforcé par le Code du travail qui par exemple, interdit la résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée, hormis pour des motifs

¹⁷⁰² PERROT, B. BEIGNIER, L. MINIATO, *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 464.

¹⁷⁰³ JARROSSON (Ch.), « Réflexions sur l'*imperium* », op. cit., p. 278.

légalement justifiés. Or, cette conception du système romano-germanique s'oppose à celle de la *Common law* des États-Unis, où l'employeur peut mettre fin, à sa guise, à tout contrat de travail, même en CDD et ce, avant son terme.

1100. Ainsi, en pratique, il n'est pas rare de voir des litiges individuels du travail de cette nature. En effet, la présence importante des sociétés de droit américain intervenant, notamment dans le secteur des mines en République démocratique du Congo, par exemple, est également source des difficultés d'interprétation de cette approche.

1101. Il en est de même de la présence dans un contrat de travail, des clauses qui déplacent expressément la compétence territoriale en un autre lieu. L'évolution du droit positif moderne tend, sinon à prohiber ce genre de clause, du moins à en restreindre très sensiblement le domaine¹⁷⁰⁴. Excepté l'hypothèse où la clause est avantageuse pour le salarié, lequel est juridiquement considéré comme économiquement faible, celle-ci est dépourvue de tout effet de droit, en particulier lorsqu'elle impose pour le salarié la juridiction du lieu du siège social.

1102. En droit commercial, par exemple, la tendance du juge est de considérer ces clauses valables que si elles sont conclues entre professionnels, dont on présume, à tort ou à raison, qu'ils sont suffisamment avertis pour mesurer exactement la portée des clauses auxquelles ils souscrivent¹⁷⁰⁵. De fait, l'ordre public s'étend à toutes les matières, y compris celles originellement privées. Ce bouleversement confirme le rôle du juge comme gardien des valeurs des libertés **(A)** mais aussi, protecteur de l'intérêt général **(B)**.

A. Le juge, gardien des libertés fondamentales

1103. D'emblée, il convient de relever que les libertés dont il est question, sont les libertés individuelles, celles de tout salarié durant la vie du contrat du travail qu'il a signé ou qu'il pense simplement avoir conclu avec un employeur, et pouvant s'étendre, au cas de licenciement, précisément au moment du litige. La notion de « *liberté individuelle* » est ancienne, apparaissant pendant l'Antiquité jusqu'au Moyen Âge, mais elle s'est surtout

¹⁷⁰⁴ PERROT, B. BEIGNIER, L. MINIATO, *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 407.

¹⁷⁰⁵ *Idem*.

affirmée et figure dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁷⁰⁶, et expressément reprise dans les législations du travail des pays concernés par notre étude.

1104. En tant que gardien, le juge doit assurer au salarié une protection effective. À ce propos, Monsieur le Professeur Jean RIVERO écrit : « *La protection effective est celle qui, sitôt l'atteinte commise, réussit à en arrêter les effets, et à rétablir dans ses droits celui auquel on les a ôtés. Le juge administratif, par le sursis à exécution, pourrait arrêter sans délai les effets de la décision attentatoire à une liberté, mais c'est une arme dont il n'aime guère à se servir. De même, il ne se reconnaît pas le pouvoir d'accompagner l'annulation d'une injonction qui imposerait le rétablissement de la liberté illégalement entravée. C'est donc au juge judiciaire, et à lui seul, que le droit offre certains moyens lui permettant d'assurer l'exercice effectif d'une liberté bafouée* »¹⁷⁰⁷.

1105. Pour autant, cette reconnaissance n'a pas été facile à obtenir, comme l'affirme Monsieur le Professeur Grégoire BIGOT : « *entre 1800 et 1870, environ trois mille décisions ont été rendues au sujet de la répartition, et donc de la délimitation, des compétences entre les autorités judiciaire et administrative. À lui seul, ce chiffre révèle une guerre des compétences ; il atteste aussi du fait que le judiciaire a été créateur de droit administratif étant entendu que le droit administratif se caractérise avant tout comme un droit à la recherche de sa compétence* »¹⁷⁰⁸. Le juge judiciaire est communément désigné comme le juge naturel, sans que cette compétence soit exclusive. On admet que la conception libérale de l'État en est l'origine, à une époque où la protection des libertés était assurée par la loi, contre l'exécutif, par l'intermédiaire du juge, « *bouche de la loi* » ; à l'époque, le seul juge qui existait, était celui judiciaire¹⁷⁰⁹.

1106. En droit comparé, l'affirmation du juge judiciaire, gardien des libertés fondamentales concerne la protection de la liberté individuelle. Ainsi, c'est au motif qu'il serait le gardien de la propriété, et sur le fondement des dispositions constitutionnelles, que le juge judiciaire,

¹⁷⁰⁶ L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamée le 26 août 1789 dispose : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

¹⁷⁰⁷ RIVERO (J.), Préface à la thèse de Stavros TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, thèse Université Paris II, LGDJ, 1991, p. XVI.

¹⁷⁰⁸ BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif », in *Le juge judiciaire*, Colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 3-5 juin 2015, Dalloz, 2016, p. 5.

¹⁷⁰⁹ UNTERMAIER-KERLÉO (E.), « Le juge judiciaire : quel gardien de la liberté individuelle ? », in *Le juge judiciaire*, Colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 3, 4 et 5 juin 2015, Dalloz 2016, p.19.

dans les années 1820, se déclare compétent en matière de dommages de travaux publics dès lors qu'ils sont permanents¹⁷¹⁰. Il les requalifie d'expropriations indirectes. À titre d'exemple, citons un arrêt qui alloue à un particulier des indemnités du fait d'un rehaussement de chaussée affectant son droit de propriété : « *Considérant que tout sacrifice de la propriété pour cause d'intérêt public, exige une indemnité (Charte, art. 9 et 10) (...) ; l'obligation d'indemnité est gravée en caractères ineffaçables dans la loi du royaume...* »¹⁷¹¹. Cet arrêt sera confirmé par la Cour de cassation qui en profitera pour dénier à l'administration toute compétence dès lors que la perte de jouissance est assimilée à une expropriation : « (...) *il n'existe aucune loi qui ait, dans l'espèce particulière, dérogé à ces principes, ni en faveur du Gouvernement, ni en faveur des autorités secondaires ; qu'ils sont, dès lors, applicables non seulement dans les rapports des individus entre eux, mais dans ceux de l'administration avec les particuliers* »¹⁷¹². Le long chemin vers la consécration du juge judiciaire comme juge naturel s'est effectué selon différentes étapes dont celle de la tentative avortée, notamment des juridictions de l'ordre civil de considérer l'État comme personne.

1107. Toutefois, c'est en matière de responsabilité extracontractuelle que le juge judiciaire a le mieux imposé l'obligation d'inventer les règles générales de sa compétence et qu'il a, par voie de conséquence, obligé le droit administratif à se redéfinir par opposition au droit civil, tout en lui empruntant le concept clé de personne¹⁷¹³. Monsieur le Professeur Grégoire BIGOT affirme : « *Le judiciaire est involontairement responsable de l'exorbitance du droit administratif en matière de responsabilité extracontractuelle, exorbitance imposée par un Conseil d'État à bout d'arguments et à tout le moins irrité de la résistance judiciaire qui le sommait de ne plus se dérober et de se prononcer sur l'applicabilité ou non des articles 1382 et suivants du Code à l'État* »¹⁷¹⁴.

1108. Nous rejoignons un auteur dont la thèse a relevé que « *le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, principe de valeur législative ne pouvait en aucun cas prévaloir sur le principe constitutionnel de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle. Quant à la distinction entre police administrative et police judiciaire, dont les tribunaux ont dégagé un critère de compétence juridictionnelle, elle ne possède qu'une simple*

¹⁷¹⁰ BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif », *op. cit.*, p.14.

¹⁷¹¹ *Idem.*

¹⁷¹² Cass. civ., 18 janvier 1826, *Ville de Nantes c/ La dame Bien-Assis*, S. 1826. I. 267, cité par BIGOT (G.), in « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷¹³ BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif », *op. cit.*, p. 17.

¹⁷¹⁴ *Idem.*

valeur législative »¹⁷¹⁵. L'on peut admettre sans difficulté que le juge judiciaire s'est imposé comme gardien exclusif des libertés individuelles, par exemple, en matière de contrôle d'identité.

1109. L'exception d'illégalité étendue aux actes administratifs individuels ayant une incidence pénale et touchant à la liberté individuelle, rend l'intervention judiciaire « immédiatement opérante »¹⁷¹⁶. Ainsi, comme l'a relevé Monsieur le Professeur Jean RIVERO, « *quelle que soit (...) la confiance qu'inspirent au justiciable l'indépendance et la conscience du juge administratif, la croyance libérale en l'efficacité supérieure du juge judiciaire pour protéger l'administré contre l'arbitraire (...) peut s'appuyer sur une constatation qui relève de l'évidence : l'intervention judiciaire, sur la base de l'exception d'illégalité a pour elle (...) d'être 'immédiatement opérante' et l'on sait que tel n'est pas toujours le cas de l'annulation pour excès de pouvoir* »¹⁷¹⁷.

1110. En droit comparé, de manière traditionnelle, la jurisprudence a considérablement influencé la reconnaissance du principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés fondamentales. S'il y a eu de nombreux arrêts rendus en ce sens¹⁷¹⁸, c'est plutôt à l'arrêt *Hilaire* que revient la consécration, lorsqu'il a été décidé : « *la sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée renaissent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* ». ¹⁷¹⁹ L'apport de la doctrine majoritairement représentée par Messieurs les Professeurs Marcel WALINE et Jean RIVERO était indéniable, ce qui a permis aux Constituants de 1958 de considérer, à travers l'article 66, alinéa 2, le principe du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle. Incontestable pour de nombreux pays, la Constitution de la Ve République française a également servi de modèle aux Constitutions des pays d'Afrique francophone concernés par notre étude, qui, comme nous l'avons vu, font

¹⁷¹⁵ TSIKLITIRAS (S.), *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ Paris, 1991, p. 295.

¹⁷¹⁶ CATHALA (Th.), *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, thèse, Université de Paris, 1966.

¹⁷¹⁷ RIVERO (J.), Préf. à la thèse de Th. CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, *op. cit.*, p. I et II.

¹⁷¹⁸ *Tr. conf.*, 8 avril 1935, *Action Française*. Par cet arrêt, le tribunal des conflits a consacré la « théorie de voie de fait » dans l'ordre juridictionnel français : « L'autorité judiciaire doit être compétente et doit assurer la protection des administrés contre les agissements les plus graves, les abus les plus inadmissibles envers les libertés susceptibles d'être commis par la puissance publique », n° 00822, disponible sur : www.tribunal-conflits.fr (consulté le 2 mai 2018).

¹⁷¹⁹ *Tr. Conf.*, 18 décembre 1947, *Rec. Lebon*, p. 516 ; *JCP* 1948, n° 4087, note G. Vedel.

plutôt référence au « pouvoir judiciaire ». Ils consacrent expressément le juge judiciaire comme gardien des libertés fondamentales.

1111. Il convient notamment de souligner que, plus que jamais, les Constitutions des pays étudiés subissent de manière permanente, l'influence des instruments juridiques universels¹⁷²⁰ et régionaux¹⁷²¹, en particulier en ce qui concerne la protection des droits de l'homme. Ces instruments juridiques prônent le respect des principes fondamentaux, notamment celui du droit d'accès à un tribunal, à un juge indépendant et impartial, à un procès équitable et au droit d'exercer les voies de recours nécessaires.

1112. Au regard de ces développements, il paraît clair que le respect de ces principes est essentiel, en général, et singulièrement lorsque l'instance est susceptible de porter atteinte à une liberté¹⁷²². En particulier, si la défense de la propriété privée et de la liberté individuelle a été confiée aux juges judiciaires, c'est justement parce qu'ils offraient des garanties institutionnelles d'indépendance et d'impartialité¹⁷²³. Pour autant, l'affirmation naturelle du juge comme gardien des libertés fondamentales est atténuée car le juge judiciaire partage cette compétence avec le juge administratif ainsi qu'avec d'autres autorités, ou est tout simplement évité.

1113. D'une part, s'agissant du partage de compétence avec le juge administratif, en matière de voie de fait, notion importée du Tribunal des conflits français qui l'a consacrée à la suite de l'arrêt *Action Française* rendu le 8 avril 1935¹⁷²⁴, la voie de fait est à géométrie variable. Généralement, il y a voie de fait, où l'administration a agi en dehors de ses attributions, ce qui sous-entend une forme de brutalité sur un droit fondamental. Le Doyen Gérard CORNU a défini la voie de fait comme « *un comportement s'écartant si ouvertement des règles légales, qu'il justifie de la part de celui qui en est victime le recours immédiat à une procédure d'urgence afin de faire cesser le trouble qui en résulte* »¹⁷²⁵. La jurisprudence du Tribunal des

¹⁷²⁰ Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé en 1966.

¹⁷²¹ Article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, signé en 1981.

¹⁷²² DESGORCES (R.), Les armes du juge dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue de la doctrine, *Revue générale du droit*, 2016/2, p. 8, disponible sur : www.revuegeneraledudroit.eu (consulté le 17 avril 2019)

¹⁷²³ BRETTON (Ph.), *L'autorité gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964, préf. Ph. Ardant, p. 197, cité par R. DESGORCES, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷²⁴ *Tr. conf.*, 8 avril 1935, *Action Française*, n° 00822, disponible sur www.tribunal-conflits.fr (consulté le 2 mai 2018).

¹⁷²⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1082.

conflits a récemment, dans l'*arrêt Bergoend*, défini de manière historique, les contours de la voie de fait¹⁷²⁶. Ce dernier arrêt a enterré *Action Française*, en ce qu'il confirme que le juge judiciaire n'a jamais bénéficié du monopole de la protection des libertés individuelles. D'autre part, on sait que toutes les fois que se pose la question de défense des libertés fondamentales, la tendance est de demander l'avis d'autorités administratives indépendantes spécialisées, plutôt que de solliciter l'avis du juge judiciaire, voire d'ignorer ce dernier.

1114. Dès lors, qu'est-ce qui peut expliquer cet évitement du juge judiciaire dans les débats sur des questions liées à la protection des libertés fondamentales ? Il est difficile de donner une réponse exacte. On ne peut qu'évoquer l'hypothèse de la méfiance d'un « *gouvernement des juges* ». De ce point de vue, il y a similarité dans les pays d'Afrique francophone étudiés. Force est de constater que la compétence de l'autorité judiciaire est assez étendue, car elle intervient pour autoriser non seulement des mesures privatives de libertés prises dans le cadre de la procédure pénale (garde à vue, détention provisoire), mais aussi pour autoriser ou contrôler des actes de police judiciaire qui ne portent pas directement atteinte à la liberté individuelle, comme les perquisitions ou les contrôles d'identité¹⁷²⁷.

1115. Lorsque la légalité répressive est méconnue, il appartient au juge de le rappeler, afin de permettre à la partie lésée que l'acte qui l'a atteinte soit stigmatisé et qu'elle obtienne réparation. Ainsi, en matière de droit du travail par exemple, nous pouvons citer les viols et abus sexuels sur les salariés qui sont des violations avérées des droits de l'homme par l'employeur. Le recours à une théorie juridique, telle que l'état de nécessité « *le bon juge Magnaud* » est conforme à son office. Ainsi, ces dernières années, on a pu constater que la jurisprudence avait redéfini l'office du juge, notamment avec la nouvelle interprétation de la notion d'ordre public. Sans vouloir revenir dans les détails sur le concept ordre public, il

¹⁷²⁶ Tr. Conf. 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911. En l'espèce, l'électricité de France avait implanté un poteau dans une parcelle d'un tiers, sans se conformer à une procédure prévue par un décret, ni conclure une convention avec le titulaire du titre parcellaire. « *En vertu de la jurisprudence précédente, il y avait voie de fait, justifiant la compétence du juge judiciaire, en cas d'atteinte grave à une liberté fondamentale, ou à la propriété privée provoquée soit par une décision administrative manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, soit par l'exécution forcée d'une décision, même légale, lorsque l'administration n'avait manifestement pas le pouvoir d'y procéder. Désormais, il n'y a voie de fait de la part de l'administration que dans deux hypothèses : lorsqu'elle a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété ; et lorsqu'elle a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ». www.conseil-etat.fr (consulté le 02 mai 2018).

¹⁷²⁷ UNTERMAIER-KERLÉO (E.), « Le juge judiciaire : quel gardien de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, p. 30.

convient de considérer qu'il est « à géométrie variable », comme l'a relevé le Professeur Jacques HÉRON, en ce qu'il peut s'agir de l'ordre public « *pour ce qui est de la possibilité d'écarter (la règle) par contrat* », c'est-à-dire l'impérativité, au sens de la faculté pour le juge de soulever le moyen d'office, et, enfin, l'ordre public au sens d'un relevé d'office obligatoire¹⁷²⁸.

1116. La notion d'ordre public telle que définie, contient deux acceptions. Dans cette notion, il faut d'abord voir l'expression d'une autorité qui s'impose aux destinataires d'une règle de droit¹⁷²⁹. Ainsi, dans une première acception, la plus large, l'ordre public est l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger ; ce premier ordre public est celui de la régulation de comportements matériels ; c'est un ordre public de police, au sens le plus général et le plus classique du terme¹⁷³⁰.

1117. Une seconde catégorie d'ordre public relève de techniques juridiques qui se « *rassemblent toutes sous une idée commune : les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, elles ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent* »¹⁷³¹. S'agissant de l'ordre public dans la procédure des litiges individuels du travail dans les cinq pays étudiés, on peut constater que leurs droits positifs prévoient une protection similaire du salarié¹⁷³², tout au long de l'exécution de son contrat de travail et, même en cas de différend y lié devant le juge du travail.

1118. En effet, la loi congolaise, par exemple, impose qu'à la signature du contrat de travail, tout employeur cotise mensuellement pour ses salariés auprès de la caisse nationale de sécurité sociale (CNS). Ainsi, dans une affaire (non publiée), le tribunal du travail de Kinshasa/Matete (RDC) a estimé que l'arrangement « secret », signé entre le gérant d'une société de transport de marchandises et un ex. salarié/chauffeur au moment des faits et qui

¹⁷²⁸ HÉRON (J.), « L'ordre public dans le procès. Rapport français », in *L'ordre public, travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises*, t.49 (1998), LGDJ 2001, pp. 943-959, cité par JEAUNEAU (A.), *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, LGDJ, 2018, p. 173.

¹⁷²⁹ DRAGO (G.), « avant propos », in : *L'Ordre public, Rapport 2013*, Cour de cassation, disponible sur : www.courdecassation.fr/IMG/cour_de_cassation/rapport_2013.pdf (consulté le 12 décembre 2018).

¹⁷³⁰ *Idem*.

¹⁷³¹ COMBACAU (J.), « Conclusions », in *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, op. cit., p. 420.

¹⁷³² L'article 6 du Code civil dispose : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

avait perdu une jambe à la suite d'un accident de travail avant d'être licencié, ayant pour objet de faire renoncer ce dernier à une instance en cours devant le tribunal du travail était nul. En l'espèce, on peut retenir que le juge du litige individuel du travail a appliqué les dispositions du Code de procédure civile, notamment celles qui ont trait à l'ordre public des dispositions en cause. On sait également que dans tous ces pays retenus, la compétence du tribunal du travail est d'ordre public¹⁷³³.

1119. Si, traditionnellement, toutes les réflexions menées sur la notion d'ordre public ont fait état d'un ordre public matériel, un auteur relève qu'il existe bien un ordre public immatériel, *« dont l'objet est de permettre à l'État de répondre à des déséquilibres apparus dans l'État de droit. En ce sens, il vise à rééquilibrer les rapports entre le collectif et l'individu »*¹⁷³⁴. Nous pouvons affirmer que l'ordre public procède de la règle de droit et qu'à ce titre, il est avant tout affaire de l'État qui a le monopole de son maintien. Mais surtout, au-delà des textes fondamentaux de chacun des pays concernés, les instruments juridiques lui consacrent une part importante¹⁷³⁵. On peut constater que, devant les juridictions des pays concernés, l'accroissement de l'office du juge se confirme, en particulier lorsqu'il y a atteinte à l'ordre public. Le juge doit relever d'office le moyen. En effet, s'il s'agit le plus souvent des litiges relatifs à la protection des consommateurs, d'une certaine manière, nous pensons que cette logique pourrait valablement s'appliquer à la protection du salarié.

1120. En effet, dans les pays concernés, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁷³⁶, aucune difficulté ne se pose. Ainsi, comme l'affirme Monsieur le Professeur Guillaume DRAGO, *« tout juge peut être conduit à déterminer lui-même les restrictions aux droits que peuvent exiger les nécessités de l'ordre public ; cet ordre public comporte en lui-même des limites, des restrictions qui imposent de ne pas dépasser un certain degré dans l'atteinte portée aux droits et libertés »*¹⁷³⁷. Cette

¹⁷³³ Article 298 du Code du travail de la RDC, article L.192 du Code du Mali, article 521 du nouveau Code du travail de la Guinée, article L. 229 du Code du travail du Sénégal et, s'agissant du Cameroun où il existe pas de tribunaux du travail à part, l'article 131 du Code du travail du Cameroun dispose : *« Les différends individuels pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les travailleurs et employeurs et du contrat d'apprentissage, relève de la compétence des tribunaux statuant en matière sociale conformément à la législation portant organisation judiciaire »*.

¹⁷³⁴ PEYROUX-SISSOKO (M.-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, thèse, Université Paris I, 2017.

¹⁷³⁵ En ce sens, les articles 5 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁷³⁶ Article 16 de la DDHC de 1789 : *« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »*.

¹⁷³⁷ DRAGO (G.), « Avant propos », in *L'Ordre public, Rapport 2013, Cour de cassation, op. cit.*

analyse est confirmée par le fait que l'article 6 du Code civil ne donne pas une définition de l'ordre public, mais une limite posée à la liberté contractuelle, car la manifestation de l'ordre public, dans ce code, consiste à le limiter à la liberté contractuelle¹⁷³⁸.

1121. De même, le fondement de l'ordre public réside dans la protection, laquelle occupe une place importante en droit du travail. Dans les litiges individuels du travail, les rapports de force des parties ne sont jamais pareil, pour autant, le juge n'est pas obligé d'en tenir compte. L'ordre public social étant absolu, la protection des libertés et des droits fondamentaux du salarié (présupposé faible par rapport à l'employeur) doit être assurée sans faille. Il est ici question de la dignité humaine. À titre d'exemple, dans les cinq pays considérés, nous constatons que les salariés travaillant dans le secteur des mines constituent une catégorie qui mérite une série de réflexions du point de vue de la protection de leur dignité, en terme d'ordre public. Le non respect des mesures de protection des salariés par leurs employeurs est une violation de l'ordre public.

1122. Nous rejoignons, à ce propos, le philosophe Georges LEROUX, lorsqu'il souligne que « *la réflexion sur la dignité humaine constitue une des responsabilités les plus fondamentales pour la philosophie de notre temps. Parce que ce principe se trouve à la base de la revendication philosophique de tous les droits et de toutes les libertés inscrits dans nos chartes. Toute la réflexion philosophique sur les libertés et les droits trouve sa structure dans le concept de la dignité de la personne, car on ne saurait définir la personne sans inclure dans cette définition sa dignité* »¹⁷³⁹. Nous adhérons à la thèse selon laquelle la dignité humaine ne se réduit pas à la dignité corporelle¹⁷⁴⁰, la personne humaine se conçoit tout autant dans son corps que dans son activité¹⁷⁴¹. La dignité de la personne humaine comprend le respect des libertés humaines ; les libertés sont qualifiées d'humaines pour insister sur l'imbrication conceptuelle de ces libertés avec le concept de dignité de la personne humaine ; elles deviennent, pour le législateur et notamment pour le juge, un repère indispensable dans la hiérarchisation qui doit être opérée entre les intérêts en présence¹⁷⁴². Aujourd'hui, la

¹⁷³⁸ *Idem.*

¹⁷³⁹ LEROUX (G.), La dignité humaine. Fondement et expérience : remarques sur l'exposé de Thomas De Koninck, in *Éthique en éducation et en formation*, pp. 22- 26.

¹⁷⁴⁰ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, p. 317.

¹⁷⁴¹ DECOCQ (A.), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 21, 1960, p. 7.

¹⁷⁴² MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 317.

question de la dignité humaine en matière de droit du travail ne fait aucun doute, particulièrement lorsqu'il s'agit de litiges individuels. Une partie de la doctrine analyse la question de la dignité sur un plan horizontal dans les rapports individuels¹⁷⁴³.

1123. Par conséquent, s'agissant de la dignité du salarié, l'on ne peut s'empêcher de s'interroger : Que signifie en effet le respect d'une liberté égale pour tous, si cette liberté n'est pas fondée sur la reconnaissance absolue de la dignité de chacun ?¹⁷⁴⁴ La jurisprudence de la Haute juridiction¹⁷⁴⁵ semble répondre par l'affirmative en ce que le juge doit d'office relever les moyens. Les libertés individuelles entretiennent un lien étroit avec le contrat de travail, dont la validité est soumise à leur respect. Ainsi, donc dans le contentieux de la validité du contrat, l'acception dynamique de la dignité de la personne humaine peut être abordée de deux manières ; le contrat peut soit se heurter à certaines de ces libertés fondamentales par son objet ou par ses effets, soit heurter les libertés fondamentales par sa durée¹⁷⁴⁶. Pour ce qui est des effets des libertés humaines au sein du contrat, dans les litiges individuels du travail, cela contribue dans la recherche de solutions.

1124. En droit positif, on considère que la liberté du travail est devenue la clef de voûte d'un ensemble de questions fondamentales, elle appartient à cette catégorie irréductible et inaliénable de libertés, dont seules les modalités d'exercice peuvent être limitées¹⁷⁴⁷. S'agissant des situations dans les pays d'Afrique francophone étudiés, on constate qu'il y a une convergence entre les codes du travail actuels rédigés après les indépendances en ce qu'ils sont structurés sur le modèle de celui du « Code du travail de 1952 »¹⁷⁴⁸, lequel pourtant n'était applicable que dans 4 des 5 pays concernés.

1125. Nous pouvons paraphraser Monsieur le Professeur Philippe AUVERGNON, à propos du « *transfert vers le sud de certains pans du corpus normatif constitué au nord à la fin du*

¹⁷⁴³ FERRY (L.), RENAUT (A.), *Philosophie politique, 3/ Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1996, pp. 84 et s. ; F. LUCHAIRE, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTDciv.*, 1982, pp. 245-328, cité par M. MEKKI, thèse, *op. cit.*, p. 318.

¹⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷⁴⁵ Cass. Ch. mixte, 7 juillet 2017, pourvoi n° 15-25. 65.

¹⁷⁴⁶ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 329.

¹⁷⁴⁸ Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les TOM.

XIXe siècle »¹⁷⁴⁹, lesquels ont bel bien une influence actuelle sur les dispositions de la plupart des législations du travail des pays africains francophones, y compris de ceux qui font l'objet de notre étude. Tous ces codes du travail, dans des formulations similaires mettent amont, notamment, l'interdiction du travail forcé, lequel a caractérisé la période principale de la colonisation : « *Le travail forcé ou obligatoire est interdit de façon absolue. Le terme 'travail forcé ou obligatoire' désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* »¹⁷⁵⁰. Le caractère transversal des droits de l'homme a conduit les rédacteurs des textes fondamentaux des pays d'Afrique francophone à insérer la protection de la liberté du travail, le tout étant de respecter ce mouvement qui est de portée universelle.

1126. La question liée aux clauses de non-concurrence est fondamentale¹⁷⁵¹, du fait de sa complexité dans le respect de la dignité du salarié dans les cinq pays étudiés. En effet, les clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail peuvent porter atteinte à la liberté du travail du salarié, lorsque leur rédaction est excessive. Ainsi, nous pouvons constater que, les codes du travail des pays concernés convergent en ce qu'ils prévoient un encadrement des clauses de non-concurrence¹⁷⁵², leur licéité qui se conforme aux conditions

¹⁷⁴⁹ AUVERGNON (Ph.), Avant-propos, in *Du droit de la santé et de la sécurité sociale au travail en Afrique subsaharienne*, L'Harmattan, 2014, p. 7.

¹⁷⁵⁰ Article L.4 de la loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant code du travail au Sénégal ; article 2, loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant code du travail au Cameroun ; article L.6, loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant code du travail en République du Mali ; article 3, loi n° L/2014/072/CNT du 10 janvier 2014 portant code du travail en Guinée ; article 2, loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail en République Démocratique du Congo.

¹⁷⁵¹ En effet, l'on peut dire que de nombreuses réflexions menées en doctrine confirment l'intérêt de la question ; voir en ce sens : AMIEL-DONAT (J.), *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, Coll. Prat. Soc., 1988 ; AUGUET (Y.), *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. SERRA, LGDJ, 2000 ; BRONNERT (P.), *La clause de non-concurrence dans le contrat de travail*, thèse, Lyon III, 1974 ; GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, Centre de Droit de la Concurrence, coll. *Études*, PUP, 1999 ; CASEAU-ROCHE (C.), *Les obligations post-contractuelles. Contribution à l'Étude des stipulations relatives à la rupture de relations contractuelles continues*, thèse, Paris I-Panthéon, 2002.

¹⁷⁵² Article L. 31 de la loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant Code du travail au Cameroun ; article L.17 de la loi n° 92-20 du 23 septembre 1992 portant Code du travail au Mali ; article 53 de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail en RDC ; article L.35 de la loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant Code du travail de la République du Sénégal dispose : « (...) est nulle de plein droit, toute clause d'un contrat de travail portant interdiction pour le travailleur d'exercer une activité quelconque à l'expiration du contrat, sauf le cas où la rupture est le fait du travailleur ou résulte d'une faute lourde de celui-ci ». Le moins que l'on puisse dire ce que, les dispositions des lois sénégalaise, camerounaise, malienne et congolaise précitées ne retiennent la clause de non-concurrence que dans une seule hypothèse, à savoir, celle du licenciement pour faute lourde. On en déduit que, les licenciements pour faute légère et pour faute grave sont exclus de leur champ d'application. Par ailleurs, on peut constater l'absence de restriction dans la loi guinéenne, ce qui laisse supposer que d'une part, le législateur a voulu laisser aux parties la liberté d'encadrement des clauses de non-concurrence. En d'autres termes, en cas des litiges individuels du travail, le juge doit vérifier les contours des clauses de non-concurrence qui ne doivent pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre, reconnue au salaire.

de validité de temps, avec cependant quelques divergences de validité d'espace dans certains pays tels que le Mali, la RDC et la Guinée¹⁷⁵³.

1127. La pratique des clauses de non-concurrence n'est pas nouvelle, l'appréciation de leur licéité ou non doit se faire au regard de la loi et de la jurisprudence. Pour le Sénégal, par exemple, l'absence de toute précision est indifférente au contrôle du juge car le législateur a tout prévu dans le code du travail. S'il est admis que l'usage des clauses de non-concurrence est consacré dans plusieurs contrats de droit civil, pour autant qu'elles soient licites. En revanche, sans nous opposer à la jurisprudence de la Chambre sociale de la Haute juridiction¹⁷⁵⁴, ni à la doctrine majoritaire qui prône le principe de la validité de ces clauses, nous pensons, comme des nombreux auteurs, que leur validité doit plutôt être limitée¹⁷⁵⁵.

1128. Nous pouvons remarquer que les conditions de validité retenues par la plupart des codes du travail examinés ne prennent pas véritablement en compte quelques aspects liés aux réalités locales. En effet, l'on doit rappeler que dans la plupart de ces pays, très souvent, les activités lucratives sont concentrées dans un même rayon (centre ville). Il en est de même, pour la validité de ces clauses dans le temps. Nous pensons que le contexte socio-économique actuel dans ces pays ne permet pas de faire respecter à la lettre la loi. De ce point de vue, les lois guinéenne et congolaise nous paraissent plus adaptées aux réalités des pays étudiés. C'est donc, à juste titre que la jurisprudence sénégalaise, par exemple, considère que l'illicéité des clauses de non-concurrence affecte validité¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵³ On remarque qu'il y a des similitudes pour la validité de la durée : elle est fixée à un maximum d'1 an à compter de la fin du contrat du travail par l'article 53, alinéa 2 (RDC), article 31, alinéa 3 (Cameroun), article L.17 alinéa 1 (Mali), article L.35 (Sénégal). On constate également qu'il y a des similitudes quant à la validité dans l'espace : « l'interdiction ne peut toutefois s'appliquer que dans un rayon de Cinquante kilomètres autour du lieu du travail », (article 31, alinéa 3 du code du travail camerounais ; article L.35, alinéa 3 du code du travail sénégalais). Alors que la loi malienne ne fixe cette limite que dans un rayon de 15 kilomètres. Il convient de noter que de nombreuses conventions collectives prévoient des clauses fixant ce que doit être la durée au-delà de laquelle une clause ne peut dépasser.

¹⁷⁵⁴ Cass. soc., 8 mai 1967, *D.* 1967, p. 230, note G. LYON-CAEN : « une clause de non-concurrence est en principe licite et ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail » ; c'est en ce sens également que la Cour de cassation exige du salarié qu'il prouve le caractère excessif de la clause de non-concurrence, cité par M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 333 et p. 334.

¹⁷⁵⁵ PELISSIER (J.), SUPLOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Droit privé, 24^{ème} éd., 2008, p. 341 : ces éminents auteurs critiquent la jurisprudence qui retient une validité de principe des clauses de non-concurrence, cette solution serait juridiquement, socialement et économiquement impropre (Cf. MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 334).

¹⁷⁵⁶ Trib. Trav. Dakar, 3 février 1966 (inédit). Le tribunal a décidé que : « même si l'autorité du travailleur s'exerce en grande partie en dehors du lieu de son affectation principale, l'application territoriale de la clause de non-concurrence doit être limitée à un rayon de 200 kilomètres autour du lieu d'affectation ».

1129. Il en est de même de la prise en considération de l'existence de l'objet et de la cause des clauses de non-concurrence, notamment sur la contrepartie pécuniaire à l'interdiction pour un salarié de faire concurrence¹⁷⁵⁷. Dans les cinq pays étudiés, on admet qu'en période de crise de l'emploi, l'application des clauses de non-concurrence mal rédigées peut s'avérer incompatible avec le respect de la liberté de travail. Ainsi, il n'est pas étonnant qu'une telle situation soit source de contentieux juridictionnel pour violation d'une obligation contractuelle.

1130. Nous rejoignons dans ce sens, Monsieur le Professeur Guillaume DRAGO lorsqu'il indique que : « *le domaine processuel est aussi devenu un terrain privilégié de l'ordre public. Les garanties fondamentales du procès, principe de la contradiction, droits de la défense, peuvent ainsi être qualifiées d'ordre public 'plein' »*¹⁷⁵⁸. En effet, les moyens forment la charpente de l'organisation juridictionnelle et de la procédure qui dépassent les intérêts privés et mettent en jeu les intérêts généraux de la société¹⁷⁵⁹. S'agissant du principe selon lequel l'autorité judiciaire est exclusivement gardienne des libertés individuelles, il est aujourd'hui effectif. D'une certaine manière, le vœu émis il y a quelques décennies par le Doyen RIVERO a été exaucé. En effet, il insistait sur la nécessité de « *restaurer l'autorité du juge en orientant son action non vers la seule répression (...) mais vers la protection effective d'une liberté menacée* »¹⁷⁶⁰. On admet que l'intérêt général peut résider dans la sauvegarde des intérêts particuliers des salariés, pris individuellement, d'autant plus qu'il s'agit du domaine de prédilection du juge.

B. Le juge, protecteur de l'intérêt général

1131. Aborder une réflexion sur la notion d'intérêt général dans une étude comme la nôtre peut, à première vue, s'avérer bien difficile, dans la mesure où la majorité des réflexions menées sur cette question portent sur les domaines de la science politique¹⁷⁶¹ et du droit

¹⁷⁵⁷ Trib. Trav. Dakar, 4 janvier 1973 (inédit), qui considère que : « *sauf clause contraire de la convention collective ou du contrat de travail, il n'est pas nécessaire, pour que la clause soit valable ou efficace qu'une indemnité soit stipulée en faveur du travailleur pour constituer la cause juridique de son obligation* ».

¹⁷⁵⁸ DRAGO (G.), « avant propos », in *L'Ordre public, Rapport 2013, Cour de cassation*,

¹⁷⁵⁹ *Idem*.

¹⁷⁶⁰ RIVERO (J.), « Idéologie et technique dans le droit des libertés publiques », in *Doctrines*, LGDJ, 1980, tome 1, p. 561.

¹⁷⁶¹ RANGEON (Fr.), *L'idéologie de l'intérêt général*, *Économica*, Coll. Politique comparée, 1986.

public¹⁷⁶². Très peu de recherches ont été consacrées à la sphère du droit privé¹⁷⁶³. Faut-il voir là la peur du concept d'intérêt général, comme l'a relevé un auteur ?¹⁷⁶⁴ Ou cela vient-il du fait de l'imprécision de la notion qui est un « *facteur de risque pour les droits et libertés* », comme l'a souligné un autre auteur¹⁷⁶⁵.

1132. Pourtant, de tout temps, la notion d'intérêt général se trouve au centre des débats juridiques, bien qu'elle soit mieux considérée par les spécialistes du droit public. Toutefois, si l'intérêt général est vu comme la fin ultime de l'action publique¹⁷⁶⁶, il apparaît aujourd'hui comme un instrument juridictionnel dans le règlement des litiges tant par le juge administratif que par le juge judiciaire. L'intérêt général tel que défini, ne fait pas l'unanimité, il y a absence de définition claire et précise dans la doctrine. Notion particulière et déterminée, le concept d'intérêt général occupe une place centrale mais non exclusive dans le discours de légitimation¹⁷⁶⁷. Nous pensons que ce concept bien que réellement intégré dans les systèmes judiciaires des pays étudiés, pose tout de même problème dans les contentieux juridictionnels du travail dans la mesure où, il est difficile d'établir la frontière entre l'intérêt privé et l'intérêt général.

1133. On admet que ce concept est un pur produit idéologique, précisément de l'idéologie juridique. Cette dernière a également produit d'autres concepts tels que le sujet, l'objet, la liberté, la volonté, la propriété, la personne, et bien évidemment l'intérêt général (pour ne citer que ceux-ci), qui sont devenus les concepts clés de toute l'idéologie dominante du XIXe siècle, laquelle s'est attachée à penser le *politique* dans son articulation avec le social¹⁷⁶⁸. En effet, le libéralisme pensait le politique par-delà un social dont la division était reconnue et admise, ce qui se manifeste en particulier à travers la notion d'intérêt général, définie non

¹⁷⁶² TRUCHER (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Bibliothèque de droit public, t. 125, LGDJ 1977 ; CAILLOSSE (J.), *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, thèse, Université de Rennes I, 1978 ; MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de droit constitutionnel et de sciences politiques, t. 121, LGDJ, 2004.

¹⁷⁶³ MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, Université Paris I, 2003 ; BOSSON (J.), *L'intérêt général dans le procès pénal*, thèse, Université de Poitiers, 2007.

¹⁷⁶⁴ BOSSON (J.), *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁶⁵ MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de droit constitutionnel et de sciences politiques, t. 121, LGDJ, 2004, p. 103.

¹⁷⁶⁶ DENOIX DE SAINT MARC (R.), vice-président du Conseil d'État, « propos », in : *Rapport du Conseil d'État de 1999 sur l'intérêt général, Études et documents* n° 50.

¹⁷⁶⁷ LEGRAND (C.), RANGEON (F.), VASSEUR (J.-F.), Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général, p. 182, disponible sur www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/11/legrand_al.pdf (consulté le 20 décembre 2018).

¹⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 184.

comme l'expression d'une volonté générale, ou la traduction des « besoins » des différentes catégories sociales, mais comme le résultat d'une opération rationnelle¹⁷⁶⁹.

1134. En droit public, l'intérêt général est souvent qualifié de « *notion indéfinissable* »¹⁷⁷⁰. Dès lors qu'il est admis que la notion d'intérêt général est fonctionnelle¹⁷⁷¹, il convient d'admettre qu'elle est aussi une norme de référence dont le mécanisme intellectuel consiste à légitimer *a posteriori* une certaine combinaison entre les intérêts publics et/ou privés en présence¹⁷⁷². Le Doyen Gérard CORNU a défini l'intérêt général, comme « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* »¹⁷⁷³. Cette dernière définition renvoie à l'idée de contrat social, développée par Rousseau, en ce que l'intérêt général suppose la volonté commune, celle d'une société donnée, c'est-à-dire, l'État en tant qu'entité juridique et politique. La difficulté autour de la notion d'intérêt général conduit à une confusion, entre la question de sa définition et celle de son contenu, ce qui interdit toute possibilité de définition¹⁷⁷⁴. Pour Madame le Professeur Danièle LOSCHAK, la notion d'intérêt général est une « *notion fonctionnelle* », c'est-à-dire *n'ayant aucune homogénéité conceptuelle et se caractérisant uniquement par la fonction qu'elle remplit, qui seule lui confère une véritable unité* »¹⁷⁷⁵.

1135. Cependant, Monsieur le Professeur Jacques CHEVALLIER considère que : « *l'intérêt général se présente comme un principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les sociétés modernes : tout pouvoir, quel qu'il soit, est tenu d'apparaître comme porteur d'un intérêt qui dépasse et transcende les intérêts particuliers des membres ; cette représentation permet d'ancrer la croyance dans son bien-fondé et de créer le consensus indispensable à son exercice. L'intérêt général a ainsi le caractère d'une idéologie matricielle, qu'on retrouvera, sous des formes diverses, dans l'ensemble des institutions sociales : il s'agit toujours de montrer que ceux qui détiennent le pouvoir ne l'exercent pas en leur nom propre mais au nom de l'institution dont ils sont les représentants et pour le plus grand bien des membres du*

¹⁷⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁷⁰ LOCKE (J.), « (...) *the names of simple ideas, and those only, are incapable of being defined* », in : *An Essay concerning human understanding*, Book III, ch.4, para. 7, ed. by J. W. YOLTON, 1974, London, Dent, Everyman's Library, t. 2, p. 27, cité par LEGRAND (C.), RANGEON (F.), VASSEUR (J.-F.), *op. cit.*, p. 185 ; VEDEL (G.), Préface à la thèse de F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 362.

¹⁷⁷² MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁷³ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 565.

¹⁷⁷⁴ LEGRAND (C.), RANGEON (F.), VASSEUR (J.-F.), Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général, *op. cit.*, p. 185.

¹⁷⁷⁵ LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, pp. 138-149.

*groupe ; la référence à l'intérêt général implique un processus de dépersonnalisation du pouvoir, par les vertus de l'institutionnalisation »*¹⁷⁷⁶.

1136. Un auteur a relevé que la difficulté de parvenir à une définition de l'intérêt général de manière substantielle en droit public, était le fait « *de la dispersion des acteurs et de la diffusion de son domaine d'application. Malgré cette fragmentation de l'intérêt général en droit public, il peut être défini comme une notion fonctionnelle, prenant les traits d'une norme de référence. Ce faisant, il s'impose comme le dernier maillon d'un raisonnement. Il est paradoxalement à la fois le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts publics et/ou privés en présence, et le fondement légitimant le caractère raisonnable de cette hiérarchie* »¹⁷⁷⁷. Le Professeur Jacques CHEVALLIER propose de définir l'intérêt général à partir de la notion d'idéologie¹⁷⁷⁸.

1137. En droit privé, étant entendu que l'intérêt général doit être perçu sous angle juridique, la conception de l'État occupe donc une part importante. Or, l'évolution de la société a eu pour conséquence, entre autres, la modification du rôle de l'État dans nombre de domaines. Dans ce contexte, il y a également lieu de se demander si l'intérêt général peut encore être perçu comme un concept exclusif au droit public.¹⁷⁷⁹ Le droit privé serait-il réduit à n'être qu'un droit des petits intérêts, ceux de la société civile, « berceau des intérêts particuliers » ?¹⁷⁸⁰ L'unité de juridiction étant nécessaire pour les juges des deux ordres juridictionnels, nous pensons que l'exclusivité de l'intérêt général n'a plus sa raison d'être. Cela permet ainsi, d'aborder aisément l'analyse de la notion de l'intérêt général en droit privé, en particulier lorsqu'il s'agit de la fonction du juge judiciaire.

1138. Nous rejoignons le Professeur Jacques CHEVALLIER lorsqu'il relève que « *la relation entre intérêt général et intérêts particuliers peut cependant être conçue de manière différente. Dans les pays anglo-saxons, et notamment aux États-Unis, l'intérêt général n'a jamais été considéré comme le produit de la seule délibération parlementaire ou sortant tout armé du cerveau des fonctionnaires : à la base de sa formation, on trouve nécessairement les intérêts*

¹⁷⁷⁶ CHEVALLIER (J.), « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, Dalloz, 2015, p. 83.

¹⁷⁷⁷ MEKKI (M.), *op. cit.*, p.21.

¹⁷⁷⁸ CHEVALLIER (J.), « Réflexions... » autour de l'idéologie de l'intérêt général, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 12.

¹⁷⁷⁹ MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁸⁰ *Idem.*

*particuliers, fragmentaires et concurrentiels, des membres du corps social ; il convient de mettre ces divers intérêts en balance, afin de parvenir au meilleur compromis possible »*¹⁷⁸¹.

Au contraire, en France et en Belgique, tout comme dans les pays d'Afrique francophone concernés, on a toujours fait prévaloir la conception d'un intérêt général comme étant opposé aux intérêts particuliers ; intérêt général et intérêts particuliers ont ainsi été perçus comme étant d'essence non seulement différente, mais encore contradictoire¹⁷⁸².

1139. Dans les pays étudiés, des similitudes sont réelles en ce que le juge est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux, conformément aux prescrits de l'article 6 du Code civil, renforcés par les instruments juridiques de valeur universelle et régionale. S'agissant des litiges individuels du travail, son intervention est tout à fait légitime, dès lors qu'il y a une menace d'intérêt général au sein de l'entreprise. De plus, les éléments constitutifs du contrat sont fréquemment définis autour de la notion d'intérêt¹⁷⁸³, l'intérêt permet la compréhension de la volonté et constitue un facteur d'intelligibilité du contrat¹⁷⁸⁴. Le Doyen Gérard CORNU a défini l'intérêt à partir d'une « *considération d'ordre moral ou économique qui, dans un contrat, préoccupe une personne* »¹⁷⁸⁵. C'est donc en termes d'intégration que les rapports entre l'intérêt général et le contrat doivent être pensés¹⁷⁸⁶.

1140. Ainsi que le souligne un auteur, « *en définitive, les rapports de l'intérêt général et du contrat sous le prisme de la hiérarchie des intérêts sont une affaire d'intégration. La hiérarchie des intérêts est à la fois dogmatique et pragmatique, substantielle et procédurale. Le contrat n'est pas une fin en soi. Il est un élément appartenant à un tout. Il doit s'intégrer à l'ordre social qui lui préexiste et à l'ordre juridique qu'il présuppose. L'intégration juridique d'un contrat peut être retranscrite sous la forme d'une intégration au sein d'une hiérarchie des intérêts au nom de l'intérêt général. Cette intégration est, tout d'abord, dogmatique en ce qu'elle est imposée de manière transcendante par référence à un ensemble de valeurs jugées fondamentales. Elle est, ensuite, pragmatique en ce que le contrat est intégré ou s'intègre à une hiérarchie des intérêts plus concrète, plus mesurée, plus adaptée aux intérêts en présence. Hiérarchie qui est légitimée de manière immanente par le respect d'une procédure*

¹⁷⁸¹ CHEVALLIER (J.), « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, op. cit., p. 85.

¹⁷⁸² *Idem*.

¹⁷⁸³ *Ibidem*, p. 68.

¹⁷⁸⁴ ROCHEFELD (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, p. 79.

¹⁷⁸⁵ CORNU (G.), op. cit., p. 565.

¹⁷⁸⁶ MEKKI (M.), op. cit., pp. 69-70.

*qui renvoie, soit à un contrôle de proportionnalité où le contrat continue d'être l'objet d'une intégration, soit à une procédure contractuelle, où le contrat est le moteur de sa propre intégration »*¹⁷⁸⁷. Les développements illustrent que, contrairement à ce que l'on avance, dans les pays retenus pour notre étude, en dépit du poids non négligeable de la nature informelle des relations de travail, la protection de l'intérêt général n'est pas l'apanage du seul juge administratif, même si l'on reconnaît toutefois que pendant plusieurs décennies, c'est en droit administratif que la notion d'intérêt général a eu le plus d'échos.

1141. Bien au contraire, dès lors qu'il y a atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles, le juge judiciaire est le garant exclusif de la protection des citoyens, par là, des justiciables. Il dispose d'outils les plus efficaces et rapides lors des procédures d'urgence. Par ailleurs, à l'heure de l'unité de la juridiction, nous ne pouvons que proposer de maintenir, voire de développer, le dialogue entre juges, afin d'éviter toute confrontation entre le juge judiciaire et son homologue, le juge administratif. L'intérêt général est, et reste avant tout une affaire des droits de l'homme. Par conséquent, toute discussion autour de la compétence du juge nous paraît dépassée. L'État de droit est confirmé par son organisation dont l'intérêt général est l'élément cardinal. Dès lors, il n'est pas étonnant que le juge s'en serve lorsque l'intérêt du salarié est menacé ; d'une certaine manière, cela résume aussi le contrat social de Rousseau.

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 75.

Conclusion du Chapitre 1

1142. Au terme de cette analyse concernant les réflexions autour de l'intervention du juge à partir du cas des litiges individuels du travail dans les cinq pays d'Afrique francophone retenus, nous sommes en mesure d'affirmer qu'elle est bien réelle. Ainsi, il est tout à fait logique qu'elle soit constamment au centre des débats démocratiques. Historiquement, la justice a laissé dans le chef des politiques, une méfiance permanente. Si, du côté des politiques, cette méfiance est discutée, elle s'est aujourd'hui étendue aux citoyens et aux justiciables et nous paraît justifiée.

1143. Nous pouvons, sans audace, paraphraser Montesquieu en disant qu'aucun organe ne devrait avoir plus de pouvoirs que d'autres. Tel est le sens de la séparation des pouvoirs. Ainsi, ce n'est pas en vain que la justice, en Afrique francophone, reste symbolisée par le glaive et la balance, ce qui par ailleurs, confirme la convergence entre les systèmes des pays étudiés. Il résulte de ces développements que, dans cette région, une confusion est née et maintenue dans les textes fondamentaux qui parlent d'un « pouvoir » au lieu d'une « autorité » judiciaire, alors que la conception retenue du principe de la séparation des pouvoirs ne permet pas de parler véritablement de l'existence d'un pouvoir judiciaire. Toute affirmation contraire sous-entend que l'institution judiciaire, particulièrement le juge, est totalement autonome, au même titre que le pouvoir politique.

1144. Nous avons démontré que dans les cinq pays étudiés, l'intervention du juge dans les cas des litiges individuels du travail connaissent une crise réelle. Elle est la conséquence de politique retenue par l'exécutif depuis plusieurs décennies, ayant pour résultat la méfiance envers la fonction du juge. Cette méfiance dont il est question, fait de l'institution judiciaire dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés le parent pauvre de toutes les institutions étatiques. Si on admet l'existence des conditions difficiles du juge dans les pays étudiés, force est de constater que le juge de la RDC est particulièrement le plus exposé du fait de l'absence d'amélioration des traitements (conditions de vie et de travail). Ainsi, rien qu'au mois de mai 2020, la magistrature congolaise a perdu 15 chefs de juridictions sur l'ensemble du territoire national, à chaque fois, les frais funéraires sont pris en charge soit par la famille biologique du défunt, soit par des tiers (cotisation volontaire) en lieu et place de l'État. Nous pensons que cette situation est l'une des causes de la corruption observée au sein de l'institution judiciaire. Ainsi, nous pensons que la revalorisation de la fonction du juge est plus que nécessaire.

1145. L'analyse a mis en évidence l'accroissement des pouvoirs du juge dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés. En effet, de manière générale, du simple arbitre neutre voulu par le Professeur Henri MOTULSKY, le juge est devenu actif, ce qui lui permet, à la fois de bien conduire l'instance et de rechercher la solution au litige sans être totalement lié aux prétentions des parties. Ces dernières conservent toutefois la détermination de l'objet du litige.

1146. Néanmoins, l'office du juge a été redéfini. De l'ancien adage « *Donne-moi les faits, je te donnerai le droit* », on est passé à un autre adage : « *Donne-moi les faits, donne-moi le droit, je te donnerai un jugement* ». En d'autres termes, les parties déterminent mais ne contrôlent pas l'instance, car, *in fine*, le juge exerce sa fonction juridictionnelle en contrôlant la conformité de la règle. Par ailleurs, l'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur des faits en dehors du débat reste la règle. La faculté qui lui est reconnue de décider sur des faits notoires et la règle d'expérience juridique en constituent l'exception qu'il utilise. Toutefois, cette exception fait l'objet d'un contrôle strict en cas de pourvoi, la Haute juridiction n'hésitant pas à sanctionner toute atteinte à la règle, qui demeure l'un des pivots des droits de la défense.

1147. Nous avons vu que le juge était détenteur de l'*imperium* et de la *jurisdictio*, ce qui le différencie de l'arbitre. Ce dernier ne dispose que de la *jurisdictio*. Or, si théoriquement l'*imperium* suppose la force publique, notamment dans l'exécution du jugement prononcé, s'agissant de certains pays d'Afrique francophone étudiés, par exemple, la Guinée et la RDC, en matière des litiges individuels du travail, il est fréquent de constater la mise à mal de l'*imperium*, notamment par le refus volontaire de la partie condamnée d'exécuter un jugement pourtant doté de l'autorité de la force jugée. Cet affaiblissement de l'*imperium* est aussi celui des fonctions du juge. Ainsi, face à la multiplication des cas similaires observés sur l'ensemble du territoire national, notre proposition qui consiste à vulgariser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends a tout son intérêt. Le juge n'interviendrait que pour l'homologation de l'acte signé par les parties au litige.

1148. Il résulte donc de cette analyse que le juge « judiciaire » est exclusivement compétent pour garantir les droits sociaux fondamentaux et les libertés individuelles, lesquels sont également partie intégrante des droits de l'homme et du citoyen dont la portée internationale

et universelle a un impact en droit positif des pays d'Afrique francophone étudiés. Les droits de l'homme sont aujourd'hui une discipline transversale de ce point de vue une part importante en matière de droit du travail devrait donc lui être consacrée. Dans les litiges individuels du travail, le juge reste exclusivement compétent toutes les fois que l'ordre public et l'intérêt général sont menacés.

Chapitre 2- La revalorisation de l'intervention du juge

1149. Depuis trois décennies, l'intervention du juge dans les cinq pays d'Afrique francophone concernés par notre étude connaît une crise, ainsi, nous pensons que cette intervention nécessite d'être revalorisée. Dans la plupart des pays étudiés, tels que le Cameroun, la Guinée, le Mali et la RDC, les juges des Cours d'appel et des tribunaux ont le sentiment d'être les « laissés- pour- compte » de l'institution judiciaire, notamment par la non prise en compte de leurs revendications professionnelles.

1150. Ainsi, contrairement à d'autres pays concernés, le Cameroun par exemple, où les magistrats n'ont pas le droit de faire la grève, en RDC, les juges, quand ils le décident, n'hésitent pas à observer la grève effective. À la dernière grève du mois de février 2020, par exemple, le syndicat national autonome des magistrats du Congo (SYNAMAC), par la voix de son président Monsieur Anadolu ISOFA, a fustigé : « (...) *la non-réduction des écarts énormes entre les traitements des membres d'un même corps (...) et que dans ces conditions, (...) on ne peut pas prétendre vouloir combattre la corruption avec des magistrats les plus mal payés du système OHADA dont on est membre* »¹⁷⁸⁸.

1151. Nous pensons que cette revalorisation de l'intervention du juge doit se faire à la fois en termes d'amélioration du barème salarial et de conditions de travail du juge. Ceci peut passer par un renforcement des moyens dont le juge a besoin pour remplir ses missions. Dans la mesure où les atteintes des citoyens et des justiciables sont considérables, il est nécessaire de revaloriser l'intervention du juge aux fins de parvenir à une justice de qualité. Le sens originel de l'intervention du juge est l'accomplissement de son pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire de trancher le litige. L'intervention du juge suppose également la possibilité de créer la norme « en dernier ressort », devant le vide. En fait, le juge doit appliquer la loi, y compris en l'interprétant, c'est-à-dire en l'adaptant au litige d'espèce, au contexte ou à l'époque avant de rendre sa décision. Il s'agit, en réalité d'une intervention qui comporte d'énormes contraintes à l'égard du juge lui-même et vis-à-vis des justiciables. Le juge ne peut parvenir à exercer son pouvoir juridictionnel que s'il bénéficie d'une indépendance réelle.

¹⁷⁸⁸ www.radiookapi.net, (consulté le 10 février 2020).

1152. L'indépendance du juge dans les pays étudiés ne constitue pas en soi un privilège, elle est une condition sans laquelle on ne peut pas parler de justice réelle. Il s'agit plutôt d'une charge du juge dans l'exercice de sa mission. De ce fait, l'indépendance est une des conditions par lesquelles le juge rend justice conformément aux prétentions des parties qui lui demandent de les départager. Cela exige surtout que le juge ne soit pas corrompu, ni inféodé au pouvoir politique. Pour cela, il doit rendre sa décision en toute impartialité afin de garantir l'indépendance de son intervention. Or, le respect des règles d'indépendance n'est effectif que d'une part, si le juge se fonde sur la loi et les preuves qui lui sont présentées par les parties, d'autre part, s'il montre qu'il agit sans influence extérieure, quelle que soit la partie, fût-elle un tiers au litige qu'il connaît. De manière générale, le juge est bénéficiaire d'abord de la confiance de sa hiérarchie, ensuite de celle de ses collègues, enfin de celle des justiciables. Il s'ensuit que la perte de confiance par l'un des intervenants peut inéluctablement affecter l'office du juge.

1153. De même, on sait que la revalorisation doit concerner le statut dont bénéficie le juge, tout comme la déontologie et l'éthique de la magistrature. Ces deux derniers attributs forment un *tandem* nécessaire qui assure l'immunité totale reconnue au juge dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Nous pensons que si dans les Cinq pays étudiés, le juge doit être indépendant dans l'exercice de sa mission, cette indépendance ne doit pas seulement être détenue par l'organe de contrôle qu'est le Conseil supérieur de la magistrature « CSM », organe que l'on trouve dans ces cinq pays.

1154. Cette indépendance doit être également individuelle, c'est-à-dire, attachée à la personne du juge. C'est pourquoi, il importe que le juge fasse preuve de personnalité et de capacité intellectuelle, chaque fois qu'il intervient dans un litige. Ce sont là des qualités que les justiciables attendent de toutes les parties. En réalité, dès sa prise de fonction, le juge est seul, mais il doit également être capable de travailler en équipe.

1155. Néanmoins, cette qualité ne doit pas l'empêcher d'être connecté à son environnement professionnel et social afin de ne pas être isolé de la société. Cette qualité s'apparente au rôle social du juge. C'est justement pour cela nous pensons que le juge doit bénéficier d'une certaine stabilité sociale, il ne doit pas être dans une situation « d'indigence » avérée pendant toute la durée de l'exercice de ses fonctions mais également après son départ à la retraite. Par conséquent, il y a lieu de considérer que cette revalorisation passe inéluctablement par la

nécessité de restaurer l'attractivité de l'intervention du juge (**Section 1**) et, par la reconnaissance des traitements acceptables dus au juge (**Section 2**).

Section 1- La nécessité de restaurer l'attractivité de l'intervention du juge

1156. L'attractivité est un concept qui n'est pas défini par la doctrine. Le dictionnaire Larousse y fait référence et parle du « *caractère de ce qui est attractif* », c'est-à-dire qui « *plaît, séduit et attrayant* ». Très à la mode, ces deux dernières décennies, la notion d'attractivité est plus utilisée en sciences économiques. Il demeure que le concept est multidimensionnel, ce qui explique que de nombreuses disciplines en font recours, y compris les sciences juridiques. En ce qui concerne l'objet de notre étude nous nous référerons au terme d'attractivité pour viser l'ensemble des voies d'amélioration des conditions de recrutement et d'exercice de la profession du juge que les pouvoirs publics peuvent mettre en œuvre pour encourager plus de monde à intégrer la magistrature afin de répondre aux besoins du service public de la Justice.

1157. Dans les pays d'Afrique francophone étudiés, les crises économiques des années quatre-vingts ont eu, entre autres choses, pour conséquence, l'augmentation du chômage, en particulier chez les jeunes diplômés de l'Enseignement supérieur. Ainsi, il est communément admis que l'accès à la Fonction publique reste un bon moyen de stabilité sociale, du fait de la garantie d'emploi qu'elle offre, y compris dans la Magistrature. Or, force est de constater que, durant ces trois dernières décennies, la dégradation des conditions d'exercice des fonctions du juge a mis à mal le prestige qu'on lui reconnaissait antérieurement. Aujourd'hui peu de jeunes participent au concours d'entrée à l'École de formation de la Magistrature. Qui plus est, certains juges avec lesquels nous avons pu échanger dans les pays étudiés, souhaitent y compris quitter la Magistrature s'ils trouvent mieux dans le secteur privé, confirmant ainsi l'existence d'un malaise. Nous pensons que l'enjeu central est de rendre l'intervention du juge attractive, en particulier auprès des jeunes diplômés des facultés de droit car c'est également dans cette catégorie qu'il y a des préjugés « image négative qui pèse sur les fonctions du juge » liés au métier du juge restent tenaces.

1158. D'abord, il s'agit d'un travail de sensibilisation qui, selon les pays concernés, doit se faire en amont dans les universités, une solution pratique pour les cinq pays étudiés, et en aval

dans les écoles de formation de la magistrature, notamment avec la culture des journées « portes ouvertes » qui n'existe pas dans les pays concernés, dans une moindre mesure, en RDC où cette école n'est pas encore opérationnelle.

1159. Ensuite, il convient de renforcer les liens entre l'école de formation et les juridictions. La problématique est de mettre en avant les actifs de l'intervention du juge, ce qui est une opportunité de mieux comprendre le fonctionnement interne de l'appareil judiciaire, y compris de ses différents acteurs (magistrats, greffiers, huissiers de justice, avocats). D'autres initiatives peuvent permettre l'immersion d'un programme d'enseignement au sein des écoles de formation de la magistrature. En effet, on constate que dans les cinq pays concernés, la formation universitaire est générale dans les matières classiques enseignées. Ainsi, le jeune juriste est démuné de toute formation moderne qui répond aux besoins de la vie des affaires.

1160. Nous pensons que certains enseignements (droit d'investissement, droit comparé, informatique, communication, etc) doivent être insérés dans le cursus car c'est bien les litiges relevant de ces matières qui mettent parfois en difficulté le juge fraîchement nommé. S'agissant de la RDC par exemple, sur le plan pratique, les travaux dirigés portant sur le commentaire d'arrêt, le cas pratique et la dissertation juridique doivent être obligatoires. Dans ce pays, le fait que ces dernières années, les personnes privées (ONG) telle que l'association des jeunes magistrats « AJM » prennent des initiatives de « formation continue » nous paraît inquiétant parce que cela s'apparente à une sorte de « privatisation » du service public de la justice.

1161. Enfin, adapter les formations dispensées au contexte de l'époque et aux réalités locales de chaque pays concerné. La revalorisation de l'intervention du juge suppose également que l'institution judiciaire s'attache à proposer à chaque juge une réelle perspective d'évolution de carrière, à gravir les marches de la hiérarchie judiciaire, quel que soit le lieu d'affectation. Si l'enjeu de revalorisation est de faire monter en compétence chaque juge en place par la formation interne, il reste qu'une meilleure formation continue, tout comme une reconnaissance plus grande des acquis de l'expérience contribueraient à rendre attractive l'intervention du juge.

1162. Aussi complète puisse être la formation, le métier de juge fait appel à des qualités humaines qui sont requises pour assumer les fonctions de juge. Le juge remplit la mission

d'appliquer la loi à des cas particuliers lors des litiges individuels du travail, c'est-à-dire qu'il fait respecter la règle de droit dans l'entreprise. C'est dans une démarche constructive qu'il nous est paru opportun de mener une réflexion sur cette crise. Il convient dès lors de pouvoir distinguer d'une part, les facteurs d'évaluation de l'attractivité de l'intervention du juge dans les litiges individuels du travail (§ 1), d'autre part, la nouvelle approche managériale de cette fonction (§ 2).

§ 1. Les facteurs d'évaluation de l'attractivité de l'intervention du juge dans les litiges individuels du travail

1163. L'analyse de l'attractivité de l'intervention du juge suppose la mise en évidence des facteurs qui doivent être évalués en amont. D'une part, le capital humain et la qualité de la formation initiale et de la formation continue sont indispensables à toute recherche de solutions. Les modes de recrutement traditionnels ont montré des limites qui nécessitent de repenser d'autres voies peu ou non exploitées dans les pays d'Afrique francophone étudiés. Dans les cinq pays concernés, la tradition veut que pour devenir juge, la personne doit satisfaire à un concours organisé par le ministère de la justice, en fonction des besoins prévisionnels et des données budgétaires, conformément aux exigences de la Fonction publique étatique. En somme, on admet qu'il s'agit de la mise en application d'un principe universellement connu selon lequel : *« Tous les citoyens, étant égaux (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »*¹⁷⁸⁹.

1164. Par cette modalité de recrutement, l'objectif est d'assurer l'égalité des chances entre candidats, et de vérifier un bon niveau de base et d'aptitude pour l'accès aux fonctions du juge, indifféremment de l'origine sociale. Dans les cinq pays étudiés on constate que, l'organisation des différents concours (externe, interne, complémentaire) est assurée par l'École de formation de la magistrature en collaboration avec des centres d'examen installés le plus souvent dans les cours d'appel de la capitale. Aujourd'hui, Cette modalité qui est censé permettre au mieux de contrôler des compétences juridiques n'assure pas la pérennité de ces dernières. La formation dispensée à l'École de la magistrature ne doit pas être

¹⁷⁸⁹ Article 6 §2 de la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789.

prédominée par les matières classiques déjà étudiées à la faculté de droit, elle doit être différente, grâce à l'aspect pratique et à la discipline.

1165. L'attractivité de l'intervention du juge pendant sa formation doit également inclure une phase « d'initiation » à la pratique des affaires, notamment par la possibilité des stages, au choix ou en fonction de disponibilité, dans l'entreprise, à la banque, dans certaines administrations étatiques et en cabinet d'avocats. Nous pensons que, l'accomplissement du stage (sur une période de vingt et un jours) du futur juge chez un avocat est particulièrement indispensable eu égard à l'importance du rôle de ce dernier acteur de justice dans l'exécution de la plupart d'actes de justice. Par ailleurs, si on peut admettre sans réserve le maintien de la formation pratique auprès des tribunaux, nous pensons qu'elle doit se faire en priorité auprès des tribunaux « pilotes » qui doivent être équipés et habilités à former des juges stagiaires. D'autre part, l'approche retenue dans la plupart de ces États quant aux conditions d'exercice d'intervention du juge, n'incite pas les candidats à entrer dans la Magistrature. L'intervention du juge ne connaîtra pas d'attractivité si les conditions de son exercice ne sont pas prises en compte. Le fait que l'organisation judiciaire dans les pays étudiés soit pyramidale ne permet pas au juge de bénéficier d'un avancement automatique à l'ancienneté. Ainsi, nous pensons qu'il est nécessaire qu'au fur et à mesure que l'on monte de la base que soient organisés des procédés de choix, telle que l'aptitude du juge.

1166. Dès lors que, l'attractivité est retenue comme une solution à la crise que connaît l'intervention du juge dans les cinq pays étudiés, elle doit faire l'objet d'une évaluation. Celle-ci requiert d'une part, la nécessité de reconnaître une plus grande indépendance **(A)**. D'autre part, il doit s'agir de la nécessité d'inciter à plus de responsabilités du juge **(B)**.

A. La nécessité de reconnaître une plus grande indépendance

1167. La reconnaissance de plus d'indépendance est une exigence pour l'intervention du juge. S'agissant des pays d'Afrique francophone étudiés, la notion d'indépendance, même si elle n'est que théorique, requiert que l'indépendance du juge soit à la fois fonctionnelle et matérielle, car elle est au cœur de sa profession. En effet, comme nous l'avons vu, le juge, bien qu'étant seul dans son office, appartient à une institution, c'est-à-dire à un corps, celui de la Magistrature, qui doit être indépendant des autres pouvoirs. De ce point de vue, nous pensons que l'approche québécoise a le mérite de considérer l'indépendance de l'autorité

judiciaire plutôt que celle du juge car il est difficile pour un juge pris individuellement, d'être libre si l'institution à laquelle il appartient est inféodée au pouvoir politique. Le fait que la Magistrature soit strictement hiérarchisée ne change rien à l'inamovibilité dont bénéficie le juge, ni à l'indépendance de l'autorité judiciaire. Tel est le sens de l'indépendance fonctionnelle.

1168. Il en va de même pour le Conseil supérieur de la Magistrature¹⁷⁹⁰, organe de contrôle et de régulation de l'intervention du juge qui doit demeurer totalement indépendant des pouvoirs politiques afin de bien accomplir sa mission. En outre, dans la mesure où dans les cinq pays étudiés, tous les magistrats sont avant tout des fonctionnaires, l'indépendance fonctionnelle permet de garantir au juge un statut social qui le distingue des autres fonctionnaires de l'État. Par ailleurs, l'intervention du juge doit également bénéficier de l'indépendance matérielle. Cette dernière, si elle ne s'oppose pas à l'indépendance individuelle du juge, vient la compléter. En quelque sorte, elle en est le bras droit, sans quoi celui-ci est fragilisé dans l'exercice de sa profession.

1169. C'est aux responsables politiques de reconnaître et d'assurer l'indépendance matérielle du juge. En effet, le constat est le même dans les pays d'Afrique francophone étudiés, les modes traditionnels du recrutement du juge ont montré leurs limites : si le système du concours ne doit pas être abandonné, en ce qu'il assure une égalité minimale entre les candidats, il doit néanmoins être repensé dans sa substance, d'abord, s'agissant du premier mode de recrutement réservé aux jeunes diplômés des Facultés de droit. Le fait que nombreux des pays étudiés retiennent l'âge minimum de 21 ans, par exemple, pour concourir, est un facteur d'insécurité juridique, au-delà de la compétence intellectuelle du juge fraîchement sortit de son École de formation. Nous pensons qu'en début de carrière par exemple, le juge ne devrait pas être isolé dans son office. Il est important qu'il connaisse bien son environnement professionnel et le public auprès duquel il exerce sa mission. On admet par ailleurs que, dans les pays étudiés, la conception de l'intervention du juge suppose une forme de culture polyvalente, des connaissances juridiques mais aussi autres que juridiques afin d'administrer correctement la justice. L'intervention du juge ne se limite pas à la résolution de différends ; on lui demande, de plus en plus, de s'atteler à de vastes questions concernant les

¹⁷⁹⁰ Les cinq pays concernés par notre étude disposent d'un Conseil supérieur de la Magistrature.

valeurs sociales et les droits de l'homme¹⁷⁹¹. Il n'est pas rare que ces questions touchent également l'articulation des ordres juridiques, et des coutumes qui occupent une place importante dans la plupart des cinq pays étudiés.

1170. Comme nous l'avons indiqué, l'exercice des missions de juge, conduit à prendre des décisions lourdes de conséquences notamment en ce qui concerne la liberté individuelle des justiciables, et au-delà, les intérêts de la société. Ainsi, un juge, coupé de la réalité, sera vraisemblablement moins efficace ; de fait, il n'est ni dans l'intérêt de son épanouissement personnel, ni dans celui des justiciables qu'un juge soit exagérément isolé de la communauté qu'il sert ; il devrait donc, dans les limites compatibles avec ses fonctions, demeurer en contact avec la communauté¹⁷⁹². La capacité d'appréhender les choses est un facteur à prendre en compte au même titre que ceux contribuant à la qualification du juge ; enfin de compte, ce dernier doit être charismatique.

1171. Le Doyen CARBONNIER a souligné que « *le charisme était la qualité extraordinaire d'une personne qui, en vertu de ses attributs, ou surnaturels, ou divins ou surhumains est prise pour chef. Le juge charismatique va ainsi se caractériser par une personnalité extraordinaire, il est un « inspiré, un prophète juridique, tels les druides dans la Gaule* »¹⁷⁹³. Le juge charismatique peut, à certains égards, se distinguer d'un autre juge en ce qu'il tranche en fonction de son charisme qui peut être soit l'intime conviction, soit la charité et soit la transaction hors critères juridiques. Prenons l'exemple du juge Magnaud. Comme on a pu le constater, nombre de jugements rendus par le « phénomène juge Magnaud » étaient charismatiques¹⁷⁹⁴. *L'affaire Manard* illustre parfaitement ce caractère charismatique : « *Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P....elle n'avait pas d'argent, et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis 35 heures ; que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps... qu'il est regrettable que dans une*

¹⁷⁹¹ Voir la formulation retenue dans les *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, signés sous l'égide des Nations Unies en 2013. Il convient de noter que ces « Principes » constituent un *Recueil de Principes* auxquels tous les systèmes judiciaires et juridiques peuvent adhérer sans réserve. Ils ont été approuvés par le Conseil économique et social de l'ONU en 2006. Ces principes traduisent les hautes traditions se rapportant à la fonction judiciaire telle que perçue par toutes les cultures et tous les systèmes juridiques. De ce fait, on peut affirmer qu'il s'agit d'un instrument juridique de valeur universelle qui sert de référence à de nombreuses législations régionales, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. De même, certaines législations nationales s'en sont servies pour réformer leur arsenal juridique.

¹⁷⁹² Cf. *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, www.unodc.org, consulté le 10 février 2019.

¹⁷⁹³ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, in Cours de D.E.S., Paris II, 1973-1974, p. 37.

¹⁷⁹⁴ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 41.

*société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille puisse manquer de pain autrement que par sa faute, que lorsqu'une pareille situation se présente... le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi »*¹⁷⁹⁵.

1172. Ces deux dernières décennies, on constate qu'il y a une convergence dans le mode de recrutement des pays concernés par notre étude, où l'accès à la profession du juge par la voie latérale constitue un enjeu important. De plus, nous pensons que la formation dont bénéficie le juge, tant à l'École de Magistrature (formation initiale) que durant l'exercice de sa carrière (formation continue), doit être réformée. En effet, comme l'intervention du juge est la clé de voûte de l'État de droit, il est nécessaire qu'à l'avenir les juges des pays étudiés bénéficient d'une formation d'une durée d'au moins 36 mois. À cela s'ajoute la période de stage académique. Enfin, le déroulement de la carrière du juge est la source principale du déclin de l'intérêt à l'accès à la fonction. La restauration de l'attractivité de l'intervention de juge passe par là. Nous pensons que les pouvoirs politiques des pays, dans une moindre mesure ceux du Sénégal et de la Guinée qui font preuve d'une considération effective de l'indépendance du juge, feraient mieux d'appliquer les dispositions qui prévoient la dotation du budget autonome du fonctionnement de la Justice par le Conseil supérieur de la Magistrature de leur pays. C'est seulement à cette condition que l'on pourrait être exigeant et responsabiliser le juge.

B. La nécessité d'inciter à plus de responsabilités du juge

1173. Dans les sociétés africaines modernes étudiées, le plus souvent, la question de la responsabilité du juge surgit à la suite de scandales juridiques, en même temps que la question de sa légitimité. Or, comme l'a relevé Paul RICOEUR, la responsabilité est un concept flou : *« D'un côté, le concept paraît encore bien fixé dans son usage juridique classique : en droit civil, la responsabilité se définit par l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute et dans certains cas déterminés par la loi ; en droit pénal, par l'obligation de supporter le châtement. On peut observer la place donnée à l'idée d'obligation : obligation de réparer ou de subir la peine. Est responsable quiconque est soumis à ces obligations. Tout cela paraît clair. Mais, d'un autre côté, - ou plutôt de plusieurs côtés à la fois -, le flou*

¹⁷⁹⁵ C.A. Amiens, 5 mars 1889, II, p. 1, note Roux, cité par J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 42.

envahit la scène conceptuelle (...) l'adjectif responsable entraîne à sa suite une diversité de compléments (...)»¹⁷⁹⁶.

1174. Par conséquent, nous pensons qu'il faut appréhender le concept de responsabilité avec prudence, notamment lorsqu'on réfléchit à l'intervention du juge. RICOEUR poursuivait en affirmant que, « *Dans ces emplois diffus, la référence n'a pas disparu ; elle est devenue celle de remplir certains devoirs, d'assurer certaines charges, de tenir certains engagements. Bref, c'est une obligation de faire qui excède le cadre de la réparation et de la punition* »¹⁷⁹⁷. Nous pensons que la question de la responsabilité du juge est inséparable de celle de la déontologie, avec laquelle elle forme un *tandem*. De manière générale, s'il est admis que la question de la responsabilité du juge doit être abordée après le concours d'entrée à l'École de formation, nous pensons qu'elle peut également permettre au juge d'approfondir ses capacités au cours de sa formation initiale. Le fait de mettre l'accent sur la responsabilité du juge est un moyen efficace pour permettre à ce dernier d'améliorer ses compétences individuelles. Il s'agit, en particulier, d'inculquer au juge, une culture d'auto-perfection de ses connaissances théoriques qui, dans certains des pays étudiés sont insuffisantes¹⁷⁹⁸, du fait de la courte durée de la formation assurée dans la plupart d'Écoles de formation de Magistrature.

1175. S'agissant de la déontologie du juge dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés, on peut se référer à l'Avocat général SERVANT qui notait qu' « *un magistrat peut bien cacher quelque temps son ignorance sur les lois ; des objets si sérieux ne sont guère le sujet des frivoles entretiens des hommes : mais ce qu'il ne cachera jamais, c'est son inaptitude à juger (...) ; ce qu'il ne cachera jamais, sa crédibilité ou son obstination, ses préventions, ses préjugés, les caprices de son humeur, son ignorance des mœurs et du caractère des hommes : voilà ce que sa famille, les domestiques, ses amis, sa société savent longtemps avant lui, et bien mieux que lui* »¹⁷⁹⁹. Le juge doit être imprégné d'une déontologie professionnelle qui s'accompagne d'une obsession d'apprendre, de se cultiver davantage.

1176. Cette activité personnelle du juge ne s'oppose pas à la formation continue, bien au contraire, cette dernière vient dynamiser l'expérience acquise sur le terrain. Comme pour la

¹⁷⁹⁶ RICOEUR (P.), *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, Esprit 1994, pp. 28-48, spéc., p. 28.

¹⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 29.

¹⁷⁹⁸ À la différence du Cameroun, du Mali et du Sénégal, on constate qu'en Guinée, tout comme en République démocratique du Congo, la formation des magistrats ne dépasse pas vingt quatre mois.

¹⁷⁹⁹ SERVANT (J.M.A.), *op. cit.*, p. 19.

formation continue, il s'agit d'une activité privée du juge, elle est avant tout personnelle, elle consiste à la mise à jour ou à l'acquisition de connaissances ; elle doit être encouragée par les chefs de juridictions et, éventuellement, prise en charge par la hiérarchie lorsqu'il s'agit de sessions organisées en dehors de la juridiction d'attache. Nous pensons que la responsabilité constitue un moyen supplémentaire d'instaurer le dialogue entre juges, en ce sens qu'il leur permet, lors de rencontres, de mutualiser leurs réflexions, leurs expériences, de créer des réseaux non institutionnels et de renforcer les réseaux institutionnels entre personnes du même corps. Sans vouloir reprendre la liste exhaustive des initiatives connues et qui fonctionnent¹⁸⁰⁰, nous pouvons citer, à titre exemple, l'Association des hautes juridictions de cassation partageant l'usage du français (AHJUCAF) ; celle-ci contribue à la publication des arrêts rendus par les cours suprêmes des pays francophones d'Afrique francophone concernés par notre étude. On sait que de nombreux instruments juridiques internationaux et régionaux reconnaissent la pertinence de ces initiatives permettant l'amélioration de la qualité de la justice dans cette région.

1177. Tout travail humain n'est pas exempt d'erreurs et l'intervention du juge en fait partie. De plus, en droit, toute erreur peut être corrigée par la voie des recours juridiques prévue et, dans une moindre mesure, par la réparation mise à la charge de l'État du fait des actes posés par le juge. Tel est le sens de la procédure des dommages et intérêts. Il reste que l'intervention du juge n'est légitime que si elle bénéficie et inspire de la confiance du public.

1178. Comme l'a justement rappelé un juge, « *l'autorité de la Cour (...) qui ne tient pas les cordons de la bourse ni ne brandit le glaive (...) repose en dernière analyse sur la confiance indéfectible du public en sa sanction morale. Ce sentiment doit être nourri par le total détachement de la Cour, dans les faits et en apparence, face aux démêlés politiques, et par son refus de se mêler aux affrontements entre forces politiques lors de règlements politiques* »¹⁸⁰¹. Comme nous l'avons vu, le juge est dépositaire d'un *imperium* dont il doit se servir en toute impartialité et intégrité, dans les limites prévues par la loi, car c'est de cela dont dépend l'efficacité de sa mission. Toute décision d'un juge doit être motivée afin de

¹⁸⁰⁰ En ce sens voir : Association internationale des procureurs et poursuivants francophones (AIPPF) ; Conférence internationale des barreaux de traditions juridiques commune (CIB) ; Association africaine des hautes juridictions francophones (AAJF) ; Réseau des responsables nationaux de la formation judiciaire (regroupant le réseau africain des structures nationales de formation judiciaire) ; Réseau francophone de diffusion du droit (RF2D) ; Association Henri Capitant ; Barreau pénal international, etc.

¹⁸⁰¹ V. *Baker c. Carr*, Cour suprême des États-Unis d'Amérique (1962) 369 US. 186, Opinion du Juge FRANKFURTER, cité in *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, op. cit..

témoigner de son indépendance et de son impartialité. Il est admis, de manière constante en jurisprudence, que la motivation constitue le corollaire indispensable du principe de bonne administration de la Justice¹⁸⁰². Ainsi, du fait de l'obligation de motivation, le juge se voit contraint de faire preuve d'une certaine rigueur dans le raisonnement, d'avancer des arguments objectifs, exclusivement conformes aux règles du droit applicable¹⁸⁰³. À travers la motivation, c'est le respect des droits des parties qui est poursuivi, en particulier celui de faire entendre leurs prétentions respectives.

1179. La qualité d'une décision de justice tient à sa motivation. Ainsi, le défaut de motivation d'une décision ou son caractère minimal ou vague, s'apparente à un déni de justice¹⁸⁰⁴. Nous pensons que le fait pour une disposition légale de dispenser ou de rendre optionnelle la motivation de la décision du juge constitue une insécurité juridique et, par là même, un moyen de privilégier la paresse intellectuelle décriée du juge dans les pays d'Afrique francophone étudiés. En effet, il est, par exemple, curieux d'observer, qu'un arrêt rendu par une Cour de cassation ne tienne qu'en deux pages. Cela soulève l'épineuse question du recrutement des juges appeler à rendre des décisions fondées sur des critères objectifs. La sélection de ces derniers ne doit pas être uniquement politique, car cela ouvre la voie à une inféodation de la Justice au pouvoir politique. De même, nous ne pensons pas que l'ancienneté d'un juge doit constituer un critère d'accession à un grade supérieur. Ainsi, certains juges devraient attendre leur départ à la retraite sans être promus à la Cour de cassation. D'une certaine manière, dans certains des pays étudiés, comme la Guinée et la RDC, cette dernière juridiction est transformée en « dernière étape » avant le départ à la retraite de nombreux juges.

1180. La lecture des textes régissant la profession du juge, dans les pays étudiés, révèle l'exigence d'un diplôme de doctorat en droit pour siéger à la Cour de cassation et au Conseil

¹⁸⁰² CEDH, *Aff. Garcia Ruiz c. Espagne*, GC n° 30544/95, 21 janvier 1999, § 26. Litige né sur l'interprétation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, la Cour rappelle que si l'article invoqué consacre le droit à un procès équitable, le respect d'une procédure contradictoire doit être considéré comme l'accomplissement de cette exigence : « Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève dès lors au premier chef du droit interne et des juridictions nationales. Que le requérant a bénéficié d'une procédure. Il a pu, aux différents stades de celle-ci, présenter les arguments qu'il jugeait pertinents pour la défense de sa cause. Par conséquent, la décision de rejet de sa prétention prononcée en première instance était amplement motivée, en fait et en droit ».

¹⁸⁰³ CEDH, Grande Chambre, *Aff. Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, 16 novembre 2010, § 97.

¹⁸⁰⁴ CEDH, *Georgiadis c. Grèce*, n° 21522/93, 29 mars 1997, § 42-43 ; CEDH, *Higgins c. France*, n° 134/1996/753/952, 19 février 1998, § 42-43.

d'État. Or, force est de constater, par exemple, que les nombreuses nominations, en RDC¹⁸⁰⁵, se font en toute violation de ces textes, avec l'aval du CSM, pourtant censé contrôler les dossiers des candidats. La responsabilité est l'affaire de l'État, bien sûr, mais aussi et surtout celle du juge ; elle constitue un des meilleurs gages contre l'arbitraire du juge dans le traitement des litiges individuels du travail. Toutefois, elle doit être sincère et faire suite à une réflexion personnelle du juge, c'est-à-dire éviter toute immixtion de tiers intéressés en vue du dénouement du litige¹⁸⁰⁶. On rappellera que dans les pays africains étudiés, la responsabilité du juge doit résulter du *savoir-être* et du *savoir-faire* de ce dernier qui doit être responsable de ses actes, s'il veut que le public puisse croire en sa légitimité et en son autorité¹⁸⁰⁷.

1181. Comme le rappelait l'Avocat général SERVANT devant ses pairs, « (...) *donnons à la fortune comme à la personne des citoyens une protection aussi prompte que sûre : nous leur devons toutes nos journées ; et si le jour ne suffit pas, nous leur devons encore nos veilles. La lampe du magistrat qui travaille pour le public, doit s'allumer longtemps avant celle de l'artisan qui ne travaille que pour lui-même ; il n'est plus temps de regretter le repos, de réfléchir sur nous-mêmes ; nous nous sommes donnés ; gardons-nous d'offrir les premiers l'exemple de l'infidélité : et surtout n'oublions jamais que la célérité du jugement fait partie de la justice ; que c'est être injuste que de juger trop tard. Après cela, quel est notre devoir ? D'être équitables* »¹⁸⁰⁸. Le modèle d'organisation de l'intervention du juge dans les pays d'Afrique francophone étudiés a été conçu selon la conception traditionnelle du service public de l'État, à savoir celui de la Fonction publique. Or, ce modèle souffre d'une absence d'adaptation aux évolutions de ces dernières décennies ; celles-ci ont mis en lumière les limites du modèle d'organisation actuel. Dès lors, à l'instar de ce qui a eu lieu en droit européen, nous pensons qu'il serait nécessaire de repenser la gestion de l'intervention juridictionnelle à partir d'une nouvelle approche qui serait managériale.

¹⁸⁰⁵ Article 31 de la loi organique n° 43/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ; article 44 de la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétences et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif en République Démocratique du Congo.

¹⁸⁰⁶ PASTOR VILANOVA (P.), « L'autorité du pouvoir judiciaire. La responsabilisation du pouvoir judiciaire : une responsabilité partagée entre le juge et l'État », in *Séminaire d'ouverture de l'année judiciaire, CEDH*, 26 janvier 2018, www.echr.coe.int, consulté le 02 avril 2019.

¹⁸⁰⁷ *Idem*.

¹⁸⁰⁸ SERVANT (J.M.A.), « *Les devoirs d'un magistrat* », *op. cit.*, p. 11.

§ 2. L'approche managériale, un moyen de moderniser l'intervention juridictionnelle ?

1182. Si l'intervention juridictionnelle dans les pays d'Afrique francophone concernés par notre étude connaît une crise, conséquence d'une perte de confiance des justiciables, la modernisation de la justice est à notre avis, l'une des voies sûres pour mettre fin à cette crise. En ce sens, les fonctions du juge doivent voir évoluer leur modèle de fonctionnement et sa gouvernance, si le juge veut reconquérir la confiance perdue et assurer à long terme sa légitimité. D'emblée, le vocable issu de la science managériale peut paraître surprenant s'agissant de l'intervention juridictionnelle, domaine traditionnellement réservé à l'État qui en a le monopole.

1183. Néanmoins, cette question nécessite aujourd'hui d'être abordée, dans la mesure où les juges des pays concernés par notre étude partagent de plus en plus leur compétence avec des personnes ou instances privées, telles que les arbitres, les médiateurs, les conciliateurs et les experts. On ne peut ignorer l'importance de leur *jurisdictio* dans le management de règlement des litiges, y compris en droit du travail, sans que la question de l'indépendance du juge et du respect du principe d'égalité devant le service public ne soit posée. La réflexion impose ici d'une part d'analyser quels sont les avantages d'une application des méthodes de management à l'intervention juridictionnelle **(A)**, d'autre part d'envisager l'impact qu'une telle approche aurait pour les justiciables **(B)**.

A. Les intérêts et objectifs de la transposition

1184. S'il est communément admis que le juge n'est pas un fonctionnaire comme un autre, il fait partie dans les pays étudiés de la Fonction publique et, d'une certaine manière, bénéficie des mêmes avantages statutaires que le fonctionnaire ordinaire, avec qui, il partage un même employeur, l'État. Parler de l'approche managériale pour ce qui est de l'intervention du juge implique une coexistence entre les deux concepts car à première vue, ces derniers ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Par ailleurs, le droit de la Fonction publique constitue un droit dérogatoire en ce qu'il a pour but originel, de satisfaire l'intérêt général, conformément à l'idée de service public. En revanche, le concept de management désigne traditionnellement la mise en œuvre de moyens humains et matériels dans une entreprise ou une unité de production pour atteindre les objectifs fixés. Ainsi, le vocable « management » renvoie à

l'idée de gestion et de pilotage de l'entité concernée. La technique managériale appliquée à l'intervention du juge permettrait d'augmenter la qualité de l'administration de la Justice (1). Elle devrait toutefois comporter un certain nombre de limites afin d'éviter de réduire l'indépendance du juge (2).

1. Les avantages du recours à la technique managériale

1185. Le terme de « *management* » en science juridique, est indissociable du terme de « *gestion* ». Son usage peut s'entendre de diverses manières : sous l'angle budgétaire, des ressources humaines, du contrôle de travail, etc. Nous pensons que l'intérêt de la technique managériale pour l'intervention juridictionnelle dans les pays étudiés serait de faciliter l'application effective des dispositions légales, d'assurer l'autonomie de la gestion du fonctionnement propre à l'intervention juridictionnelle. Cette autonomie est nécessaire pour éviter les interférences du pouvoir exécutif dans la gestion de dossiers judiciaires, y compris sur des enquêtes judiciaires.

1186. Ainsi, en RDC, par exemple, dans l'affaire de l'assassinat du juge président du tribunal de Kinshasa au mois de mai 2020, alors que c'est le CSM conjointement avec la famille du défunt qui avaient saisi le procureur général de la République aux fins d'une enquête, on a pu assister à une conférence de presse convoquée et animée par le ministre de la justice et garde des sceaux, lequel sans consultation des demandeurs a donné le résultat de l'autopsie selon laquelle le défunt serait mort de suite des blessures des coups à lui donnés. Cette thèse s'est avérée contraire à la version de faits reportée par la veuve et l'autopsie indépendante qui faisait plutôt état aux substances toxiques dues à un empoisonnement. L'intérêt de cet exemple, c'est qu'en principe, cette communication relève de la seule compétence du procureur général de la République. Comme on peut le remarquer, la mainmise du pouvoir exécutif sur la gestion de l'intervention juridictionnelle est non seulement source de conflits mais également de perturbation de règles judiciaires.

1187. D'un côté, il y a des similitudes quant aux attributions du CSM au Cameroun, au Mali, au Sénégal et en Guinée, lesquelles portent essentiellement sur la gestion des mutations et sur la discipline des juges¹⁸⁰⁹ ; les autres aspects de la gestion du fonctionnement de l'institution

¹⁸⁰⁹ Décret n° 95/048 du 08 mars 1995 portant statut de la magistrature au Cameroun. Au Mali, par exemple, l'une des revendications des juges lors des derniers mouvements de grève portait non seulement sur l'autonomie

judiciaire relèvent des dispositions du Statut de la Fonction publique. D'un autre côté, on constate notamment en RDC, que la loi consacre des attributions plus larges au CSM¹⁸¹⁰, même s'il y a lieu de craindre une remise en cause de cette loi dans un avenir proche. Il n'en demeure pas moins que dans les cinq pays étudiés, les difficultés que connaissent les juges sont en grande partie dues au non-respect par les responsables politiques des textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des organes du pouvoir judiciaire. À titre d'exemple, Monsieur Benoît LWAMBA BINDU président de la Cour constitutionnelle également président du CSM de la RDC a affirmé que : « *Le pouvoir judiciaire dispose d'un budget propre géré par le Conseil supérieur de la magistrature. Le Premier président de la Cour de cassation en est l'ordonnateur* »¹⁸¹¹. Par ailleurs, on peut rappeler le caractère « précis » des termes de la loi congolaise selon lesquels : « *Le budget visé à l'alinéa 1^{er} de l'article précité est celui de fonctionnement et des rémunérations* »¹⁸¹².

1188. Historiquement, dans le secteur privé, le management s'est développé à partir du moment où la direction des entités économiques ne pouvait plus se faire « à vue » ; ceci est intervenu principalement à la fin du XIX^e siècle lorsqu'on est passé de l'artisanat à l'industrie¹⁸¹³. La gestion a été inventée pour assurer prévisibilité, efficacité, stabilité des processus, et notamment pour donner des éléments d'aide à la décision, afin de permettre toute profitabilité¹⁸¹⁴. Afin d'être efficace, l'activité, tout comme la carrière du juge a besoin d'être bien gérée. Nous pensons que le concept de Fonction publique étatique et celui de management de l'intervention juridictionnelle sont conciliables. Ceci permettrait de lutter, notamment, contre la tendance « naturelle » du service public à la bureaucratie.

1189. Ainsi que l'a souligné un auteur, « *même si les concepts managériaux semblent désormais faire partie intégrante du droit de la fonction publique, une conciliation a été*

dans la gestion de leur carrière, tant en matière de mutations que de discipline choisie mais également sur l'autonomie de l'élaboration d'un plan à la formation continue.

¹⁸¹⁰ Article 2, alinéa 1^{er} de la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature dispose : « *Le Conseil supérieur de la magistrature est l'organe de gestion du pouvoir judiciaire* » ; le chapitre 2 de ladite loi traite « des finances » de l'institution judiciaire.

¹⁸¹¹ Article 37 de la loi organique n° 08/013 du 5 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature en RDC.

¹⁸¹² Article 38 de la loi précitée.

¹⁸¹³ DUVAL HAMEL (J.), « La gestionnarisation » de la justice, in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Colloque du 8 novembre 2010, organisé conjointement par le Centre de recherche sur la justice et le procès de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et le Centre PERELMAN de philosophe du droit de l'Université libre de Bruxelles, sous la direction de B. FRYDMAN, E. JEULAND et alii, Dalloz, 2011, pp. 131-140, spéc. 132.

¹⁸¹⁴ *Idem*.

nécessaire pour réussir à tisser ensemble des logiques divergentes (...) une conciliation a pu progressivement se dessiner. Elle a notamment reposé sur la reconnaissance mutuelle des concepts »¹⁸¹⁵. Dans les pays étudiés, l'organisation de la Fonction publique étatique est bureaucratique, notamment au travers d'un système hiérarchisé de degrés. En droit en français, les premières tentatives de rapprochement entre concepts juridiques et concepts managériaux datent des années 1960 ; l'adoption à la fin des années 1980 d'une circulaire sur le renouveau du service public¹⁸¹⁶ a marqué les débuts de la conciliation des concepts¹⁸¹⁷. L'intégration dans la Fonction publique des concepts managériaux par décret entraîne un assouplissement du cadre statutaire ; ce dernier semble désormais valoriser l'organisation, l'adaptation, l'animation et le suivi au détriment de la planification des effectifs et des compétences¹⁸¹⁸. Par ailleurs, nous pensons que si à ce jour, dans les pays retenus, la question de la transposition de la technique managériale à l'intervention juridictionnelle n'est aujourd'hui pas véritablement consacrée ; ceci tient peut-être à l'absence de travaux doctrinaux et de propositions sur le sujet.

1190. La situation est différente en droit comparé où la dernière décennie a été marquée par des réflexions menées autour de la question¹⁸¹⁹ ; l'unanimité n'est autrefois pas de mise au sein de la doctrine. En effet, le management de l'intervention du juge suscite de la crainte, en

¹⁸¹⁵ REGAIRAZ (L.), « La conciliation du management et de la fonction publique par le cadre juridique », in *Où en est le management dans la fonction publique ? Enjeux théoriques, méthodes privées et retours d'expériences*, Actes du séminaire de Chambéry du 16 mars 2017, sous la direction de J.-Fr. JOYE et al., Université Savoie Mont Blanc, 2017, p.16.

¹⁸¹⁶ La circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public en France, JO 1989-02-24, n° 47, pp. 2526-2529.

¹⁸¹⁷ REGAIRAZ (L.), « La conciliation du management et de la fonction publique par le cadre juridique », *op. cit.*, p. 19. Le processus d'intégration s'est effectué par la mise en œuvre d'un décret n° 2007-1470 du 15 octobre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des fonctionnaires de l'État ; décret n° 2011-513 du 10 mai 2011 relatif à l'indemnité d'accompagnement à la mobilité dans la fonction publique de l'État, cité par L. REGAIRAZ, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸¹⁸ *Idem.*

¹⁸¹⁹ V. en ce sens : MAIER (P.), *New Public Management in der justiz*, thèse, Université St GALL, 1999 ; LUART DU (R.), *Rapport sur la formation des magistrats et des greffiers en chef à la gestion*, Senat-France, session ordinaire de 2006-2007 ; *Gestion moderne de la justice*, Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) à l'attention de la sous-Commission élargie DFJP/tribunaux de la Commission de gestion du Conseil des États dans le cadre de l'inspection « Haute surveillance parlementaire sur la justice », 10 août 2011 (Suisse). Et des ouvrages collectifs : JONCHEERE (A.), MINCKE (Ch.) et al. (dir.), *Ce que le management fait faire à la justice et à la police. Justice et management : les enjeux pour une transition vers une justice modernisée* ; JOYE (J.-Fr.) et al. (dir.), *Où en est le management dans la fonction publique ? Enjeux théoriques, méthodes privées et recours d'expériences*, Actes du séminaire de Chambéry du 16 mars 2017, Université de Savoie Mont Blanc ; BLÉRO (B.) et MUNUNGU LUGUNGU (K.), « Le management de la justice : un défi à l'indépendance du juge ? » in *Revue de la faculté de droit et de criminologie de l'ULB*, pp. 19-322 ; LIENHARD (A.) et KETTIGER (D.), *La justice entre le management et l'État de droit : résultats du projet de recherche « Fondement d'un bon management de la justice en Suisse »*, vers un management adéquat pour la justice, in *Les Cahiers de la justice*, 2018/1, n°1, pp. 163-181 ; FRYDMAN (B.) et JEULAND (E.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz-Sirey, 2011 ;

particulier quant à sa validité. Très vite, il a été perçu comme opposé au droit. Ainsi, on a parlé de « marchandisation de l'office du juge », voire d'impérialisme des chiffres¹⁸²⁰. Une doctrine majoritaire affirme que « *le management se comporte en véritable concurrent du droit et que ce qui est en jeu est la survie du droit* »¹⁸²¹, ou bien qu'il faut faire une distinction entre un « *bon management qui donne des moyens matériels et humains à un juge pour pouvoir traiter dans de bonnes conditions des dossiers, et un mauvais management qui est justement celui qui porte atteinte à l'indépendance du juge* »¹⁸²². Le management « *est vu comme une immixtion du pouvoir exécutif dans le judiciaire* »¹⁸²³.

1191. S'agissant des pays retenus pour notre étude, nous pensons que la transposition de la technique managériale est un moyen efficace qui permettrait à l'institution judiciaire de cesser d'être un simple « organe » dont les conditions existentielles (d'organisation et de fonctionnement) dépendent d'un autre pouvoir (exécutif). On peut remarquer une forme de convergence dans les pays étudiés, à l'image de la position prise par l'Assemblée nationale de la RDC, appelant à une autonomie budgétaire des juridictions. Dans chacun des pays étudiés, le budget de l'État (loi de finances) est préparé par les services du ministère de l'Économie et des Finances, et voté par l'Assemblée nationale. Ce budget n'est pas celui du pouvoir exécutif, c'est bien celui de l'État, il est chargé du financement du fonctionnement de tous les services publics. Les fonds appropriés sont mis à la disposition de l'Assemblée nationale à la demande de l'ordonnateur. Dès lors, nous pensons qu'il est possible d'avoir le même schéma au profit de l'intervention du juge. D'une certaine manière, par l'autonomie issue de la technique managériale, l'institution judiciaire s'affirmerait comme un véritable pouvoir judiciaire¹⁸²⁴.

1192. À propos de la question de l'application des techniques du management à l'intervention juridictionnelle, le Professeur Benoit FRYDMAN souligne que « *le management n'est pas, en dépit du modeste costume dans lequel il s'est présenté souvent jusqu'ici, une simple*

¹⁸²⁰ MARTENS (P.), Préface, *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., pp. 2-3.

¹⁸²¹ LEGENDRE (P.), *L'empire de la vérité : leçon II*, Fayard, 2001, cité par E. JEULAND, op. cit., p. 97.

¹⁸²² JEULAND (E.), « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », in : *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., pp. 97-98.

¹⁸²³ *Idem.*

¹⁸²⁴ En effet, il ressort des témoignages que nous avons recueillis auprès des chefs de juridictions Congolais, que toutes les difficultés du traitement que connaissent les juges des Cours d'appel et des tribunaux ces deux dernières décennies, sont dues à la violation manifeste par le pouvoir exécutif des dispositions de la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature. Alors que chaque année, le pouvoir exécutif demande au CSM de ressembler les différents projets budgétaires proposés par les chefs d'offices juridictionnels sur l'ensemble du territoire national.

technique. Une collection de recettes. C'est une nouvelle logique, un ensemble organisé de dispositions stratégiques, qui a la vocation et peut-être la puissance de réguler l'ensemble des comportements, par le recours à des normes et à des instruments radicalement différents de règles et des procédures juridiques »¹⁸²⁵. Nous ne partageons pas la crainte de la transposition de la technique managériale formulée par cette doctrine, dont l'idée est d'opposer le management au droit. En revanche, nous adhérons à l'affirmation du Professeur Dominique ROUSSEAU, selon laquelle « *même si la justice aime le penser, elle n'est pas la seule activité sociale qui ait l'indépendance pour principe constitutif. Les journalistes, les médecins, les professeurs d'université (...) sont également constitués sur le principe. L'indépendance n'est pas un privilège accordé à telle ou telle profession, il est la garantie pour les citoyens que ceux qui font profession de les juger, de les informer de les soigner ou de les former sont en situation d'exercer leur métier à l'abri de toutes pressions, il est la garantie pour les citoyens de leur propre liberté et, partant, il est le principe sans lequel les citoyens ne pourraient accorder leur confiance aux institutions judiciaires, médiatiques, médicales, universitaires, etc. Ce qui doit bénéficier de l'indépendance, ce n'est pas tant l'individu, mais la fonction, l'activité juridictionnelle* »¹⁸²⁶. S'agissant des pays africains retenus, nous pensons que la transposition de cette technique a un intérêt en ce qu'elle permettrait, particulièrement aux chefs des juridictions, de contribuer à l'amélioration des conditions de travail des magistrats¹⁸²⁷, mais aussi d'assurer un meilleur accueil des justiciables et usagers de leurs juridictions¹⁸²⁸.

1193. En effet, les développements précédents nous permettent de penser que l'application des techniques managériales aux activités des juges des pays retenus ne s'opposent pas au respect de leur indépendance. Contrairement à la situation en droit comparé européen, nous pensons que les activités des juges dans les pays d'Afrique francophone retenus ont besoin de management afin de reconquérir la confiance du public. Toute réflexion devrait éviter de

¹⁸²⁵ FRYDMAN (B.), « Le management comme alternative à la procédure », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., pp. 101-110.

¹⁸²⁶ ROUSSEAU (D.), « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., p. 58.

¹⁸²⁷ Ainsi, nous pensons que l'article 39 de la loi organique n° 08/013 du 5 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature en RDC est clair lorsqu'il dispose : « *Les chefs des ordres juridictionnels ainsi que les chefs d'offices correspondants sont ordonnateurs délégués des budgets des juridictions et offices placés sous leur autorité* ». Il en est de même des dispositions des articles 40 à 43 de ladite loi organique.

¹⁸²⁸ En effet, face au silence de sa hiérarchie, on a pu voir le chef d'une juridiction dans la capitale congolaise, par exemple, à procéder, sur fonds propres, aux travaux de réfection du parquet général près une cour d'appel. De tels exemples sont légion dans les pays étudiés et témoignent de la nécessité de donner au moyen de la technique managériale, plus de marge de manœuvre aux chefs des juridictions aux fins d'accomplir leur mission.

présenter la fonction du juge comme une fonction à part. À défaut, cela confirmerait l'argument selon lequel elle serait une « puissance » dont il faut à tout prix se méfier. De la même manière, l'État de droit se construit par la contribution de l'ensemble des institutions démocratiques.

1194. L'intervention du juge ne peut pas faire exception ; on ne peut refuser toute idée de réforme sous prétexte de sauvegarder son indépendance dont l'effectivité est loin d'être à ce jour avérée. Ainsi, nous rejoignons Monsieur le Professeur Dominique ROUSSEAU lorsqu'il écrit : « *Beaucoup 'd'erreurs judiciaires ' ou de 'fautes judiciaires ' ne sont pas dues à une trop grande influence de la justice mais au contraire à une influente autonomie, à une trop grande influence des sphères médiatique, partisane ou économique sur la sphère de justice. C'est pour quoi, l'indépendance de la justice se mesure d'abord à l'existence d'une formation propre à la fonction de juger* »¹⁸²⁹. En cela, l'indépendance est avant tout affaire individuelle.

1195. Par ailleurs, dans les pays étudiés, la réflexion sur le management de l'intervention du juge suppose également l'analyse de la gestion des ressources humaines, c'est-à-dire, la gestion du personnel, du travail du juge et, fondamentalement, la gestion budgétaire de sa fonction car, sans budget raisonnable, l'on ne peut espérer avoir une bonne administration de la justice¹⁸³⁰. Or, dans sa forme actuelle, l'intervention du juge a besoin de se moderniser. Dès lors que la technique managériale serait appliquée à la Fonction publique, nous pensons que son élargissement à l'intervention du juge est possible ; elle devrait être bénéfique à la Magistrature dans son ensemble dès lors que, dans les cinq pays africains retenus, l'intervention du juge est contrôlée et supervisée par un CSM, organe indépendant et composé en grande partie de magistrats. Nous pensons que l'introduction du management devrait contribuer à professionnaliser les fonctions du juge, ce dernier étant appelé à exercer plus de tâches de direction et d'administration. La logique du management consiste à fixer les objectifs, à choisir les moyens de les atteindre et à assurer leur mise en œuvre à partir d'une régulation contrôlée. Nous pensons que, dans les pays étudiés, le management peut apporter une diversité d'améliorations qu'il s'agisse de visibilité et d'efficacité du travail du juge, de relations de l'autorité judiciaire avec d'autres pouvoirs ou encore de rapports avec le public. Principalement cela devrait concerner le travail au quotidien qui est avant tout l'affaire du

¹⁸²⁹ ROUSSEAU (D.), « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., p. 59.

¹⁸³⁰ Voir en ce sens, les articles 37 et 38 de la loi organique n° 08/013 du 5 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature en RDC.

chef de juridiction, lequel est en contact avec son équipe, connaît mieux que quiconque les besoins du service dont il a le contrôle.

1196. Nous rejoignons le Professeur Jan MATTIJS dans ses propos : « *les questions ouvertes par les rapports entre management et indépendance sont vastes, qu'elles touchent : la stratégie de l'organisation judiciaire ; la gestion des ressources humaines ; le contrôle interne, y compris le contrôle de gestion et budgétaire, l'organisation et la gestion logistique et judiciaire ; la communication et les relations avec les citoyens* »¹⁸³¹. Dans ces pays étudiés, l'intégralité de l'allocation de fonctionnement de l'administration judiciaire, donc de l'intervention du juge, est assurée par l'État, et ce, de manière concentrée. En effet, de nos entretiens avec plusieurs chefs de juridictions dans les différents pays il ressort qu'en l'état ils ne contrôlent et ne gèrent rien, y compris le strict minimum de « besoins » de leurs juridictions, excepté le contrôle « physique » du personnel¹⁸³². Cette situation n'est pas sans conséquence pour ces « responsables » qui dépendent en toute chose entièrement de leur hiérarchie. Ainsi, nous pensons que la transposition de la technique managériale serait plus que salutaire. Elle pourrait aussi être une opportunité pour les juges de faire valoir certains de leurs droits.

1197. Ainsi, au Cameroun, par exemple, à l'intérieur même de la Magistrature, l'on déplore un défaut de prise de parole et de visibilité, une absence de réflexion prospective ou de vision pour l'institution, ainsi qu'un sentiment d'individualisme et d'éparpillement¹⁸³³, ailleurs, comme au Mali et en RDC, on constate que les juges tout en ayant le sentiment d'être victimes de la non application effective des textes régissant le fonctionnement de leur profession, demeurent solidaires et n'hésitent pas à défier leur hiérarchie, via notamment la multiplication de mouvements de grève qui paralysent le fonctionnement normal du service

¹⁸³¹ *Idem.*

¹⁸³² En RDC, par exemple, le président d'un tribunal de grande instance à Kinshasa, nous a fait part de certaines réalités au quotidien. En effet, ne disposant d'aucun budget de fonctionnement, en cas d'hospitalisation d'un de ses juges, par exemple, face à l'indifférence de la hiérarchie, il doit recourir à droite et à gauche pour tenter de sauver une vie humaine (les magistrats Congolais ne bénéficient d'aucune couverture maladie, ni d'une allocation y liée). Au Mali, un chef de juridiction muté au nord du pays depuis 5 ans, nous a dit avoir décidé de laisser sa famille dans la capitale par manque de logement de fonction. Au Cameroun, les propos d'un juge de Douala qui totalise 25 années d'exercice, font état du regret d'avoir intégré la magistrature malgré les difficultés ignorées par les politiques qui leurs refusent par ailleurs le droit de faire grève, sous peine d'être révoqué.

¹⁸³³ MATTIJS (J.), « implications managériales de l'indépendance de la justice », *op. cit.*, § 43.

public de la Justice¹⁸³⁴. Nous pensons que, sans craindre le mythique « *gouvernement des juges* », il est nécessaire de reconnaître au juge plus de droits de participer activement aux prises de décisions en toute transparence, y compris à l'égard du CSM, selon l'adage, « *on n'est jamais si bien servi que par soi-même* ». La transposition de la technique managériale aura également un effet dynamisant pour chaque juge. Par l'effet du management, il serait plus aisé de lutter, par exemple, contre l'absentéisme et la paresse intellectuelle tant dénoncés notamment de la part de certains juges de provinces en Guinée, au Mali et en RDC, absentéisme et paresse qui impactent lourdement le fonctionnement des juridictions.

1198. De même, le management aurait un effet positif pour le chef de juridiction ; celui-ci devrait se montrer à la hauteur de ses missions et avoir les moyens de sensibiliser l'ensemble des personnels relevant de leur propre juridiction. Le droit comparé nous enseigne que la technique managériale dans l'administration s'est développée grâce à la montée de la *nouvelle gestion publique*, bien connue des pays de la *Common law*. Pour la plupart des africains pays étudiés, la nouvelle gestion publique peut constituer une voie pour une meilleure efficacité.

a. La nouvelle gestion publique : une justification d'efficacité

1199. La nouvelle gestion publique « NGP » est un mouvement dont le principal objectif est de mener des réformes des administrations étatiques afin de leur permettre d'augmenter leur efficacité organisationnelle. La NGP se déroule à l'aide de méthodes de gestion empruntées au management des entreprises du secteur privé, lesquelles sont pilotées selon la logique de l'économie de marché, raison pour laquelle la NGP est considérée, par certains, comme un mouvement relevant d'une logique néolibérale. En Europe, à la suite de la NGP, de nombreux pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ont modifié leurs législations nationales. Ainsi, la NGP s'est imposée en droit de la Fonction publique au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande¹⁸³⁵. Si, à ce jour, seules la Suisse et l'Allemagne ont intégrées la NGP dans le domaine de la Justice, en Belgique les réflexions menées dès 2006 ont permis la réforme « Thémis »¹⁸³⁶ qui a apporté une innovation positive à

¹⁸³⁴ Contrairement à l'approche camerounaise et sénégalaise qui impose un service minimum, en période de grève, en Guinée, en RDC tout comme au Mali, on constate un arrêt total du fonctionnement des tribunaux concernés.

¹⁸³⁵ *Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique : une perspective internationale sur la Révision générale des politiques publiques*, Éditions OCDE, 2012, p.4, www.read.oecd.library.org, consulté le 15 mai 2019.

¹⁸³⁶ NACHTERGAELE (E.), « Les réformes de la justice. « Thémis » : problèmes ou solution ? », *Pyramides*, 2006, n°12, pp. 5-6.

l'institution judiciaire. Un intérêt tout particulier d'appliquer la technique managériale dans l'intervention du juge des pays retenus pour la présente étude réside dans le fait que l'institution judiciaire tient un rôle capital dans la construction et le maintien de l'État de droit. À partir du moment où cette institution ne parvient pas à atteindre ses objectifs, et n'a pas la confiance du public, il paraît urgent de s'interroger sur son organisation et sa gestion. Dans les cinq pays retenus, il existe des questions communes relatives à l'indépendance du juge, à la lutte contre la corruption, à la distribution et à la célérité de la Justice, à l'existence d'un procès juste et équitable, aux longues procédures dans le traitement des litiges individuels du travail, etc. Ne pas tenter une réforme et l'introduction de techniques managériales dans le monde de la Justice reviendrait à une forme de résignation et à renforcer la crise de l'intervention juridictionnelle.

1200. Nous adhérons à la thèse de Patrick MAIER selon laquelle, les juridictions, « *sont des fournisseurs de prestations. S'appuyant sur les bases légales et les directives de l'administration, elles définissent les produits et groupes de produits et fournissent les produits. La surveillance sur les tribunaux, partant, le contrôle au sens de la légitimation démocratique, est assumée par le Parlement* »¹⁸³⁷. Pour cet auteur, « *un pilotage de l'appareil judiciaire présente des avantages : les rapports de gestion classiques ne renseignent que sur les prestations ; l'approche NGP, avec la définition de produits et le contrôle (même incomplet) des résultats, accroîtrait la transparence au niveau des coûts et en partie aussi au niveau des résultats. Ceci permettrait une légitimation plus large de l'activité judiciaire (...) cela irait tout à fait dans le sens des objectifs d'un État de droit et de ses préoccupations économiques* »¹⁸³⁸. Nous estimons donc que la technique managériale devrait permettre d'apporter une amélioration dans la qualité du service public que le juge assure aux justiciables, et dans l'optimisation des processus de traitement des affaires. En outre, on sait que les juridictions des pays d'Afrique francophone concernés connaissent de grandes difficultés quant à la durée de traitement des affaires et de prononcé des décisions. Une approche managériale devrait améliorer les situations observables aujourd'hui en la matière mais aussi permettre à l'ensemble des acteurs d'une juridiction de se concentrer sur leurs attributions respectives, de parvenir à la professionnalisation de l'administration de la Justice.

¹⁸³⁷ MAIER (P.), *New Public in der justiz*, thèse, Université de St Gallen, 1999, pp. 360- 366, cité in *Gestion moderne de la justice*, Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA), n° 7103.

¹⁸³⁸ MAIER (P.), *New Public in der justiz*, thèse, *op. cit.*, p. 367.

b. La nouvelle gestion publique : un moyen de professionnalisation de l'intervention du juge

1201. En droit positif, dans les pays d'Afrique francophone étudiés, pour exercer l'intervention du juge, il faut passer par une École de formation spécialisée, comme nous l'avons vu, après avoir réussi un concours d'entrée. Or, l'exercice de l'intervention du juge requiert certes des connaissances initiales mais aussi le perfectionnement de ces dernières et l'acquisition d'une expérience. À défaut, il n'est pas rare d'observer des failles lors des traitements des litiges. C'est justement pour combler ce déficit que, vers la fin des années 1960, aux États-unis, s'est développée l'idée d'une justice plus professionnelle, communément connue sous le vocable du « *Court management* ». Concrètement, il s'agissait de confier aux juridictions leur propre gestion quotidienne à travers le *case flow management* « CFM », c'est-à-dire le contrôle des affaires qui leur étaient confiées, ainsi que leur répartition selon leur nature.

1202. La professionnalisation de l'intervention du juge dans les pays africains retenus suppose également la vulgarisation de l'accès à la justice. Nous pensons que cette vulgarisation peut être faite par les juges eux-mêmes, comme on a pu le constater au Sénégal, par exemple¹⁸³⁹. En effet, à ce jour, une partie des citoyens considère les fonctions du juge comme une affaire de riches, alors que la justice étatique doit être « citoyenne », c'est-à-dire, accessible et connue du public. Ainsi, nous pensons que la transposition de la technique managériale dans l'intervention juridictionnelle permettrait, par exemple, au CSM, en collaboration avec les chefs de juridiction, d'assurer la diffusion par voie de catalogues, de brochures, de plaquettes descriptives gratuites, de tables-rondes et de séminaires animés en langues locales par des juges, à l'attention du public¹⁸⁴⁰. C'est seulement à ce titre que l'intervention du juge pourrait, d'une part, affirmer son indépendance, et d'autre part, imposer son interdépendance avec les autres pouvoirs. À défaut, elle continuera à subir des choix, y compris structurels, retenus par les autres pouvoirs.

¹⁸³⁹ En effet, pendant notre séjour de recherche dans ce pays, nous avons pu nous rendre compte de certaines initiatives « citoyennes », notamment avec des rencontres entre les magistrats et le public, au cours desquelles les magistrats se livraient à un « jeu » des questions/réponses, le plus souvent en langue « wolof », qui est la langue la plus parlée dans ce pays.

¹⁸⁴⁰ Dans les pays étudiés, particulièrement devant les juridictions de la capitale, on constate qu'il y a un fossé qui s'est créé entre l'institution judiciaire et les justiciables. En effet, certains juges préfèrent s'exprimer uniquement en français au cours des audiences. Nous pensons qu'à certains égards, une telle attitude est de nature à ralentir la vulgarisation de la Justice en tant que service public chez les justiciables les moins éduqués.

1203. Traditionnellement, dans les cinq pays concernés, la formation dispensée dans les Écoles formant les magistrats n'inclut pas de module de management, cela peut être une source des difficultés dans l'application de la technique managériale, en particulier, par les chefs de juridictions. Ainsi, nous pensons que deux pistes sont possibles pour palier cette absence d'enseignement théorique à la sortie de l'École de formation de la magistrature. Tout d'abord chaque juridiction pourrait être dotée d'un personnel spécialisé (ordonnateurs et comptables) qui travaillerait sous la direction et le contrôle du chef de juridiction, comme c'est le cas dans d'autres secteurs du service public étatique. Par ailleurs, on pourrait donner à tout juge qui le souhaite, la possibilité de bénéficier de sessions périodiques, dans le cadre de la formation continue, organisée, voire supervisée par le CSM. Il s'agirait de parvenir à la polyvalence de l'intervention juridictionnelle, sans que l'on parle nécessairement d'une spécialisation du juge.

1204. Ces dernières années, la crise de l'intervention juridictionnelle a eu pour conséquence l'accroissement des voies d'évitement du juge étatique. C'est le cas des modes alternatifs de règlement des litiges qui, généralement, sont conduits par des personnes privées. D'une certaine manière, il s'agit d'une justice privée qui, au demeurant, doit être sous contrôle du juge étatique. Les parties s'accordent, par la suite, à faire homologuer les actes par le juge. Or, on sait que les acteurs choisis pour accompagner les parties (arbitres, médiateurs, conciliateurs et experts) sont rémunérés par les parties, qui, il faut bien le dire, sont leurs clients. Il demeure que les décisions rendues par ces acteurs de droit privé ne sont pas *contra legem*. Par conséquent, à notre avis, l'intervention du juge peut se concilier avec la technique managériale, pour autant que la rentabilité mercantile n'en soit le mobile et que l'indépendance du juge n'en soit affectée. Pour cela des limites doivent être posées.

1205. L'exercice de l'intervention du juge suppose l'impartialité et l'indépendance. Or, le management, par principe, renvoie à un pilotage actif des objectifs fixés. Dès lors, se pose la question de savoir si, sur le long terme, la mise en œuvre d'une NGP ou d'un équivalent ne pourrait pas affecter l'indépendance de l'intervention du juge. Le fait que l'exercice de cette intervention soit conçu sur le modèle bureaucratique devrait au contraire faciliter les choses. En effet, l'installation d'un service de liaison, spécialisé dans ce domaine au niveau de chaque cour d'appel, par exemple, permettrait d'éviter tout empiètement sur l'indépendance du juge. De plus, chaque juridiction devrait établir elle-même ses priorités. Il a été rappelé que, dans la mesure où la NGP se fonde au départ sur la seule dimension rationnelle du profit, les

décisions liées au management ne doivent pas être déterminées à l'aune de critères purement économiques¹⁸⁴¹. La transposition de la technique managériale suppose la gestion budgétaire, il s'agit par ailleurs, de l'une des attributions reconnues au CSM, dans certains des pays étudiés, quand bien même à ce jour, sa mise en application fait partout défaut¹⁸⁴². Toute mauvaise répartition des moyens financiers mis à la disposition de l'intervention juridictionnelle, par exemple, pourrait aboutir à des inégalités entre les grandes et les petites juridictions¹⁸⁴³.

1206. Nous avons vu que la technique managériale concernait également la gestion des ressources humaines, c'est-à-dire le personnel de l'institution judiciaire. Or, la réalité est que toutes les questions relatives au recrutement, à la formation, à la carrière, aux promotions internes, à la mobilité géographique, requièrent une allocation, donc un budget respectueux des règles de gestion. Ainsi, nul doute que la transposition de la technique managériale dans l'intervention du juge aura de nombreux impacts, parmi lesquels la performance de cette dernière.

B. Les impacts obtenus : la performance dans l'intervention du juge

1207. Selon le dictionnaire Larousse, le terme de performance désigne « *le résultat obtenu dans un domaine précis par quelqu'un* ». On sait que la transposition de la technique managériale poursuivrait l'objectif de parvenir à une performance du service public de la Justice. Ainsi, en France, on a pu voir que la logique avait conduit la Chancellerie à élaborer

¹⁸⁴¹ *Gestion moderne de la justice*, Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA), op. cit., n° 7106.

¹⁸⁴² Article 53 du Règlement intérieur du Conseil supérieur de la magistrature en RDC dispose : « *Le Secrétariat permanent assiste le premier président de la Cour de cassation dans l'ordonnancement du budget du pouvoir judiciaire. À ce titre, il a notamment pour tâches de : 1. Préparer les prévisions budgétaires du pouvoir judiciaire sur base des éléments lui envoyés par les différents ordres juridictionnels à soumettre par le Bureau à l'Assemblée Générale conformément à la loi organique portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature ; 2. Établir les états liquidatifs des sommes octroyées au Pouvoir judiciaire au titre de budget des rémunérations et de fonctionnement ; 3. Préparer, organiser et effectuer la paie des magistrats au travers des procédures bancaires appropriées ; 4. Contrôler dans les différentes juridictions et offices la bonne exécution des opérations de paie des magistrats ; 5. Préparer le rapport financier à transmettre au Bureau qui le soumet à l'Assemblée Générale en vue d'en arrêter les comptes et faire les propositions pour l'exercice budgétaire suivant ; 6. Veiller à l'application du statut, notamment en ce qui concerne la sécurité sociale et autres avantages sociaux* ».

¹⁸⁴³ On peut relever que cette situation est réelle en République démocratique du Congo, par exemple, où il y a des disparités dans le traitement social entre les juges des Hautes Cours (Cour de cassation, Cour constitutionnelle et Conseil d'État), et ceux des cours d'appel et des tribunaux qui appartiennent à un même ordre « judiciaire ». Alors que s'agissant de l'organisation et de la discipline, tous ces juges relèvent du CSM. On rappellera qu'en pratique le budget des juges des Hautes Cours échappe au contrôle du CSM.

des indicateurs quantitatifs et qualitatifs, facilement mesurables, peu nombreux et pérennes, afin de permettre d'apprécier les réponses apportées aux deux objectifs impartis : rendre une justice de qualité en matière civile et en matière pénale, dans des délais raisonnables¹⁸⁴⁴. Au travers de cet exemple, on peut relever que la performance est appréciée à partir d'un certain nombre d'outils permettant, notamment, de vérifier la confiance du public dans l'intervention juridictionnelle. D'une part, elle permet d'apprécier les relations entre le juge et les justiciables. D'autre part, on peut vérifier la manière avec laquelle le juge prend des décisions, c'est-à-dire, son aptitude professionnelle. Sans établir une liste exhaustive de ces outils, on a pu retenir : l'accueil réservé aux justiciables qui saisissent la justice, le coût exigé pour l'accomplissement des procédures, la collégialité des juridictions de jugement qui est une exigence procédurale, la pertinence des motivations de décisions rendues par le juge et les partenariats mis en œuvre, par exemple avec des organes externes dans le cadre de la formation continue des juges.

1208. De manière générale, la performance s'apprécie par la mise en place d'une méthode fondée sur la déclaration, faite par chaque magistrat, de la proportion du temps de travail consacré à chacune de ses principales activités ; elle est validée par le chef de juridiction, et permet d'obtenir une photographie assez précise du temps consacré par chaque magistrat aux activités strictement juridictionnelles et aux autres activités d'ordre administratif de sa juridiction¹⁸⁴⁵. L'approche en terme de performance permet aussi d'apprécier, par exemple, comment un juge chargé de plusieurs services peut déterminer qu'il assure ses fonctions aux affaires familiales pour 70 % de son temps, celles de juge correctionnel pour 20 % et celles de juge des libertés et de la détention durant 10 % de son temps¹⁸⁴⁶.

1209. De plus, nous pensons que le système de la gestion de performance dans l'intervention du juge devrait être plus incitatif que le seul critère déterminant pour la promotion du juge. À travers des séminaires de vulgarisations par exemple, il serait plus facile de montrer au juge l'intérêt de cette transposition dans l'intervention du juge, particulièrement pour regagner la confiance du public et se moderniser. À notre avis, la recherche de la performance dans l'intervention de juge ne s'oppose pas aux qualités traditionnellement requises de ce dernier. La performance n'est pas incompatible avec les compétences techniques et intellectuelles,

¹⁸⁴⁴ MARSHALL (D.), « Les tribunaux à l'heure de la performance », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, op. cit., p.13.

¹⁸⁴⁵ MARSHALL (D.), « Les tribunaux à l'heure de la performance », op. cit. p. 15.

¹⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 18.

encore moins avec l'impartialité et l'indépendance qui, au contraire, pourraient s'en trouver renforcées. Traditionnellement, dans les cinq pays étudiés, chaque juge a toujours fait l'objet d'une évaluation par une Commission essentiellement composée de pairs¹⁸⁴⁷. Le respect de la liberté et de l'indépendance du juge est déjà compatible avec une évaluation quantitative et qualitative du travail réalisé¹⁸⁴⁸. Dans les pays étudiés, une meilleure performance de l'administration de la Justice permettrait en tous cas de répondre à un certain nombre d'attentes des justiciables. On ne fera que rappeler que la fonction du juge est entièrement financée par les contribuables et que, dès lors, ces derniers sont en droit d'exiger en retour une justice de qualité. S'il est admis qu'il faut assurer une justice de qualité dans les pays étudiés, il n'en demeure pas moins que l'effectivité de celle-ci dépend en grande partie des moyens mis à la disposition du juge, lesquels supposent la reconnaissance de traitements acceptables auxquels il a droit.

Section 2 - La reconnaissance de traitements acceptables

1210. Le Doyen Gérard CORNU définit la reconnaissance comme « *une manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait ou de droit* »¹⁸⁴⁹. En droit du travail, la reconnaissance est l'un des attributs de la motivation à laquelle peut prétendre tout « agent » dans ses relations professionnelles tout au long de sa carrière et après son départ à la retraite. L'efficacité de la reconnaissance dépend de la manière avec laquelle elle est mise en œuvre au sein de « la structure » professionnelle. De plus, la reconnaissance est un outil sensible dans le temps, raison pour laquelle elle requiert d'être régulière et constante.

1211. Dans le contexte de l'intervention du juge, la reconnaissance trouve son origine dans les traitements indiciers. La culture de reconnaissance n'est pas le seul apanage des entreprises du secteur privé. Ainsi, chaque « agent » de la Fonction publique étatique peut s'en prévaloir le bénéfice, conformément aux dispositions du statut particulier dont il relève. Cette reconnaissance est également une façon d'élimination d'un certain nombre de

¹⁸⁴⁷ Article 18, alinéa 5 du règlement intérieur du Conseil supérieur de la magistrature (RDC); articles 26 à 45 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature (Cameroun) ; article 94 de la loi n° 02-054/ du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature (Mali) ; article 65 de la loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats (Guinée).

¹⁸⁴⁸ En ce sens, voir, « La qualité des jugements civils : étude expérimentale menée à la Cour d'appel de Paris en 2005 », cité par D. MARSHALL, in « Les tribunaux à l'heure de la performance », *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁴⁹ CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 865.

déséquilibres entre les différentes catégories des juges appartenant à l'ordre judiciaire. Dans les cinq pays concernés par notre étude, la revalorisation des traitements devrait être considérée comme une opportunité de réhabiliter le juge de travail dont l'intervention est constamment critiquée lors des litiges individuels du travail. Si le plus souvent ce type de critique provient des justiciables, on peut relever que l'exécutif n'est pas en reste, alors qu'il est censé protéger le juge. De ce fait, la matérialisation de cette revalorisation passe par l'application effective des traitements dus au juge (§1) et par le recours aux accessoires de traitement qui font partie intégrante des mesures de correction (§2).

§ 1. L'application effective de traitements dus au juge

1212. La problématique des traitements du juge dans les cinq pays d'Afrique francophone étudiés est délicate en ce qu'elle ne porte pas sur l'absence des textes fixant la grille indemnitaire et prévoyant la revalorisation du statut social et professionnel du juge¹⁸⁵⁰. Elle est plutôt le fait de leur application et de leur adaptation dans le temps. Ainsi, on peut constater qu'il y a une certaine convergence entre ces pays sur la nature des revendications professionnelles du juge de l'ordre judiciaire. Elles s'articulent autour des points tels que la revalorisation du salaire, les indemnités, les moyens matériels, les droits du juge après son départ à la retraite, la couverture sociale et l'augmentation de l'effectif afin de réduire la charge de travail qui pèse sur le juge. Pour apporter un début de réponses à ces différentes revendications sommes toutes légitimes, l'option de la mise en place d'un cadre indiciaire soutenu paraît la plus adéquate (A). Dans le même ordre d'idées, il sera souhaitable de déterminer les enjeux des conditions générales de travail (B).

A. La mise en place d'un cadre indiciaire soutenu

1213. Un cadre indiciaire de l'intervention du juge doit être soutenu par l'application effective des textes en vigueur, par leur modification et par leur adaptation, pour tenir pleinement compte de différents changements relatifs au pouvoir d'achat du juge. Ce cadre dont l'essentiel porte sur les conditions sociales du juge n'est efficace que s'il est soutenu par ceux

¹⁸⁵⁰ La loi n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant Statut de la Magistrature fixe l'indice des magistrats en République démocratique du Congo ; la loi organique n° 2017-10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats Sénégalais ; le décret n°2019/324/PRG/SGG du 5 décembre 2019 fixant le régime uniforme de rémunération et pension des magistrats de l'ensemble des juridictions en République de Guinée ; Décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature (Cameroun) ; la loi n° 02-054/ du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature (Mali).

qui l'ont élaboré, qui acceptent de veiller à son application, car il est avant tout le résultat des concertations entre l'exécutif et les syndicats les plus représentatifs des magistrats de l'ordre judiciaire. Ceci soulève également l'épineuse question du rôle de la représentation syndicale au sein de la magistrature dans les pays concernés par notre étude.

1214. De manière traditionnelle, ces syndicats sont composés des magistrats du parquet et du siège de l'ordre judiciaire. Le fait que les syndicats soient des associations, leur ressource provient en grande partie des cotisations mensuelles des adhérents. Or, dans un pays comme la RDC par exemple, en raison du faible taux des traitements indiciaires de l'intervention du juge, de nombreux adhérents ont du mal à s'acquitter de leur cotisation de manière régulière. Cette réalité influe sur les missions de ces syndicats qui, pour rester opérationnels, sont parfois contraints de faire recours aux subventions privées. Par ailleurs, dans ce même pays qui compte actuellement 4000 magistrats de l'ordre judiciaire¹⁸⁵¹, la multiplication de nombre des syndicats des magistrats rend difficile l'éventualité de toute subvention de l'État. De manière générale, ces syndicats sont un support pour la profession du juge dans la défense de ses intérêts professionnels, matériels et moraux, ils sont censés apporter un appui technique sur lequel les textes trouvent leur application. Comme interlocuteurs privilégiés de l'exécutif, leur rôle est important dans les concertations relatives à l'évaluation des traitements de l'intervention du juge.

1215. Les systèmes applicables actuellement dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne étudiés convergent, en ce qu'il existe un faible traitement salarial du juge tant en début de carrière qu'à l'heure du départ à la retraite. Ce faible traitement s'apprécie tant au regard de la longueur des études, du niveau requis pour concourir à l'entrée à l'École de formation, qu'au volume des responsabilités exercées par le juge. Pour ce qui est des conditions salariales, on note toutefois une divergence entre pays, avec des écarts considérables. Il existe un premier groupe que l'on peut considérer comme celui des pays les moins bien « lotis » (RDC, Guinée et Mali), et un second, celui des pays où les juges sont « mieux » traités (Cameroun et Sénégal).

1216. Pour ce qui est de la RDC, par exemple, le juge du tribunal de paix le moins gradé, en début de carrière, perçoit une rémunération mensuelle en franc congolais, équivalent à la

¹⁸⁵¹ Chiffre avancé par le Secrétaire permanent du CSM, disponible sur : www.csm-rdc.cd (consulté le 12 mai 2019).

somme de quatre cent vingt cinq euros (425 Euros). Elle ne dépasse pas l'équivalent de la somme de huit cent cinquante euros (850 Euros) pour le plus ancien et pour le chef de juridiction, en n'étant accompagnée d'aucune couverture médicale, ni d'aucun autre avantage social (prime, allocation de logement et/ou de transport). À propos de la situation en RDC, le Professeur Évariste BOSHAB a écrit : « (...) *les magistrats congolais sont parmi les plus mal payés de l'Afrique noire (...)* »¹⁸⁵². En effet, les juges Congolais ont le sentiment de subir un double préjudice.

1217. D'un côté, leur barème salarial est fixé selon le taux de la Banque centrale du Congo, lequel est apprécié au regard du dollar américain. Or, depuis plus de deux décennies, la monnaie congolaise connaît une instabilité du fait des crises institutionnelles. Ainsi, selon Monsieur Shabani WATENDE, Trésorier général du syndicat national autonome des magistrats de la RDC (SYNAMAC), également juge au tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe : « *le salaire mensuel d'un juge ne dépasse pas la somme de sept cent dollars (700 USD), soit environ 589 Euros* »¹⁸⁵³. D'un autre côté, les juges sont tenus à la retenue de l'impôt sur le revenu 'IPR' sur le traitement dont le taux actuel est de 12,5%, alors que cette retenue n'est que de 3% pour leurs collègues de la Cour de cassation, de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État (considérés comme les mieux payés) alors qu'ils appartiennent tous à l'ordre judiciaire. En d'autres termes, l'État congolais est à l'origine des écarts constatés entre rémunérations de magistrats.

1218. Au Cameroun, en début de carrière du juge, le barème salarial prévoit une rémunération mensuelle de cinq cent mille franc CFA, l'équivalent de sept cent soixante quatre euros (764 Euros), tous frais indemnitaires inclus ; cette rémunération ne dépasse pas l'équivalent de la somme de mille cinq cent vingt huit euros (1,528 Euros) pour le juge le plus ancien.

1219. Pour ce qui est du juge Malien, en début de carrière et durant les quatre premières années, il perçoit une rémunération nette de l'équivalent de deux cent treize euros (213 Euros)¹⁸⁵⁴, sans les primes (cette prime est de l'ordre de l'équivalent de la somme de quatre

¹⁸⁵² BOSHAB (E.), La misère de la justice et la justice de la misère en République démocratique du Congo, *Revue de la Recherche Juridique*, n° XXIII-74, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 1183.

¹⁸⁵³ Propos tenus sur les ondes de médias tels que RFI et Radio Okapi, disponible sur : www.radiookapi.net, (consulté le 10 février 2020).

¹⁸⁵⁴ La loi n° 02-054/P-RM du 16 décembre 2002 portant Statut de la Magistrature fixe l'indice des magistrats de grade exceptionnel à 1100 ce qui leur fait un salaire mensuel net de l'équivalent de la somme de six cent soixante et onze euros (671 Euros).

cent cinquante huit euros (458 Euros). Lors de notre séjour de recherche au Mali au mois de novembre 2019, par exemple, un juge d'une juridiction de la capitale, recruté avec un diplôme Bac +5 (DEA ou Master 2), et qui avait totalisé quinze années dans la magistrature, déclarait percevoir une rémunération de l'équivalent de la somme de neuf cent quarante neuf euros (949 Euros), primes comprises (logement, allocation pour enfants). La rémunération du juge Malien, avec une ancienneté et même siégeant à la Cour de cassation ne dépasse pas l'équivalent de la somme de mille deux cent vingt deux euros (1,222 Euros). L'autre point de convergence entre juges de ce premier « groupe » est qu'indifféremment de leurs diplômes universitaires (doctorat, Master 2, etc), ils reçoivent le même niveau de salaire. Ainsi, pour la RDC, par exemple, certains juges, en fonction de leur expertise, sont conduits à intervenir comme « consultants » pour les comptes des cabinets d'avocats locaux et pour des organisations non gouvernementales (étrangères) implantées dans le territoire.

1220. Comme on le constate, c'est dans ces pays qu'il y a le plus de problèmes de corruption au sein de la Magistrature. De fait, de nombreux juges sont placés dans une forme de « précarité » qui les conduit, par exemple, à avoir du mal à payer les frais de scolarité de leurs enfants, à ne pas pouvoir bénéficier de prêt immobilier, ni de prêt pour s'acheter un véhicule d'occasion, etc. Contrairement aux réalités observables au Cameroun, au Mali et en RDC, on peut constater que le système judiciaire du Sénégal et, plus récemment celui de la Guinée, applique des barèmes salariaux plus favorables à leurs juges.

1221. S'agissant du Sénégal, depuis 2011, le barème salarial du juge en début de carrière est de l'équivalent de la somme de mille quatre cent cinquante deux euros (1,452 Euros) à cela s'ajoute les primes indemnitaires. On rappellera qu'en application de l'article 17 de la loi organique n° 2017-10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats Sénégalais, ces derniers : « (...) ont droit au logement de fonction de catégorie A, à défaut une indemnité compensatoire leur est allouée (...) » (Sénégal). Concrètement, la mise en application des dispositions précitées, confirme par ailleurs, les témoignages que nous avons pu recueillir des juges pendant notre séjour de recherche au Sénégal ; selon lesquels, un juge Sénégalais a la facilité d'obtenir un prêt immobilier auprès d'une banque locale. Contrairement à la situation en RDC où, en pareille circonstance, par exemple, le demandeur devra joindre à sa demande une caution, sans être assuré d'obtenir une réponse favorable de l'établissement de crédit. Pour le juge Sénégalais avec une ancienneté de plus de 7 années d'exercice, la rémunération mensuelle est de l'équivalent de la somme de mille six cent quatre vingt et un euros (1,681

Euros). Par ailleurs, depuis 2011 il a été accordé une indemnité différentielle de salaires de l'équivalent de la somme de sept mille six cent quarante deux euros (7,642 Euros) à tous les hauts magistrats de la Cour suprême, du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et des Cours d'appel¹⁸⁵⁵.

1222. En Guinée, l'augmentation des salaires des juges est récente¹⁸⁵⁶, elle prévoit à l'équivalent de la somme de quatre cent trente neuf euros (439 Euros) pour le juge du tribunal de paix et atteint l'équivalent de la somme de quatre cent quatre vingt douze euros (492 Euros) pour le chef de juridiction ainsi que pour tout juge siégeant à la Cour de cassation ; à ces indemnités s'ajoutent celles liées au logement, au transport, et à l'allocation enfant. L'autre élément d'appréciation des inégalités de traitements de la fonction du juge c'est qu'en général, le coût de la vie n'est pas le même dans ces pays. Ainsi, nous pouvons constater que ce coût est plus élevé en RDC que dans les quatre autres pays étudiés ce qui met davantage le juge Congolais dans une « indigence » avérée. Par ailleurs, les développements qui précèdent confirment que les disparités constatées sont bien un phénomène réel qui affecte la fonction du juge dans les pays étudiés. Ce phénomène emporte deux conséquences principales.

1223. D'une part, le juge est exposé aux sollicitations (de la partie dont la cause semble perdue d'avance) ; ceci se traduit par la corruption et d'autres formes de pratiques (par exemple d'assistances financières, etc.) contraires à son statut, à l'éthique et à la déontologie de la Magistrature. En effet, il est difficile, pour un juge qui bénéficie de certains avantages de la part de justiciables, de faire preuve d'indépendance et d'impartialité lorsqu'il intervient dans un litige.

1224. D'autre part, l'on constate qu'un grand nombre de juges refusent d'exercer leur profession hors des grandes villes, ce qui met à mal l'égalité de traitements. À titre d'exemple, les autorités de la RDC ont, depuis mars 2018, procédé à la mise en application des dispositions constitutionnelles relatives à l'élargissement du nombre de provinces, lesquelles sont passées de 12 à 28. Concrètement, cela s'est traduit par la création « théorique » de juridictions, accompagnée par une série de nominations et de promotions de

¹⁸⁵⁵ Cette mesure avait pour but de : « *mettre à l'abri du besoin ceux qui sont chargés de garantir l'équilibre des institutions et de la société* », selon Monsieur Cheikh TIDIANE SY, ministre de la Justice, sur www.seneweb.com (consulté le 07 mai 2019).

¹⁸⁵⁶ Décret n°2019/324/PRG/SGG du 5 décembre 2019 fixant le régime uniforme de rémunération et pension des magistrats de l'ensemble des juridictions.

juges affectés en provinces, qui désertent en cascade leurs postes. On peut constater qu'en l'absence de l'autorité judiciaire dans les provinces concernées, l'État risque de faillir dans sa mission d'organisation et de fonctionnement du service public de la Justice. Une situation similaire est observée dans les zones en proie à des rebellions, comme l'Est de la RDC et le nord du Mali où, du fait de la mise à mal de l'indépendance matérielle du juge et où souvent des chefs traditionnels/religieux jouant le rôle de juges-pacificateurs, ont pris le relais, en tranchant en toute impunité les litiges, avec tout le risque que l'on peut imaginer. Cette situation constitue un recul par rapport aux efforts fournis pour la création et le maintien de l'État de droit dans les pays concernés. Cette situation observée en RDC, justifie par ailleurs, la détermination des enjeux des conditions de travail dans les cinq pays étudiés.

B. Les enjeux des conditions générales de travail

1225. S'agissant de l'intervention du juge, les enjeux des conditions de travail sont différents et peuvent être contradictoires, en ce qu'ils supposent une hausse du budget initial. Ainsi, dans les pays concernés par notre étude, d'un côté, les juges (à travers leurs organisations syndicales) ont tendance à motiver leur demande en faisant valoir l'égalité de traitements entre les détenteurs du pouvoir judiciaire et ceux des autres pouvoirs (législatif et exécutif). De l'autre côté, l'exécutif n'hésite pas d'invoquer les raisons budgétaires pour justifier l'impossibilité de respecter les textes relatifs au budget de fonctionnement alloué à l'intervention du juge. Lorsqu'elle est acquise, l'amélioration des conditions de travail du juge s'inscrit dans un cadre réglementaire que l'exécutif est tenu de respecter.

1226. D'une manière générale, les conditions de travail désignent l'environnement dans lequel l'« agent » vit sur le lieu de travail. De ce fait, elles sont constituées d'un ensemble de paramètres qui influent sur la satisfaction personnelle. À l'égard de l'institution judiciaire, par exemple, ces conditions influent sur la motivation du juge. Ainsi, l'amélioration des conditions de travail devrait constituer un avantage social à la fois pour les justiciables et pour la fonction du juge, notamment dans la procédure des litiges individuels du travail. Dans les cinq pays étudiés, améliorer les conditions de travail suppose également moderniser les installations de travail du juge et l'organisation, l'aménagement d'espaces de travail, le soutien matériel, humain, technique et logistique, etc. Étant inamovible, le juge a la possibilité au cours de sa carrière d'exercer dans plusieurs juridictions, parfois dans plusieurs provinces. Au-delà de l'enrichissement professionnel et personnel dont le juge peut en

bénéficiaire, on peut admettre que de tels changements peuvent occasionner quelques difficultés d'ordre social (déménagement, etc) notamment pour la famille (le conjoint et les enfants âgés de scolarité). Dans la plupart des pays étudiés, le changement de province (affectation) ne s'accompagne pas toujours des moyens dus au changement de fonction.

1227. En l'absence de prise en compte des conditions réelles de travail et de vie des principaux intéressés, on assiste de fait soit à des démissions en masse, soit à une présence massive de juges sans bureaux, quasiment mis « sur le banc de touche ». Au Cameroun, en Guinée, au Mali et en RDC par exemple, il n'est pas rare de voir des juges partager à quatre, voire à six des bureaux de faible espace. Dans ce dernier pays, Monsieur Shabani WATENDE, Trésorier général du SYNAMAC a affirmé qu'en plus : « *aucune juridiction n'est dotée de moyens de fonctionnement, papier, stylos, mobilier. Les magistrats manquent de tout. Les chefs de juridiction font fonctionner leurs juridictions par leurs moyens propres, même pour auditionner, vous allez voir le magistrat sortir son argent pour acheter du papier* »¹⁸⁵⁷. L'amélioration des conditions de travail du juge peut également justifier le recours aux accessoires de traitements comme une des mesures de correction (§2).

§ 2. Le recours aux accessoires de traitements : une mesure de correction

1228. Le Doyen Gérard CORNU définit le terme accessoire comme ce « *qui est lié à un élément principal mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui* »¹⁸⁵⁸. Dans le contexte de revalorisation de l'intervention du juge, les accessoires sont des « *compléments de rémunération* », tels que les primes, avantages en nature, frais professionnels et indemnités versés de manière non permanente¹⁸⁵⁹. Les accessoires entrent en ligne de compte pour le calcul de l'indemnité des congés payés, etc. Et pourtant, dans la plupart des pays étudiés, on observe que des dispositifs de versement des indemnités du juge existent. Dès lors, leur harmonisation selon une approche communautaire paraît adéquate afin de contraindre les États concernés au respect (A). Par ailleurs, en l'absence d'une prise en charge via une couverture sociale étatique fiable dédiée à l'intervention du juge, l'émergence de la mutuelle de santé paraît comme la solution médiane

¹⁸⁵⁷ Propos tenus sur les ondes de radio okapi, disponible sur www.radiookapi.net, consulté le 4 mai 2019.

¹⁸⁵⁸ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 11.

¹⁸⁵⁹ Article 48, loi organique n° 2017/10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats (Sénégal).

et de survie, pour autant qu'elle soit financée et gérée de manière indépendante par les adhérents (B).

A. L'harmonisation des indemnités : l'approche communautaire

1229. De manière générale, on constate que, depuis l'avènement de l'influence réciproque des disciplines, aucun système juridique des pays d'Afrique francophone étudiés n'évolue avec succès en vase clos. Notre démarche n'est pas de faire la promotion d'une possible unification des dispositions du statut professionnel applicable à l'intervention du juge dans les 5 pays étudiés, mais montrer que chacun de ces systèmes juridiques subit l'influence d'autres systèmes juridiques, ce qui peut permettre une meilleure adaptation aux réalités locales. Si selon le dictionnaire¹⁸⁶⁰, '*harmoniser*' signifie combiner, s'accorder avec d'autres, le Doyen Gérard CORNU définit l'harmonisation comme « *une opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle* »¹⁸⁶¹. De même, l'harmonisation désigne parfois un simple « *rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques* »¹⁸⁶². Ainsi, du fait de l'appartenance à des différentes sous-régions (Afrique centrale et de l'Ouest) des 5 pays concernés, nous retiendrons plutôt le second vocable proposé par l'éminent juriste pour aborder la question des indemnités du juge à partir d'une approche communautaire.

1230. La justification juridique de ce choix est que, d'une part, 3 des 5 pays étudiés, à savoir la Guinée, le Mali et le Sénégal font partie d'une organisation intergouvernementale sous régionale : la *Communauté Économique des États d'Afrique de l'Ouest* (CEDEAO)¹⁸⁶³, laquelle s'est dotée d'instruments juridiques efficaces et opérationnels dans plusieurs domaines. La CEDEAO est guidée par des principes fondamentaux, lesquels stipulent : « *respect, promotion et protection des droits de l'Homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuple* »¹⁸⁶⁴. Dans la mesure

¹⁸⁶⁰ Le Robert Maxi Plus, p. 501.

¹⁸⁶¹ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 507.

¹⁸⁶² *Idem*.

¹⁸⁶³ Créée le 28 mai 1975, il s'agit d'une structure chargée de coordonner les actions des États-membres. Son but principal est de promouvoir la coopération économique et politique ainsi que l'intégration dans la sous-région. À ce jour, la CEDEAO compte 15 États-membres, à savoir, le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Cap vert, la Gambie, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Ghana, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigeria, le Sénégal, la Sierra-Leone, le Togo.

¹⁸⁶⁴ V. Article 7 relatif aux *Principes fondamentaux* du Traité de la CEDEAO.

où, la rémunération est également une des composantes des droits sociaux et fondamentaux des droits du juge, nous pensons que leur inclusion dans le champ d'application du Traité de la CEDEAO devrait être justifiée en ce qu'il s'imposerait d'office aux 3 pays concernés (Guinée, Mali et Sénégal).

1231. D'autre part, on peut constater que, le Cameroun et la RDC n'ont rien de commun, en termes d'appartenance à regroupement sous régional. Dans le contexte de la mondialisation, nous pensons que, cette absence d'appartenance à une même organisation intergouvernementale similaire à celle de la CEDEAO n'empêche pas d'éventuels rapprochements, tel que celui relatif aux indemnités du juge. En principe, le régime indemnitaire du juge dans les pays étudiés est constitué par l'ensemble des sommes qu'il perçoit, en contrepartie ou à l'occasion de tout service exécuté, dans le cadre de ses fonctions. Les objectifs de ce régime consistent à la valorisation et la reconnaissance de l'engagement professionnel du juge tout au long de sa carrière. Si on admet qu'il y a une convergence entre les textes de ces cinq pays étudiés, lesquels prévoient ce régime indemnitaire à chaque juge¹⁸⁶⁵, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, des disparités énormes existent entre ces derniers. Nous pensons que l'objet de cette harmonisation serait de rendre plus lisible les dispositifs ainsi que, faciliter leur mise en application afin de limiter les effets d' « injustice » pour les « juges » bénéficiaires d'indemnités.

1232. Cette forme de « violation » avérée du non respect des dispositifs y référant est plus réelle au Cameroun, en Guinée, au Mali et dans une large mesure en République Démocratique du Congo. Dans ce dernier pays par exemple, la loi organique portant statut des magistrats Congolais, en son article 25 dispose : *« Les magistrats bénéficient d'une rémunération suffisante à même de conforter leur indépendance. Les avantages sociaux sont accordés aux magistrats : les allocations familiales pour le conjoint du magistrat et les enfants à charge ; les soins de santé pour lui-même, son conjoint et les enfants à charge ; l'indemnité de logement, à défaut d'être logé par l'État ; les allocations d'invalidité ; les frais funéraires pour lui-même, son conjoint et ses enfants à charge ; les frais de transport à défaut d'un moyen de transport de l'État »*. Cependant, les différents entretiens que nous avons eus

¹⁸⁶⁵ Article 48, loi organique n° 2017/10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats (Sénégal) ; Décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature (Cameroun) ; articles 83 à 87 de la loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats (Guinée) ; loi organique n° 02-054 du 16 décembre 2002 portant statut des magistrats (Mali) ; article 25 de la loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats (RDC).

avec des juges durant nos enquêtes de terrain ont montré qu'aucune de ces indemnités énumérées ne leur est versée.

1233. En revanche, au Sénégal les dispositions relatives aux indemnités de l'intervention du juge trouvent leur application effective. Ainsi, nous pensons que l'alignement des indemnités dues au juge du Cameroun, de la Guinée, du Mali et de la RDC pourrait se faire sur le « modèle » sénégalais en ce qu'il permet au juge de mener une vie décente. Le modèle sénégalais prévoit également les indemnités de judicature et celles de fonction. Dans l'ensemble, cette harmonisation inclurait d'autres indemnités telles que celles pour la saisie des jugements, des primes sur l'exécution des jugements, des heures supplémentaires. À titre d'exemple, le chef d'une juridiction à Kinshasa (RDC) nous a laissé entendre qu'« *il nous paraît inadmissible qu'un président de tribunal, qui travaille les week-ends, ne soit pas indemnisé pour ces heures supplémentaires de travail* ». Les difficultés observées par le juge dans les cinq pays conduisent l'émergence d'initiatives de survie.

B. L'émergence de la mutuelle de santé : une solution médiane et de survie

1234. Selon le dictionnaire¹⁸⁶⁶, l'émergence désigne l'apparition soudaine d'un phénomène naissant dans une suite d'événements ou d'idées. Dans les cinq pays concernés, si l'idée de mutuelle santé n'est pas nouvelle, sa promotion actuelle dans différents secteurs d'activités de la Fonction publique est la conséquence de la défaillance du système de protection sociale étatique. On peut constater que, toutes les législations en droit de la Fonction publique des pays étudiés prévoient un système de couverture maladie pour le juge¹⁸⁶⁷. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, ce dispositif est soit fonctionnel dans certains pays comme le Sénégal et, dans une moindre mesure le Cameroun, alors qu'il est source des difficultés ailleurs comme en Guinée, au Mali et en RDC. Ainsi, pour répondre de manière pragmatique aux difficultés récurrentes rencontrées par le juge ces deux dernières décennies, il paraît nécessaire de faire émerger les initiatives privées, telle que la création de mutuelle santé dédiée aux magistrats, financée sur fonds propres des adhérents et gérée par un organe indépendant, sous le contrôle du CSM.

¹⁸⁶⁶ Le Robert Maxi Plus, 2018, p. 347.

¹⁸⁶⁷ La loi L 2001028 AN du 31 décembre 2001 portant statut général des fonctionnaires (Guinée) ; loi n°10-029 du 12 juillet 2010 portant création de la Caisse malienne de sécurité sociale ; décret n°15/031 du 14 décembre 2015 portant création de la caisse nationale de sécurité sociale des agents publics (RDC) ; décret 757-89(du 14 août 1975 portant création des instituts de prévoyance maladie (IPM) au Sénégal.

1234. Dans les pays où cet outil est nécessaire, contrairement au modèle de mutuelle classique, la mutuelle des magistrats ne devrait pas mener les actions de prévoyance complémentaire au profit de ses adhérents actifs et retraités. Cette mutuelle santé devrait plutôt avoir pour objet d'assurer pleinement un rôle de premier plan dans la prise en charge nécessaire de soins du juge et de ceux de ses ayants-droit. La justification est que dans les pays concernés, dès sa prise de fonctions, chaque juge est obligatoirement affilié à la caisse nationale de sécurité sociale (CNSS), laquelle lui retient sa cotisation à la source sur les traitements et émoluments¹⁸⁶⁸. Or, dans certains pays comme la RDC, on peut constater qu'en cas de maladie, quelle que soit sa nature (professionnelle ou non), par exemple, le juge, voire ses ayants-droit font face à des difficultés liées à la prise en charge de frais d'hospitalisation, des médicaments, etc. D'une part, cette prise en charge ne concerne que les hôpitaux publics, lesquels sont peu ou prou équipés. D'autre part, dans les rares cas où la prise en charge est acceptée et où existent les hôpitaux/centres médicaux privés, elle est très limitée, ce qui conduit les bénéficiaires de déboursier eux-mêmes les frais de soins de grande importance. La généralisation de difficultés rencontrées par de nombreux « agents » de la Fonction publique en République Démocratique du Congo, par exemple, a conduit les enseignants Congolais à créer, il y a une dizaine d'années, la *Mutuelle de Santé des Enseignants de l'enseignement primaire, secondaire et professionnel* (MSEP)¹⁸⁶⁹, laquelle à ce jour constitue la seule expérience réussie en RDC, du moins pour tous les agents de la Fonction publique étatique.

1235. Inspirée selon le modèle de la *Mutuelle chrétienne belge* dont elle a bénéficié d'un appui technique important, la *MSEP-RDC* permet aujourd'hui de mettre les enseignants Congolais à l'abri des tracasseries administratives de la caisse nationale de sécurité sociale pour toute leur prise en charge de soins des adhérents et de leurs membres de famille, y compris de leurs enfants en âge de scolarité. La mission principale de la MESP-RDC est d'assurer : la « *prise en charge médicale des prestations de santé au bénéfice des enseignements affiliés en se portant garant du remboursement des frais y afférents en vertu*

¹⁸⁶⁸ Article 8 du décret n°15/031 du 14 décembre 2015, portant création de la caisse nationale de sécurité sociale des agents publics (CNSSAP), (RDC).

¹⁸⁶⁹ La Mutuelle de santé des enseignants de l'enseignement primaire, secondaire et professionnel (MESP) est une société d'assurance maladie obligatoire de type corporatif regroupant tous les personnels de l'enseignement public en République Démocratique du Congo.

du conventionnement établi auprès des hôpitaux agréés par les achats stratégiques des services de soins de santé en partenariat avec le ministre de la santé publique »¹⁸⁷⁰.

1236. De manière générale, on peut relever que, l'intérêt du modèle de la MESP-RDC est double. D'une part, c'est l'assemblée générale des adhérents qui contrôle de manière indépendante les activités de la mutuelle, le ministre de l'éducation nationale ne dispose d'aucun pouvoir d'injonction, de quelle que nature que ce soit. D'autre part, les enseignants Congolais du secteur public ont su réduire la marge de manœuvre de l'État employeur, en attribuant à la caisse nationale de sécurité sociale un statut de « partenaire » avec qui ils traitent à égal, notamment lors des concertations relatives aux versements des fonds auxquels ont droit les enseignants. Ce qui permet ainsi à la MESP-RDC de gérer en toute autonomie ses ressources financières lesquelles sont constituées en grande partie des cotisations des adhérents et des subventions de l'État.

1237. Si aujourd'hui, l'expérience de la MESP-RDC est en voie d'être exportée dans d'autres pays de l'Afrique francophone comme la Guinée¹⁸⁷¹, nous pensons que sa transposition dans l'intervention du juge dans les pays étudiés qui continue de faire face aux difficultés énumérées serait un début d'amélioration des conditions sociales et de travail des juges. Par ailleurs, nous pensons que l'amélioration de la couverture sociale du juge dans les pays étudiés ne peut pas se faire par la multiplication de nouveaux organismes¹⁸⁷², encore moins par de changement de dénomination de ceux existants¹⁸⁷³, sans une meilleure politique d'orientation et sans fixation des objectifs adaptés. Ainsi, le témoignage d'un conseiller à la Cour de cassation de la RDC que nous avons rencontré il y a quelques mois à Paris est révélateur. En effet, l'intéressé est juge depuis une trentaine d'années, est tombé malade au pays à la suite d'un début de cancer décelé quelques mois plutôt en 2018. En l'absence des conditions sanitaires appropriées, un rapatriement sanitaire s'imposait pour subir une intervention chirurgicale dans un hôpital en France. Après accord de sa hiérarchie (CSM et ministère) il a attendu en vain une prise en charge (partielle) de frais de voyage et

¹⁸⁷⁰ Article 2 des statuts constitutifs de la MESP-RDC, disponible sur www.mesprdc.org, (consulté le 9 août 2020).

¹⁸⁷¹ En effet, durant le mois de novembre 2018, une équipe d'experts de la MESP-RDC a séjourné en Guinée aux fins d'établir un partenariat avec le ministère guinéen de l'enseignement supérieur.

¹⁸⁷² Décret n°15/031 du 14 décembre 2015, portant création de la caisse nationale de sécurité sociale des agents publics (CNSSAP), (République Démocratique du Congo).

¹⁸⁷³ La loi n°16/009 du 15 juillet 2016 portant changement de dénomination de l'Institut National de Sécurité Sociale (créé par le décret-loi du 29 juin 1961) en une Caisse avec les mêmes objectifs, (RDC).

d'hospitalisation, y égard à son rang et au statut dont il relève. Il a fustigé : « (...) *l'État congolais agit en « ennemi » lorsqu'il s'agit d'assister ses magistrats, lesquels travaillent d'arrache-pied pour parvenir à l'État de droit, le plus souvent au péril de leur vie (...). J'ai été contraint de vendre un de mes biens immobiliers d'une grande valeur dans la capitale pour venir me faire soigner en France (...)* ».

1238. Si cet exemple concerne une prise en charge de soins d'un juge Congolais à l'étranger, il n'en demeure pas moins que la situation n'est pas différente lorsqu'il s'agit d'une prise en charge à l'intérieur du pays. La conséquence est qu'en cas de maladie (professionnelle ou pas), seul le juge chanceux survit, au cas contraire c'est l'irréparable qui se produit. L'augmentation chaque année du nombre des décès par maladie parfois bénigne dans la magistrature congolaise confirme l'état de défaillance du système de protection sociale existant. En revanche, le juge Camerounais, tout comme celui du Sénégal bénéficie d'une prise en charge directement supportée par l'État et qui fonctionne bien, ce qui exclu toute idée de créer une mutuelle des magistrats. Par ailleurs, au Sénégal et au Cameroun, c'est le régime de droit commun qui s'applique à l'ensemble des agents de la Fonction publique étatique, il prévoit une imputation budgétaire, laquelle prend en charge tous les soins du juge.

Conclusion du Chapitre 2

1238. Les développements précédents ont permis de mener des réflexions sur les voies possibles de permettre à l'intervention du juge de résoudre la crise dans laquelle elle se trouve depuis ces trois dernières décennies. En effet, si les cinq pays africains subsahariens étudiés connaissent des évolutions rapides du fait de leur démographie croissante, nous pensons qu'il est important que la fonction du juge évolue, au mieux, qu'elle puisse s'adapter pour faire face aux défis du service public de la Justice. Ainsi, la revalorisation de l'intervention du juge paraît être un moyen idéal afin de parvenir à une justice de qualité et indépendante. Par ailleurs, il doit s'agir d'une indépendance réelle, car le juge du travail a pour mission principale de trancher le litige individuel selon le droit. En outre, on a pu démontrer que l'indépendance du juge ne constituait nullement un privilège. Il s'agit plutôt d'un moyen lui permettant d'exercer sa profession sans pression extérieure.

1239. De manière traditionnelle, l'indépendance du juge est avant tout celle de l'institution judiciaire puis celle du juge, pris individuellement, raison pour laquelle, il est important qu'il y ait un code de déontologie professionnelle¹⁸⁷⁴ qui encadre l'exercice de l'intervention du juge par des règles préétablies. Les réflexions ont été axées autour de deux hypothèses. D'une part, nous avons considéré que la revalorisation devrait passer par l'urgente nécessité de l'attractivité de l'intervention du juge. D'autre part, la revalorisation ne devrait être possible que s'il y a une reconnaissance des traitements acceptables du juge.

1240. En l'absence d'une définition du concept de « droit attractif » proposée par la doctrine, nous en avons proposé une, à partir de la notion d'attractivité. Ainsi, l'attractivité en droit, est *un ensemble des mécanismes d'amélioration des conditions de modes de recrutement et d'exercice de la profession du juge mis en place par les pouvoirs publics et dont l'efficacité permet d'encourager plus de monde à intégrer la fonction du juge en vue de répondre aux besoins du service public de la justice*. Par la revalorisation de l'intervention du juge, elle devrait se faire sans difficulté, pour autant que soient également pris en considération, en

¹⁸⁷⁴ Si toutes les lois portant statut des magistrats des pays étudiés traitent de la déontologie professionnelle, cela reste sous forme d'« Annexe » à la loi pour 3 des 5 d'entre eux : Code de déontologie annexé à la loi n°02-054/ du 16 décembre 2002 portant statut des magistrats (Mali). Il en est de même pour le Cameroun et la Guinée où les lois portant statut des magistrats consacrent quelques dispositions en matière de déontologie professionnelle. En revanche, la RDC avec l'appui financier d'un organisme non gouvernemental américain (USAID) a édité le '*Code d'éthique et de déontologie des magistrats*', 2013. Récemment, le Sénégal a publié le '*Manuel de déontologie des magistrats*', LexisNexis, 2017.

amont, les facteurs d'évaluation. En effet, dans les pays concernés, on peut constater qu'il y a crise et ternissement de l'image de cette intervention, avec pour conséquence, la baisse du nombre des candidats au concours d'entrée à l'École de formation des juges mais pas une baisse des contentieux juridictionnels. Au-delà des conditions matérielles nécessaires à l'exercice de l'intervention du juge, il faudrait reconnaître plus d'indépendance au juge.

1241. À ce propos, le Doyen Jean CARBONNIER a écrit sur le charisme¹⁸⁷⁵. Au nombre d'exemples les plus connus de juge charismatiques, le « *bon juge Magnaud* » en est une illustration. Le charisme du juge peut, dans certains cas, le conduire à transcender les exigences prévues par la loi, à prendre une décision en tenant compte des considérations précises et factuelles. De même, l'attractivité consisterait à reconnaître plus de responsabilité au juge. En effet, on relève que, la question de la responsabilité du juge resurgit en même temps que celle de la légitimité du juge, toutes les fois qu'il y a des scandales judiciaires (médiatisés). Par ailleurs, faut-il rappeler que dans les pays étudiés, il y a des différences quant à ce qui concerne les conditions d'accès aux fonctions du juge. Ainsi, on relève tout d'abord, le Mali et la RDC où, l'accès à la profession de juge par voie de concours est autorisé à toute personne âgée d'au-moins 21 ans¹⁸⁷⁶.

1242. Ensuite, le pays comme la Guinée où l'âge est fixé à 35 ans au plus¹⁸⁷⁷. Enfin, au Cameroun, tout comme au Sénégal, les candidats doivent être âgés de 32 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année d'organisation du concours¹⁸⁷⁸. On peut remarquer que cette situation dans les systèmes malien et congolais peut être une source d'insécurité juridique, notamment en termes d'expérience du juge dans le traitement des litiges individuels du travail. En effet, dans ce dernier pays, par exemple, il est souvent reproché à l'institution judiciaire, de confier la gestion de ces litiges à des juges « *immatures* » du fait de leur jeune âge, notamment lorsque le juge ne bénéficie pas d'un encadrement de proximité, dans sa juridiction d'affectation. Ainsi, nous pensons qu'il est nécessaire de repenser ce critère d'accès aux fonctions du juge dans ces deux pays. En revanche, les réformes opérées en ce sens en Guinée, au Cameroun et au Sénégal nous paraissent être plus adaptées aux tâches confiées à tout juge. On rappellera

¹⁸⁷⁵ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, cours de D.E.S., *op.cit.*, cité dans la présente étude, au n° 745.

¹⁸⁷⁶ Article 1^{er} de la loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats (RDC) ; article 20, (f), de la loi n° 02-054/ du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature (Mali) ;

¹⁸⁷⁷ Article 7 de la loi organique L/054/CNT/2013 du 17 mai 2013 portant statut des magistrats (Guinée).

¹⁸⁷⁸ Article 11 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature modifié par le décret n°2004/080 du 13 avril 2004 (Cameroun) ; article 34 de la loi organique n° 2017-10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats (Sénégal).

également qu'au Cameroun et au Sénégal, le juge en début de carrière est affecté dans le ressort d'une cour d'appel, avec un statut « d'assistant » juge. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà des similitudes et des divergences quant à la condition d'âge d'accès à la profession du juge, il existe une convergence dans les cinq pays quant à la condition de diplôme d'accès à la profession¹⁸⁷⁹.

1243. Nous avons démontré que l'accès aux fonctions du juge devrait s'étendre à d'autres personnes dotées de plus d'expériences, à la fois professionnelle et de la vie, en général, à l'instar du même système appliqué au Royaume-Uni et au Québec. En effet, dans ces deux pays, ne peut être coopté comme juge que toute personne ayant exercé la profession d'avocat pendant une période d'au moins dix années, et se faire remarquer par ses pairs. Quel que soit le modèle à retenir, l'intervention du juge suppose une bonne formation initiale ainsi que la démonstration d'un savoir-être et d'un savoir-faire du juge.

1244. L'analyse nous a permis de constater qu'en droit comparé, certains pays membres de l'OCDE, suivant l'expérience américaine, ont expérimenté la transposition de l'approche managériale dans la Justice. S'agissant des pays d'Afrique francophone étudiés, le fait que l'intervention du juge connaisse des difficultés dues, en réalité, à la distance, voire à l'absence de dialogue entre les chefs de juridictions et leur hiérarchie, le management, dans l'exercice de cette intervention pourrait contribuer à sa revalorisation. Toutefois, ce nouveau mode de gestion suppose d'une part, la modification du programme d'enseignements dans la formation du juge, car à ce jour, le module de management est absent du cursus à l'ENM. D'autre part, contrairement aux méthodes applicables à l'entreprise privée, le management de l'intervention du juge devrait se faire différemment, car le chef de juridiction est et doit demeurer juge. Le management de l'intervention du juge, en ce qu'il crée la proximité, constitue une voie efficace de revalorisation des conditions de la profession du juge.

1245. Par ailleurs, nous avons mis en évidence que la revalorisation de l'intervention du juge devrait également servir à l'unité de l'activité juridictionnelle. En effet, le juge qui connaît les litiges individuels du travail est un juge judiciaire, différent du conseiller du tribunal du travail. La raison principale de cette attribution de compétence est que le droit du travail est une discipline du droit privé. Discipline totalement détachée du droit civil, il n'en reste pas

¹⁸⁷⁹ Les candidats doivent être détenteurs d'au-moins d'un Master 1/Maîtrise en droit, ou d'une Licence en droit (Bac+5) pour la RDC où le système LMD n'est pas encore applicable.

moins sous son influence. Le contrat de travail est traditionnellement formé selon les fondements des prescrits du code civil. La question de l'autonomie occupe une place importante dans la revalorisation de l'intervention de juger. Nous avons également vu que du fait du caractère transversal de nouveaux droits de l'homme, tels que les droits sociaux fondamentaux, ceux-ci font actuellement partie intégrante du droit pénal et du droit du travail. Dans la plupart des cinq pays étudiés, les réformes ont été entreprises afin de permettre l'insertion de nouvelles infractions, par exemple, sur l'abandon de poste ou d'exercice du droit de retrait dans le cadre d'une procédure de licenciement individuel.

1246. On enseigne que, dans la plupart des pays tels que le Cameroun, Mali, la Guinée et la RDC, les textes existent mais ne sont plus adaptés au contexte. Dans d'autres pays, à la signature du contrat, l'employeur s'engage à assurer la protection du salarié et des membres de sa famille, en cas d'accident de travail¹⁸⁸⁰. Par ailleurs, les dénonciations se font difficilement du fait de l'importance des activités informelles qui, très souvent, conduisent les parties à recourir aux modes alternatifs de règlement de litiges, plutôt que de saisir le juge étatique.

1247. L'avant-projet de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail est une bonne chose, bien qu'il soit victime de son contenu trop ambitieux, sans doute ce qui est à l'origine du retard de son vote par le Conseil des ministres des États membres. Pour autant, nous croyons en tout état de cause que, malgré ce retard observé, ce projet utile aux États membres, finira par aboutir un jour. Enfin, l'analyse a mis en évidence le fait que la revalorisation de l'intervention du juge passe également par la formation initiale, et compte tenu des réalités sociales dans chacun des pays, la formation continue est un bon moyen d'y parvenir et de reconquérir la confiance des citoyens et des justiciables.

¹⁸⁸⁰ Décret-loi organique de la sécurité sociale du 29 juin 1961 portant création de l'Institut national de sécurité sociale (INSS) en République Démocratique du Congo.

Conclusion du Titre 2 de la Deuxième partie

1248. Nous avons posé la question de savoir si dans les pays africains tels que le Cameroun, la Guinée, le Mali, le Sénégal et le Congo-Kinshasa, il était possible de mettre fin à la crise de confiance dans l'intervention du juge dans les litiges individuels du travail. Si c'est le cas, quels sont les aménagements susceptibles d'y être apportés afin que la fonction juridictionnelle dans ces pays d'Afrique francophone trouve ses lettres de noblesse ? S'agissant du juge au Cameroun, au Mali et la République démocratique du Congo, nous pensons que le fait pour les gouvernements de ces pays d'avoir ratifié de nombreuses Chartes internationales et régionales relatives à la Justice devrait les inciter à améliorer le traitement des juges comme c'est actuellement le cas au Sénégal et, plus récemment, en Guinée. On remarque donc, en somme, qu'une partie de la doctrine dominante considère la crise de la profession du juge en Afrique francophone comme identitaire.

1249. Le Doyen Roger PERROT a écrit, que cette crise était née « *d'une cassure entre ce qu'il est dans sa fonction, telle qu'envisagée au moment de la Révolution et ce que le public, le justiciable attend de lui, (...)* »¹⁸⁸¹. Et le Professeur LENOBLE a considéré que « *la crise du juge doit être replacée grâce aux enseignements de la philosophie du droit, dans une perspective générale, à partir d'enseignements de la mutation actuelle du rôle du juge* »¹⁸⁸². En réalité, cette crise de l'intervention du juge s'apparente à un paradoxe. En effet, d'un côté, la profession du juge fait face à des interdictions des politiques afin d'empêcher toute idée de faire naître le « gouvernement des juges », de l'autre, les citoyens et les justiciables ne cessent de réclamer une plus grande intervention du juge. Cependant, la non-immixtion faite à la profession du juge ne l'empêche pas de connaître des litiges individuels du travail les plus médiatiques. De même, la montée en puissance de la jurisprudence comme source de droit dans les pays africains retenus ne cesse d'inquiéter les politiques qui se revendiquent comme étant les seuls représentants du peuple. Il reste que l'obligation de motiver réduit quelque peu la marge de manœuvre du juge du fond, notamment de ne pas fonder sa décision sur des faits étrangers aux prétentions des parties au litige. Toutefois, des tempéraments sont prévus en ce sens que le juge peut fonder sa décision sur des fait notoires

¹⁸⁸¹ PERROT (R.), « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in LENOBLE (J.) (dir.), *La crise du juge, Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, 1992 n° 2, spéc. p. 544.

¹⁸⁸² LENOBLE (J.), *La crise du juge, Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, 1992, n° 2, p. 548.

ou encore des règles d'expérience commune. Ces tempéraments sont pour lui une protection dans sa mission.

1250. Par ailleurs, on a pu rappeler que la fonction du juge se distingue de l'arbitrage par l'*imperium* et la *jurisdictio*. En effet, seul le juge dispose de ces deux attributs, l'arbitre ne disposant que de la *jurisdictio*. Toutefois, il a été observé que dans les cinq pays d'Afrique francophones étudiés, il n'est pas rare de voir une confusion de rôles du juge des litiges individuels du travail, dans la mesure où ses décisions, pourtant dotées de l'autorité de la chose jugée ne soient pas exécutoires par le fait de la mauvaise volonté de la partie condamnée. Ainsi, d'une certaine manière, l'on peut se demander s'il y a encore des différences entre les fonctions du juge et l'arbitrage dans les litiges individuels du travail.

CONCLUSION GÉNÉRALE

*“Au vainqueur comme au vaincu, le juge doit s’attacher à montrer qu’il n’a usé de ses armes que dans la seule limite nécessitée par le respect de la loi et le rétablissement de l’équilibre un jour rompu”*¹⁸⁸³.

1251. De manière générale, pour le juriste, fût-il comparatiste, conclure est un peu présomptueux¹⁸⁸⁴. Un auteur relève à juste titre que le mieux peut-être est de s’interroger¹⁸⁸⁵, c’est ce que nous avons pu faire dans les présents développements. L’objectif de notre recherche était de contribuer à une réflexion sur les fonctions du juge en Afrique francophone au travers, notamment, de la mise en exergue et de l’analyse du traitement des litiges individuels du travail dans cinq pays ; cette ambition ne se trouve que très imparfaitement satisfaite et, parvenu au terme de cette étude, il est possible d’en mesurer les lacunes et les insuffisances ; lacune parce que l’ampleur du sujet a conduit à privilégier certains terrains d’investigation¹⁸⁸⁶. Or, l’on ne peut choisir sans délaissier, et tout délaissement est en soi sujet à discussion¹⁸⁸⁷

1252. Ceci étant dit, notre étude a permis de mettre en lumière, en ce qui concerne les fonctions du juge, l’existence de similitudes entre les cinq pays d’Afrique francophone retenus. Si dans ces derniers, il a depuis longtemps existé une ou des figures de tiers garant en charge de trancher des litiges entre groupes d’individus, entre un groupe et un individu et entre individus, les périodes coloniale et post-coloniale ont oeuvré, via la transposition du modèle européen, à implanté un nouveau modèle de justice incarné par le juge et, parallèlement soit à faire disparaître les juridictions coutumières, ainsi en Guinée, au Mali et en RDCongo, soit à articuler ordres juridiques ancien ou traditionnel et moderne, comme par exemple au Cameroun.

1253. Les cinq pays considérés n’ont pas en commun que ce processus historique de substitution, d’articulation plus ou moins réussie du ou des figures en charge de trancher les litiges s’élevant dans la société ou dans un groupe donné. Dans le cas particulier des relations

¹⁸⁸³ Cf. Le Premier Président DRAI lors de l’audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Paris, 8 janvier 1990.

¹⁸⁸⁴ MALAURIE (Ph.), « La conclusion est le contraire même de l’idée de droit », Conclusion, in : « Le contrat, questions d’actualité », *Petites Affiches*, 5 mai 2000, n° 90, p. 74 et s.

¹⁸⁸⁵ RENAUD (S.), *Droit civil des contrats et droit du contrat de travail. Contribution à l’étude de la dérogation au droit commun*, op. cit., p. 747.

¹⁸⁸⁶ SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, op. cit., p. 959.

de travail subordonné, il s'est agi y compris, pour l'ensemble de ces pays, d'une certaine façon de la création de « toute pièce » d'un tiers spécifiquement compétent, dès lors que le droit du travail qu'il est chargé d'appliquer est lui-même une « innovation » de la fin de la période de colonisation, colonisation elle-même « transfératrice », dans les pays considérés, du « modèle salarial ».

1254. Les cinq pays retenus pour notre étude ont, y compris et peut-être surtout en commun les difficultés de réception, d'implantation d'un modèle du « juge et de ses fonctions » constituant une référence relativement ancienne, notamment, en Europe, mais somme toute très récent pour eux. Il faut ici ajouter que les difficultés ne sont pas liées qu'à des variables culturelles ou à la « jeunesse » d'États qui n'existent de façon « indépendante » que depuis soixante ans. Les difficultés tiennent aussi aux manques de moyens, humains et matériels, et de compétences. D'une certaine façon, elles tiennent à un sous-investissement, en tous cas en une sous-estimation, inconsciente ou intéressée de la part des autorités publiques, des enjeux. Le recrutement, la formation et l'amélioration des conditions de travail du juge constituent en effet, pour l'ensemble des pays étudiés, des enjeux importants. On sait que les vieilles démocraties ne se sont développées que grâce à l'effectivité d'un État de droit.

1255. Nous avons pu constater combien, ne serait qu'au travers du prisme des litiges individuels du travail, l'effectivité des fonctions du juge participe à la création d'un État de droit, mais aussi à son maintien. Pour cela, le juge doit être « effectivement » indépendant et impartial. L'indépendance et l'impartialité forment le « socle » nécessaire au procès équitable. Elles constituent une garantie essentielle pour la protection des droits des parties en ce qu'elles garantissent l'absence de discrimination dans l'accès à la Justice dans un État de droit.

1256. Dans la même perspective d'un État de droit « effectif », notre recherche nous a conduit à rappeler que les cinq pays d'Afrique francophone étudiés ont ratifié des instruments juridiques relatifs à la protection des droits de l'homme¹⁸⁸⁸, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Protocole relatif à la Charte africaine des

¹⁸⁸⁸Le préambule de chacune de Constitutions des cinq pays étudiés réaffirme son attachement à ces instruments juridiques : la Constitution du 12 janvier 1992 (Mali), la Constitution congolaise du 18 février 2006, la Constitution guinéenne du 7 mai 2010, la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996, la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

droits de l'homme et des peuples, lesquels prônent également l'effectivité de l'indépendance et l'impartialité du juge. Dès lors, il paraît plus que nécessaire que les systèmes judiciaires des pays étudiés garantissent l'application de ces instruments fondés sur des valeurs à vocation universelle.

1257. Notre recherche nous permet de souligner combien l'indépendance et l'impartialité relèvent également d'une forme d'éthique et d'une déontologie professionnelle devant animées en permanence l'action du juge. Cette éthique, ces règles déontologiques ne sont pas données à tout candidat au corps de la Magistrature. Elles doivent être apprises, comprises, régulièrement retravaillées, ce qui emporte l'existence et un contenu d'une formation initiale mais aussi continue. En ce sens, on ne peut que se féliciter qu'au cours des dernières années, aient émergé en Afrique francophone des initiatives pour le « renforcement des capacités du juge », notamment sous l'égide de l'Organisation internationale pour la formation judiciaire (OIJT)¹⁸⁸⁹ et de l'École nationale de Magistrature française (ENM)¹⁸⁹⁰. Il reste toutefois à voir assumer directement par certains des pays étudiés, une véritable formation initiale et continue de leurs magistrats, singulièrement dans le domaine du travail subordonné.

1258. De façon plus générale, la crise actuelle des fonctions juridictionnelles dans les pays d'Afrique francophone étudiés ne saurait se résoudre que si l'on prend enfin en compte les motifs profonds de perte de confiance dans le système juridictionnel de la part des justiciables, voire de tous les citoyens, singulièrement dans le domaine des litiges individuels du travail. Paul RICOEUR nous enseigne qu'« *on peut naturellement dire que cette perte de*

¹⁸⁸⁹ Il s'agit d'une organisation non gouvernementale créée en 2002 pour promouvoir la justice par l'appui de la formation judiciaire à des Écoles de formation de la magistrature. L'OIJT est actuellement composée de 129 institutions de formation judiciaire, représentant 79 pays.

On peut constater que les institutions de formation judiciaire de 2 des 5 pays d'Afrique subsaharienne étudiés sont membres de l'OIJT, à savoir, le Centre de formation et de documentation judiciaire (Guinée) et du Centre de formation judiciaire (Sénégal).

¹⁸⁹⁰ Considérée comme la première et plus vieille École de formation des magistrats dédiée au système du droit civil, l'ENM partage son « savoir-faire » et son expertise à l'étranger, notamment par la participation à la conception, la création ou la modernisation et à l'enrichissement des instituts de formation judiciaire étrangers, soit dans un cadre bilatéral, soit dans un cadre multilatéral. A titre indicatif, pour ce qui est du champ d'activités de l'OIJT et de l'ENM, on constate que l'accent est mis sur la formation du juge, c'est le sens de l'article 2 de la « *Déclaration des Principes de la Formation Judiciaire* » de l'OIJT qui dispose : « *La formation judiciaire est essentielle pour garantir un haut niveau de compétence et de performance. La formation judiciaire joue un rôle fondamental pour garantir l'indépendance de la justice, l'État de droit et la protection des droits de tous* » (Cf. *Déclaration* adoptée par l'OIJT le 8 novembre 2017, disponible sur www.iojt.org (consulté le 01 octobre 2020)). C'est en application de cette Déclaration, par exemple, que l'OJT et l'ENM viennent d'apporter un appui financier et technique à la RDC pour le démarrage des activités de l'Institut National de Formation judiciaire (INAFORJJ) en RDC (Un accord d'accompagnement a été signé entre le gouvernement congolais et l'ENM le 20 août 2020, disponible sur www.enm.justice.fr, consulté le 1^{er} octobre 2020).

confiance, cette désaffection et cet éloignement ne sont que l'envers d'une violente déception »¹⁸⁹¹. Déception née dans la lenteur constatée dans le traitement des litiges individuels, particulièrement en droit du travail. Or, dans ce domaine, si on admet que l'accélération des délais de jugement est assurément une bonne chose pour les parties, elle l'est davantage pour les entreprises dont les investissements ont besoin d'être sécurisés par le système judiciaire.

1259. L'avènement de l'OHADA est aujourd'hui perçu comme un moyen sûr pour améliorer la sécurité juridique des investissements. De la même manière, nous espérons que l'aboutissement de l'avant-projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA facilitera l'effectivité des qualités que les citoyens entendent de leur juge. Comme le juge Keba MBAYE, l'un des pères initiateurs du droit OHADA, nous ne voulons pas perdre espoir de voir un jour le juge communautaire connaître de la procédure de règlement des litiges individuels du travail et que le domaine du travail subordonné fasse partie intégrante des actes uniformes de l'OHADA.

¹⁸⁹¹ RICOEUR (P.), *Philosophie, éthique et politique. Entretiens et dialogue*, in « J'attends la renaissance », *op. cit.*, p. 25.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET DICTIONNAIRES

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, col. “Quadrige”, 2003, 1649p.

ANTAKI (Nabil N.), *Le règlement amiable des litiges*, Les éditions Yvon Blais Inc. Québec, 1998

AUVERGNON (Ph.) (dir.), *L’effectivité du droit du travail. À quelles conditions?*, Bordeaux, PUB 2008.

BADINTER (R.), BREYER (S.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard, 2003

BALANDIER (G.), *Sociologie actuelle de l’Afrique noire*, Paris, 3 édition, 1955, p.3

BAYART (J.-F.), *L’État au Cameroun*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Science Politiques, 1979 (2e édition augmentée, 1985)

BENABANT (A.), *Droit civil les obligations*, Montchrestien-LGDJ-EJA, coll. “coll. “Domat”, Droit privé, 17 éd., 2018.

BERBCHUK (L. A.), *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, *Rand Journal of Economics*, 15 p. 404-415

BERGEL (J.-L.) :

- *Méthodologie juridique*, PUF, coll. “Thémis”, 2001, 408p.

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. “Méthodes du droit”, 4e édition, 2003, 374p.

BOSSU (B.), DUMONT (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail, introduction et relations individuelles du travail*, Tome 1, Montchrestien-Lextenso édition, 2008, 529p.

BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d’après le Traité de PLANIOL*, t. II, LGDJ, 1957, p. 110

BRUN (A.), *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey collection, “Bibliothèque de droit du travail et de la Sécurité sociale”, 1967, 706p.

BRUN (A.), GALLAND (H.), *Droit du travail, Des rapports individuels de travail*, Sirey, 2e édition, 1978, Tome 1, 983 p.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 1362 p.

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis Droit, 2e édition, 2013

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 10e éd., 2017, n° 75.

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Litec, 8e édition, 2013

CAM (P.), *Les prud'hommes: juges ou arbitres? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Les Presses de sciences Pô, 1981

CAMERLYNCK (G.-H.),

- *Les principes généraux en droit du travail*, Études, 1978, pp.35-45

- *Droit du travail, le contrat de travail*, Dalloz, 2e édition, 1982, 725p.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, édition A. Pédone, 2e édition, 1904, 397p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général* ; Montchrestien, 2001

COEURET (A.), VERDIER (J-M.), SOURIAC (M-A.), *Droit du travail, les rapports individuels et les rapports collectifs*, 16 édition Mémento Dalloz 2011.

COOPER (F), *Décolonisation et Travail en Afrique – l'Afrique Britannique et Française 1935-1960*, Paris-Amsterdam; Karthala- Séphis, 2004,p287

COOTER (Robert D.), RUBINFELD (D. L.), *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, Journal of Economic Literature*, Vol. XXVII (September 1989), pp.1067-1097

COLSON (R.), *La fonction de juger*, Fondation Varenne, LGDJ, pp. 348, 2006

CORNU (G.):

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 11e édition mise à jour, 2017

- *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 2e édition, 2005

Dictionnaire de l'Académie française, 5^e éd., 1789

Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932

COUCHEZ (G.), *Procédure civile*, 11e édition, Paris, Armand Colin, 2000

COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey Université, 16e édition, 2010

COUTROT (T.), *Critique de l'organisation du travail*, la Découverte, coll. "Repères", 1999, 121p.

COUTURIER (G.):

- *Traité de droit du travail: les relations collectives*, tome 2, PUF 2001

- *Traité de droit du travail, les relations individuelles de travail*, PUF, coll. "Droit fondamental", tome 1, 3e édition, 1996, 568p.

DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris LGDJ, 1950, 556p.

DEBRUCHE (A.-F.), *Équité du juge et territoires du droit privé-Le paradoxe de l'emprise immobilière dans les systèmes romanistes et de Common law*, Cowansville, Que: Y. BLAIS, 2008

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce-qu'une règle de droit*, Odile Jacob, 1997, 302p.

DELMAS-MARTY (M.), LUCAS de LEYSSAC (C.), (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996

DELALOY (G.), *Le juge judiciaire*, PUF, coll. « Droit et justice », 2005

DESPAIX (M.), *Le droit du travail*, PUF, coll. "Que Sais-je?", 6e édition, 1991, 127p.

DESPAIX (M.), *Traité de droit du travail, Négociations, Conventions et Accords collectifs*, tome VII, Dalloz, 2 édition, 1989, 586p.

DUGUIT (L.),

- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. "Bibliothèque Dalloz", 2003, 623 p.

- *Traité de droit constitutionnel*, 3e édition, Paris, Édition de Boccard, 1927-1930, 5 volumes.

DUQUESNE (F.), *Droit, le contrat de travail, la participation, les droits des salaires dans l'entreprise*, Memento Gualino, éditeur 2009

DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, PUF, coll. "Recherche politique", 1994, 468 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État, Eléments, Fonctions et Organes de l'État*, édition de Brocard, 3e édition, 1928, 881p.

DURAND (P.):

- *Traité de droit du travail*, Tomes 1 et 2, Dalloz, 1947-1950

- *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956

ESTOUP (P.), *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998

FALL BADARA (A.):

- *Le travail forcé en Afrique Occidentale Française (1900-1946)*, Paris; Karthala, 1993, p.302

- *Le travail au Sénégal au XXe siècle*, Paris, Karthala, 2011, 320 p.

FAVOREU (L.), (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000

FAVOREU (L.),

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Paris, 11^e éd. 2008,

- *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964

FAYE (E.), *La Cour de cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observe en matière civile*, Paris, Duchemin, 1903

FERRY (L.), RENAUT (A.), *Philosophie politique, 3/ Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, coll. Quadrage, 1996

FONTETTE DE (P.), *Vocabulaire juridique*, PUF, "Que sais-je", 1988

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations - L'acte juridique*, Sirey, coll. " Université ", 14e édition, 2011, 475 p..

FREUND (B.), "The African worker", Cambridge University Press 1988, pp.23-24

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, Paris, 1934

GAUDEMET (J.), *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4 édition, 2006, 389 p.

GAUDU (F.), VATINET (R.), *Traité des contrats, les contrats de travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, 625p.

GARSONNET (E.), CEZAR-BRU (CH.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commercial*, Sirey Paris, 2e édition, tome 2, 1925

GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positifs, essai critique*, LGDJ, 2 édition 1995, tome1 (446 p) et tome2 (422p)

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3 édition, 1993, 976p

GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 27^e éd., 2013

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, Précis Dalloz*, 7e éd., 2013, p. 693.

GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15 édition, 2005, 662p.

GLASSON (E.), TISSIER (A.), MOREL (R.), *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Recueil Sirey, Paris, 1936

GLASSON (E.), TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e édition, Paris, Sirey, 1925, Tome 1

GIUDICELLI-DELAYE (G.), *Institutions juridictionnelles*, 2e édition, Paris, PUF, 1993

GUINCHARD (S.),

- (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002

- *Droit processuel, Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 7e édition, 2013

HOUQUERBIE (F.), (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone?* Bryuland, 2013, pp.216.

ISSA-SAYEGH (J.), *Droit du travail sénégalais, tome XLII*, LGDJ, 1987.

JAVILLIER (J.- Cl.), *Les conflits du travail*, PUF, 1981

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, coll. Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso édition, 2e édition, 2012

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2 édition, Dalloz 1962

KERNALEGUEN (F.), *Introductions judiciaires*, 2 édition, Paris, Litec, 1994

KINE CAMARA (F.), *Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs: Philosophie et Pratique*, L'Harmattan, 2004

KI-ZERBO (F.), *Les sources du droit chez les Diola du Sénégal : logique de transmission des richesses et des statut chez les Diola du Boulouf (Casamance, Sénégal)*, Karthala, 1997, 217 p.

KRYNEN (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, t. II,

KUYU (C.) (dir.), MBOKOLO (E.), MEBENGA (M.), POIRIER (J.), ROCHEGUDE (A.), SITACK (B. Y.), TOHON (C.), VUDISA (J. N.), *À la recherche du droit Africain du XXIe siècle*, Éditions Connaissance et Savoirs, 2005

LAFUMA (E.), *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ 2008

LAKROUM (M.), *Le travail dans les pays en voie de développement (1910-1990)*, in G-V LABAT, (éditeur), *Histoire Générale du Travail Tome IV, le Travail au XXe siècle*, nouvelle Librairie de France, 1998, p.541

LARROUMET (C.), *Droit civil, tome 1: Introduction à l'étude du droit privé*, 2e édition, coll. Droit civil, Série Enseignement, Economica, 1995

LE GOFF (J.), *Du silence à la parole-une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. "L'univers des normes", 2004, 621p.

LYON-CAEN (G.),

- " Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail "(première approche), R.T.Civ.1974, pp.229-248

- *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", 1995, 99p.

LYON-CAEN (A.), JEANMAUD (A.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Actes, Sud, 1986, 259p.

MALINVAUD (Ph.), *Droit des obligations*, Litec, coll. "Manuel", 10 édition, 2007, 649p.

MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 10^e éd., 2004

MALAURIE (Ph.), *Droit civil: introduction au droit*, L.G.D.J., 4e édition, 2012

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNRK (Ph.), *Les obligations*, Defrenois-Lextenso édition, coll. "Droit civil", 4 édition, 2009, 854p.

MARTENS (G.-R.), *Les relations professionnelles et l'évolution politique au Sénégal*, Genève, Institut International d'Études Sociales, 1983

MARUANI (M.), *Travail et emploi des femmes*, La Découverte, coll. "Repère", 2003, 121p.

MASSON (G.), *Les juges et le pouvoir*, édition A. Moreau/Syros, 1977

MAZEAUD (L.), *Leçons de droit civil, t. III*, Paris, Montchrestien, 1962, p. 120.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LDGJ-Lextenso, Domat, Issy-Les-Moulineaux, 9^e éd. 2014

MAZIÈRE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, (préf. B.TEYSSIÉ), PUAM, 2003

MBAYE (K.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, les Nouvelles éditions Africaines, 1982, 379 p.

MINE (M.) et MARCHAND (D.), *Le droit du travail en pratique*, éd. Éyrolles, 27^e éd., revue et augmentée, 2015

MOREAU (M.-A.), MUIR WATT (H.), RODIÈRE (P.), *Justice et mondialisation en droit du travail: Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz 2010

MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile : organisation judiciaire, compétence, procédure*, 2^e éd., Recueil Sirey, Paris, 1949

MOTULSKY (H.),

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. Roubier (P.), Dalloz, 1991
- *Écrits, Études et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973
- *Cours de droit processuel*, Montchrestien, 1973

MUKADI BONYI, *Droit du Travail*, CDRS 2008

NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, préf. Perrot (R.), LGDJ, 1965

OLLIER (P.-D.), *Le droit du travail*, Paris, A. Collin, 1972, coll. U.

PAUVER (J.-Cl.), "La notion de travail en Afrique noire", in: *le Travail en Afrique Noire*, Présence Africaine n°13, Paris 1 Editions du Seuil, 1952, p.107

PAUTI (M.), *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, ENAJ, Paris, 1979

PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Domat Droit privé, Paris, 12^e éd., 2006

PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), *Institutions judiciaires*, 17^e éd., LGDJ, 2018

PFEFFERMAN (G.), *Industrial Labor in the Republic of Senegal*, Frederick A. Praeger, Publishers, New York, Washington, London, 1968, p.9

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 2 édition, Paris, Pichon, 1901, *Tome 1*.

POSNER (Richard A.), “Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, *Journal of Legal Studies*, 2 p. 399-458, Chicago University, 1973

RAY (J.-E.), *Droit du travail, Droit vivant*, 25e éd. actualisée et augmentée, éd. Liaisons, 2017.

ROCHEFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999

ROUBIER (P.), *Théorie générale de droit*, préf. Deroussin (D.), Dalloz, 2e édition, 2005

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 3 e édition, Paris, LGDJ, 1946, *Tome 1*

ROUSSELET (M.), *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours, t. 2*, Paris, Plon, 1957

RUBBENS (A.), *Le droit judiciaire congolais, tomes 1 & 2*, Kinshasa et Bruxelles, Université de Louvain et Maison Ferdinand Larcier, 1970, 340 pages.

SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, *Tome 1*, 1973, *Tome 2*, 1991, *Tome 3*

SUPIOT (A.),

- *Critique du droit du travail*, PUF, 199,

- Les juridictions du travail, (dir.) Camerlynck (G.H.), *Traité de droit du travail*, *Tome 9*, Paris, Dalloz, 1987

SEGOND (L.),

-*Évangile selon Mathieu, chapitre 18, versets 15 à 20*, in *La bible*, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa

-*Première épître de Paul aux Corinthiens 6: 1 à 7, Nouveau testament*, in: *La bible*, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa

- *I Rois 3: 16-28*, , *Nouveau testament*, in: *La bible*, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa

- *Livre de Deutéronome, chap. 16, verset 18*, in *La bible*, éd. Alliance Biblique de la RDC, Kinshasa

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), dir., *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11e édition, Paris, Dalloz, 2000

TROPER (M.),

- *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je, 2018

- *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PUL, coll. Verbatim, 2006

TCHOKOMAKOUA (Venant), KENFACK (P.E.), *Droit du travail Camerounais*, notions essentielles, PUA

TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.), *La discipline des juges : les Mercuriales de D'Aguesseau*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2007

VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2010

VINCENT (J.), GUINCARD (S.), *Procédure civile*, 25 édition, Paris, Dalloz, 1999

VIZIOZ (H.),

- *Traité élémentaire de procédure civile: organisation judiciaire, compétence, procédure*, Paris, Recueil Sirey, 2e éd., 1949

- *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956.

- *Études de procédure*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2011

WATT (G.), *Equity and trusts law*, Oxford University Press, 3rd éd. 2012

WERY (P.), *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2011

ZAPATA (Fr.), *La pratique du contentieux administratif du travail et de l'emploi*, Litec 1996

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, THÈSES, MÉLANGES

AUBIJOUX-IMARD (P.), *Le dialogue dans le procès*, thèse, Université Paris II, t.2.

AUDRY (J.), *La professionnalisation du juge*, Thèse, Université Toulon, 2016

AKOI AHIZI (P.), *Droit du travail et de la prévoyance sociale en Côte d'Ivoire*, CEDA, Abidjan, 1975

ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005

AMIEL-DONAT (J.), *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, Coll. Prat. Soc. , sous la direction de B. TEYSSIER, 1988

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002

ANAZEPTONE (Z.), *Le droit du non travail* , thèse de doctorat 3^e cycle en droit privé, université Yaoundé II (Soa), 1997

ANDRÉ (G.), *Du principe de neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Paris, Jouve et Cie, 1910

ANCEL (P.), RIVIER (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001

ARNAUD (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975

ASCENSSI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. Cadiet (L.), L.G.D.J., 2006

AUGUET (Y.), *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préf. Y. SERRA, LGDJ, 2000

BÂ (A.), *L'évolution de la législation du travail au Sénégal : de la loi sur la journée de huit heures (1999) à l'adoption du code du travail d'outre-mer (1952)*, Dakar, mémoire de maîtrise, UCAD, 1993

BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), *Réformer le droit du travail*, éd. Odile Jacob, 2015

BENTO de CARVALHO (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ 2018, préf. Gilles AUZERO, 2018

BERAUD (J.-M.), *La suspension du contrat*, thèse, Université de Lyon, 1979

BERNARD (A.), *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Paris-Bruxelles, 1937, p. 275.

BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normative du juge*, Paris, LGDJ, 1974

BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2000

BONNECHÈRE (M.), *Le droit du travail*, éd. la Découverte, 2008, coll. Repères.

BONTEMS (C.), dir., *Le juge: une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996

BOSSON (J.), *L'intérêt général dans le procès pénal*, thèse, Université de Poitiers, 2007

BOSSUET (J.-B.), *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte*, Paris, 1709.

BOUCHER (Ph.), (dir.) *La révolution de la justice. Des lois du Roi au droit moderne*, Paris, édition de Monza, 1989

BOURETZ (P.), *La force du droit-Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991

BREEN (E.), (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002

BRETTON (Ph.), *L'autorité gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964

BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.), HEUSECHLING (L.), (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001

BRONNERT (P.), *La clause de non-concurrence dans le contrat de travail*, thèse, Lyon III, 1974

BRUS (Fl.), *Le principe dispositif et le procès civil*, thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014

BOYER (L.), *La notion de transaction : Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse de doctorat, Université de Toulouse, 1947

CAILLOSSE (J.), *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, thèse, Université de Rennes I, 1978

CAMARA (O.), *Mémoires d'un juge africain. Itinéraire d'un homme libre*, Paris, Karthala, 2010

CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La discipline des juges. Judiciaires, administratifs et des comptes*, Litec, 2007

CARBONNIER (J.),

- *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995

- *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972

- « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », in *J. CARBONNIER, Écrits, Textes rassemblés*, par R. VERDIER, PUF, 2008.

- *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1.

- « *Le procès et le jugement* », *Cours de sociologie juridique*, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p.262.

- *Sociologie juridique*, cours de D.E.S., Paris II, année-universitaire 1973-1974, in : Association corporative des étudiants en droit et en sciences économiques de Paris

CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, Tome 1, 1922, Tome 2

CASEAU-ROCHE (C.), *Les obligations postcontractuelles. Contribution à l'étude des stipulations relatives à la rupture de relations contractuelles continues*, thèse, Paris I-Panthéon, 2002.

CASU (G.), *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, préf. P.-Y. GADHOUN, LGDJ, Paris, 2016

CAVROIS (M.-L.), DALLE (H.), JEAN (J.-P.), (dir.), *La qualité de la justice*, Paris, la documentation française, 2002

CAYLA (O.), RENOUX-ZAGAME (M.-F.), (dir.), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2002

CHAMPAGNE (G.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, thèse de doctorat en droit, université de Versailles-Saint-Quentin en Yvelines, 2008

CHARPY (C.), *Les rapports de systèmes constitutionnels et européens de protection des droits fondamentaux en France*, Thèse, Aix-en-Provence, 2016

CHAUVAUD (F.), YVOREL (J.-J.), *Le juge, le tribun et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995

CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LDGJ, 1970

CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, LGDJ, 2006

CHREKROUN (D.), *L'imperium de l'arbitre*, Thèse, Université Paris I- Sorbonne, 2008

CLAM (J.), MARTIN (G.), (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LDGJ, 1998

COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Nantes, 2003

CONTENTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, Tome 1, LGDJ, 1974

COPPENS (P.), *Normes et fonctions de juger*, Bruxelles: Bruylant, Paris, LGDJ, 1998

CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998

COULON (J.-M.), FRISON-ROCHE (M.-A.), (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996

COUMBA DIOP (M.), *Le Sénégal contemporain*, Karthala, 2002

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994

DAVASSE-BONTE (C.), *Le rôle du juge dans la rupture du contrat : Étude de droit civil et droit du travail*, Université de Toulouse 1, 2008

DAVIES (G.), *The legitimising role of Judicial Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights*, PhD Thesis, Cardiff University, 2017

DE LAVAL (G.), *Droit judiciaire*, t. 2, Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015.

DEFFAINS (B.), (dir.), *L'analyse économique du règlement des litiges: approches théoriques, empiriques et comparative*, Paris, GIP-Mission de recherché droit et justice, 2001

DHENNIN (S.), *La nullité du contrat de travail*, Mémoire DEA, Lille 2, 2001

DELON (D.), *La jurisprudence, source de droit*, Thèse, Paris II, 1980

DIAKHATÉ-FAYE (M.), *Le droit commun du licenciement au Sénégal*, thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 1992

- DOUENCE (M.) et AZAVANT (M.),** *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 3^e éd., 2017
- DOWRKIN (R.),** *L'empire du droit*, trad. Par E. SOUBRENIE, Coll. « *Recherches politiques* », Presses universitaires de France, Paris, 1994.
- DUBOIS (B.),** *Les conseils de prud'hommes au XXe siècle, entre État, patrons et ouvriers : les linéaments de la justice du travail (1806-1868)*, Université de Lille 2, 2000
- DURAND (P.),** *Traité de droit du travail*, 1947
- EL MECHAT (S.),** (dir.) *Les administrations coloniales XIXe – XXe siècles. Esquisse d'une histoire comparée*, Presse Universitaire de Rennes, 2009
- FERRY (L.), RENAUT (A.),** *Philosophie politique, 3/ Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1996
- FORGE (A.),** *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit du travail*, Mémoire Master 2 professionnel, Paris II, 2016, p. 20.
- FOYER (J.),** *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1996
- FRISON-ROCHE (M.-A.), HAENEL (H.),** *Le juge et le politique, les nouvelles règles du jeu*, Paris, PUF, 1998
- FRISON-ROCHE (M.-A.),** *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988
- FROUIN (J.-Y.),** *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris 2, 2009
- FRYDMAN (B.) et JEULAND (E.),** *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz-Sirey, 2011
- GAFFIOT (F.),** *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, Paris, 1934.
- GALY(M.),** *Le pluralisme juridictionnel en droit du travail, thèse de droit privé*, Université de Bordeaux, 2017
- GARAPON (A.),**
 - *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997
 - *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996
- GARAPON (A.) et SALAS (D.),** *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Le Seuil, 2006
- GAUCHET (M.),** *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995
- GAUDU (Fr.), VATINET (R.),** *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001.

GEOFFRAY (R.), *Le juge des référés en droit du travail*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Montpellier 1, 2004

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Étude de droit civil*, thèse de doctorat, Université Paris II, 1974.

GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. SERRA, Centre de Droit de la Concurrence, coll. *Études*, PUP, 1999

GONIDEC (P.-Fr.), **KIRSCH (M.)**, *Droit du travail des territoires d'outre-mer*, LGDJ, 1958

GONIDEC (P.-Fr.), *Les droits Africains, évolution et sources*, LGDJ, 2 édition, 1976

GOUEM (J.), *L'organisation juridictionnelle du Cameroun*, thèse de 3^e cycle de droit privé, Yaoundé, 1982

GÉRARD (Ph.), **Van de KERCHOVE (M.)**, **OST (Fr.)**, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983

GILI (J.-P.), *La cause juridique de la demande en justice, essai de définition*, Paris, L.G.D.J., 1962

GUICHARD (F.), *L'inspection du travail : histoire, structure, pouvoirs*, Université de Paris 2, 1984

GUINCHARD (S.), **VARINARD (A.)**, **DEBARD (Th.)**, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 14^e éd.

IFFONO (A. G.), *Lexique historique de la Guinée-Conakry*, Paris, L'Harmattan, coll. « Racines du passé », 1992

HESSELING (G.), *Histoire politique du Sénégal Institutions, droit et société*, Karthala, 1985.

JEAUNEAU (A.), *L'ordre public en droit national et en droit international de l'Union européenne. Essai de systématisation*, préf. Vincent HEUZÉ, LGDJ, Paris, 2018,

JEOL (M.), *La réforme de la justice en Afrique noire*, Pédone, 1963

ISSA-SAYEGH (J.), *Droit du Travail Sénégalais*, LGDJ-NEA, 1987

ISSA-SAYEGH (J.) et **LOHOUES-OBLE (J.)**, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002

KENFACK (P.-E.), *Essai sur la contribution du droit du travail à la théorie générale de la personne humaine*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, 2003

KONÉ (O.), *contribution à l'étude d'un droit du travail adapté à l'Afrique subsaharienne francophone à travers l'exemple des États d'Afrique de l'Ouest*, Université de Toulouse 1, 2010

KUTY (F.), *Justice pénale et procès équitable*, Larcier, 2006

LACAMP-LEPLAË (O.), *Le juge spécialisé en Droit judiciaire privé*, Thèse, Université de Toulouse 1, 2000

LAGARDE (X.), *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, préf. Ghestin (J.), L.G.D.J., 1998

LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, mare & martin, 2016

LAMBERT (E.-A.), *L'analyse économique des litiges individuels du travail*, thèse de doctorat en économie, Université de Nancy, 2008

LANZARA (D.), *Les modes prétoriens d'aménagements des principes du droit des obligations*, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2014

LECLERC (O.), *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005

LEGENDRE (P.), *L'empire de la vérité : leçon II*, Fayard, 2001

LE GOFF (J.), *Droit du travail et société*, PU Rennes, 2002.

LENOBLE (J.), (dir.), *La crise du juge*, Bruxelles: Bruylant, Paris, LGDJ, 1996

LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999

LE POGAM (M.), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, LexisNexis, 2014

LEROY (E.), *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris Dalloz, 2004.

LOPEZ (L.), *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, thèse, Université Jean Moulin, Lyon III, 2016

LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. Pr. WEIL, LGDJ, 1972

LOUBAKI-KAYA (E. S.), *L'évolution du droit des relations de travail dans les pays d'Afrique noire francophone. Le cas du Congo et du Gabon (Étude comparée)*, thèse de doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille, 2002

MAIER (P.), *New Public Management in der justiz*, thèse, Université St Gallen, 1999

MAINE (H.) Sir, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, Cambridge University Press, 1861

MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1995

MBAYE (K.), *Les droits de l'homme en Afrique*, éd. Pedone, Paris, 1992

MEIS-MASS (S.), *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, thèse, Université de Metz, 2004

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Université Paris I, 2003

MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de droit constitutionnel et de sciences politiques, t. 121, LGDJ, 2004.

MICHELET TOURNIER (S.), *Le juge et l'employeur*, Université de Toulouse 1, 2005

MINIATO (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. Beignier (B.), LGDJ, 2008

MISSE (H.), *Le droit international du travail en Afrique: le cas du Cameroun*, collection Droits et Sociétés, édition l'Harmattan, 1987

MITHOUARD (P.), *Les relations individuelles du travail d'après le code du travail des TOM*, thèse Paris, 1955, 437 p.

MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, t. 2, *L'esprit des lois*, Paris, Gallimard, « La Pléiade », 1951.

MORIN-GALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2013

MVENG (E.), *Histoire du Cameroun*, Paris, Présence africaine, 1963

NDAYWELL e NZIEM (I.), *Histoire générale du Congo. De l'héritage ancien à la République démocratique du Congo*, Duculot: De Boeck, Larcier: Afriques Éditions, 1998, 955 pages.

NDEYE (N.), *Le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal (Étude de droit comparé)*, thèse, Université de Strasbourg, 2012

NGBANDA (H.), *Crimes organisés en Afrique centrale*, éd. Duboiris, 2004, Paris.

NKOU MVONDO (P.), *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone, du droit privé au droit privé informel*, Université de Strasbourg III, 1995

NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965

OST (Fr.), Van de KERECHEVE (M.), GÉRARD (Ph.), (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983.

OST (Fr.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, PUSL, 1983

OWANA (A.), *Naissance du Cameroun 1884-1914*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Racines du Présent », 1996

PELISSIER (J.), SOUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Droit privé, 24^e éd., 2008

PETIT (F.) (dir.), *Le règlement amiable des différends sociaux*, Étude juridique: France, Espagne, Québec, L'Harmattan, Paris, 2007.

PERELMAN (Ch.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, préf. Michel VILLEY, Paris, LGDJ, 1984.

PEYROUX-SISSOKO (M.-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, thèse, Université Paris I, 2017

PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2011,

PONTIF (V.), *La sécurité juridique et le droit du travail*, Université de Paris X-Nanterre, 2011

POURIAS REXAND (N.), *Le rôle du juge dans le contrat de travail (la mondialisation des obligations de l'employeur)*, Université d'Angers, 2000

RABEL (E.), DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e édition, Dalloz, paris, 2002

RANGEON (Fr.), *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G.VEDEL, *Économica*, Coll. Politique comparée, 1986.

REINMANN (M.), ZIMMERMANN (R.), *The Oxford Hand Book of Comparative Law*, 1st ed., nov., 2006.

RENAUD (S.), *Droit civil des contrats et droit du contrat de travail. Contribution à l'étude de la dérogation au droit commun*, thèse, Université Paris II, 2007

RENOUX-ZAGAME (M.-F.), *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française*, Paris, PUF, 1997

REYMOND (R.), *La prohibition des arrêts de règlement et les avis contentieux du Conseil d'État. Aspect d'un pouvoir normatif*, Mémoire pour le Master recherche Droit public approfondi, Université Panthéon-Assas Paris II, 2008

RIALS (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, 1993

RICOEUR (P.),

- *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, *Esprit*, nov. 1994

- *Philosophie, éthique et politique. Entretiens et dialogue*, in : « J'attends la renaissance », entretien avec J. ROMAN et E. TASSIN, Seuil, Paris, 2017

RIGAUX (F.), *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997

RIVIER (M.-C.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Un objet nouveau dans le discours des jurists français?*, Paris, GIP-Mission de recherche droit et justice, 2001

ROBICHEZ (J.), *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse, Paris I, 1999

ROBIN (C.), *La langue du procès*, thèse, Université de Clermont-Ferrand, 2000

ROUET (G.), *Justices et justiciables au XIXe et XXe siècles*, Paris, Berlin, 1999

ROUSPIDE - KATCHADOURIAN (M- N.), *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*. LGDJ, 2014, Coll. Bibliothèque de Droit social, t.62.

ROUSSEAU (J.-J.),

- *Les confessions. Livres I à VI*, Les classiques de Poche, 2012.

- *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762), publication de ATHENA - société Jean-Jacques Rousseau, Genève, 1998.

ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1979; (dir.), *Être juge demain*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1983

SAADIA (Y.), *Droit du travail comparé francophone et anglophone en Afrique occidentale*, thèse, Université de Lyon, 1967, 215p

SANGARÉ (Y.), *Les sanctions en droit du travail : Etude comparative du droit français et du droit malien*, thèse de doctorat en droit, Université de Cergy-Pontoise, 2012

SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002

SARDA (F.), *Les responsabilités des juridictions. Les fautes de la justice*, Paris, PUF, 1999

SCELLES (G.), *Droit ouvrier*, Paris, Dalloz, 1922.

SCHROEDER (F.-M.), *Le nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, 1978

SCHNAPPER (D.), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, éd. Gallimard, 2010

SCHUTTER DE (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques Américains et Européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999

SIEMS (Math.), *Comparative Law (Law in context)*, Cambridge University Press ; 2nd édition, 2018

SIKU BEYA (G.), *Règlement des litiges individuels en droits belge et congolais du travail*, thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2005

SOLUS (H), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé, t. 3*, Paris, Sirey, 1991.

SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, thèse de doctorat d'État en droit, Université de Bordeaux I, 1979

SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994

TCHAKOUA (J.-M.), *Les droits fondamentaux du travailleur*, thèse de doctorat d'État, Université Yaoundé II, 1999

TERNYNCK (E.), *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique. Essai sur l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, thèse, Université de Lille 2, 2014

THUILLIER (A.), *L'art de juger*, Paris Economica, 2001

TIMIST (G.), *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993

TOCQUEVILLE de (A.), *De la démocratie en Amérique*, édition Flammarion, 1999.

TRUCHER (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Bibliothèque de droit public, t. 125, LGDJ 1977

TSIKLITIRAS (S.), *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, thèse, Université Paris II, 1988

VALOIS (M.), *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale. Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Thèse, Université de Montréal, 2009

VAN LANG (A.), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996

VERGOTTINI de (G.), *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, (trad.) J-J. PARDINI, Dalloz, 2013.

VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968

WAGUE TCHOKOTCHEU (D.-C.), *L'oralité dans le procès civil : plaidoyer pour la reconsidération de l'oralité à la lumière du procès équitable*, thèse, Universités de Ngaoundéré –Nantes, 2016

WALINE (M.), préface, *Du déni de justice en droit public français*, par Louis FAVOREU, LGDJ, Paris, 1965

WEBER (J.-Fr.), *La Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2006,

WEBER (M.), *Essay in Sociology*, O.P.U., New York, 1958

WOLMARK (C.), *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, préf. G. BORENFREUD, Dalloz, 2017

YANPELDA (V.), *Décentralisation productive et droit du travail. Réflexions à partir du droit Camerounais*, thèse, Université de Bordeaux IV, 2009

ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991

ZWEIGHT (Kon.), KOTZ (H.), *An introduction to comparative Law*, Oxford University Press, U.S.A.; 3rd ed., 998, 742.

III. ARTICLES, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS, CHRONIQUES, FASCICULES

A

AGUEUSSEAU (H.-F.), *Instructions sur les études propres à former un magistrat*, I, Paris, 1759, p. 258 et s.

ALLARD (J.) et VAN WAEYENBERGE (A.), « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n°2008/2, vol.61, pp.109-129

ALLARD (J.), BLERO (B.), BOULARBAH (H.), CORTEN (O.), KLEIN (P.), POIRIER (J.), « Le juge : un acteur en mutation », in : *Action de Recherche Concentrée*, article disponible sur : www.arcdroit.ulb.ac.be, (consulté le 10 décembre 2018).

ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », article disponible sur : www.ihej.org (consulté le 12 décembre 2018), p. 2.

AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire, *Justices*, 1997, n°5, p. 135.

AMSELEK (P.),

- « Brèves réflexions sur la notion de “sources du droit” », *APD*, 1982, Tome 27, p. 251.
- « L'interprétation à tort et à travers », in: *Amselek (P.), (dir.), interprétation et droit*, Aix en Provence: PUAM, Bruxelles, Bruylant, 1995, p.11.
- « Les fonctions normatives ou catégories modales », in: *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 51.
- Norme et loi, *A.P.D.* 1990, p. 92.
- « Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n°1, p.5.

AMRANI-MEKKI (S.),

- Les catégories de Common law et de Civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties, in: *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, p. 157.

- “Qu’est-ce devenue la pensée d’Henri Motulsky? Les droits de la défense, Procédures”, 2012, dossier 6.
- Le principe de célérité, in *Revue française d’administration publique*, 2008, n° 125, p. 43 à 53.

ANCEL (P.), “ L’encadrement de la jurisprudence par le contrat”, in: P. ANCEL et (M.-C.) RIVIER, *les conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris Economica, 2001, p.6.

ANCEL (P.), MUIR-WATT (H.), “À propos de deux arrêts de concert: l’office du juge et la loi étrangère”, in: *Le NCPC (1975-2005)*, (dir.), Foyer (J.), Economica, 2006, p. 399.

ARNULL (A.), « Judicial Dialogue in the European Union », Oxford Scholarship Online, January 2013.

ARTHUR (E.), “Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions”, RDP, 1900, Tome13, p.214, Tome14, p.34, p.236.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre 3, ch.10

ATIAS (C.):

- “L’ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé”, *JCP* 1984, I, 3145, n°3.
- “L’erreur grossière du juge”, *D.*1998, *chron.* 280.
- “Au plaisir du juge! (Audiatur...)”, *D.*1999, *Dern. act.* n°19.
- La fonction d’appréciation souveraine des faits, *D.* 2009, p. 744.

AUBERT (G.), “Le pouvoir d’appréciation du juge en droit du travail (observations sur l’article 4 du CC”, Genève, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2002.

AUBERT-MONPEYSEN (Th.), « La combinaison des normes par la Chambre sociale de la Cour de cassation », in : *pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Presses de l’Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 119

AUBY (J-M.), “Le principe de la publicité de la justice et le droit public”, in: *6e Colloque des instituts d’études judiciaires, le principe de la publicité de la justice*, Paris, Librairies technique, 1969, p.7.

AUCLAIR (N.), *JCP* 2000, II. 10291, pp. 696 et s.

AUDINET (A.), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, p. 99

AUVERGNON (Ph.):

- “Des esprits présents dans le projet d’acte uniforme OHADA portant droit du travail”, in *l’esprit du droit africain, Mélanges en l’honneur du Professeur P.-G. Pougny*, Éd. Lamy, 2014, pp.113-146.
- “Renforcer ou réorienter l’inspection du travail”, controverse, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°4-avril 2014, pp.232-335.

- “Droit social et travailleurs pauvres”, Bruxelles Éd. Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2013, p.408.
- “Les fonctions assurées par des inspecteurs et contrôleurs du travail dans le système d’administration du travail en Afrique francophone subsaharienne”, *BIT*, Genève, novembre 2007.
- “Modèles et transferts normatifs en droits du travail de pays africains”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.117-138.
- “Observations et propositions sur le projet d’Ace uniforme portant droit du travail dans l’espace OHADA, *Rapport BIT*, Genève, 2002, p.49.
- “Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative”, in: *Les juges et le droit social: actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Bordeaux, COMPTASEC, 2002, pp.7-18.
- “Les moyens de preuve devant le juge prud’homal”, *Cahier prud’homaux*, 2001, n° 9.
- “La preuve et le procès prud’homal”, *Action Juridiction*, janvier 1999, n°134, p.7.

AUVERGNON (Ph.), LAVIOLETTE (S.), OUMAROU (M.), “Des fonctions et limites des administrations du travail en Afrique subsaharienne: actualité de la Convention n°150 de l’OIT”, *Revue Internationale du Travail*, vol. 150 (2011), n°12.

AUVRET (P.), AUVRET-FINCK (J.), “La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques”, in: *gouverner, administrer, juger-Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p.403.

AVRIL (P.), “La séparation des pouvoirs aujourd’hui”, in: M. TROPER et L. JAUME, (dir.), *1789 et l’intervention de la constitution*, Bruxelles: Bruylant, Paris, LGDJ, 1994, p.295.

B

BACH (L.), “Jurisprudence”, *Rép.civ.* Dalloz, 2000,

BACOT (G.), “L’esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann”, *RDP*, 1992, p.617.

BADARA FALL (A.):

- “Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics: pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique”, Afrilex.
- « Le juge, le public et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in : *Le statut du juge en Afrique*, Actes de Deuxièmes journées scientifiques en Afrique du Réseau Droits Fondamentaux de l’Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/ AUF, 2000, pp. 309-346.
- “L’accessibilité de la justice en Afrique”, in justice et droits de l’homme, XXVII Congrès de l’IDEF, 2003, pp. 323-340.
- « Les menaces de l’indépendance. Les menaces internes », in *L’indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l’Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l’usage du français, Dakar, 2007, p. 56.

BADINTER (R.), (dir.), *Une autre justice, contribution à l’histoire de la justice sous la Révolution française*, Fayard, 198

BAETENS-SPETSCHINSKY (M.), « La mise en état et les conclusions », in : *Actualités de droit judiciaire*, CUP, vol. 122, Anthémis, déc. 2010, p. 77, n°47.

BALENSI (I.), “L’homologation judiciaire des actes juridiques”, *RTD Civ*, 1978,42 et p.233.

BANCAUD (A.) et JEAN (J.-P.), « Les juges en enquête : histoire de l’inspection des services judiciaires », in *Juger, les juges. Du Moyen Âge au CSM*, Doc. Française, 2000, p.188

BANDRAC (M.), “L’action en justice, droit fondamental”, in: *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.1.

BARRÈRE (G.), “ Le dualisme judiciaire: le juge, la république et le marché”, in: Chemillier-Gendreau (M.) et Moulier-Boutang (Y.), *le droit dans la mondialisation, une perspective critique*, Paris, PUF, 2001, p.77.

BARBARIN de (M.), “ Du principe de l’égalité des armes à l’égalité des droits des parties en matière fiscale”, *Revue de la recherché juridique, droit prospectif*, PUAM, 2005, pp. 1449-1461.

BARAK (A.), “ L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie”, *Revue de droit constitutionnel*, 2006/2, n° 66, pp. 227-302, spec. p. 276.

BART (J.), « Le Droit, la Loi, les Mœurs. L’enjeu de la codification », *Droit et Société*, 1990, n°14, pp.47-54, spéc.47.

BARTHOUIL (T.), “Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé”, *RRJ*, 1992-2, p.343.

BAUDE (W.) ET SACHS E. (S.), « The Law of interpretation », *Harvard Law Review*, vol. 130, February 2017, number 4.

BAYONA-ba-MEYA (N.), “Regard estimative sur les problèmes saillants du fonctionnement de la justice congolaise”, in: LUKUNI WA YUMA, *vol. 2*, n°3, p. 36.

BECHILLON DE (R.), “ Le gouvernement des juges: une question à dissoudre”, *D.* 2002, *chron.* 973.

BEGIN (L.) et VACHON (Y.), « L’interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire ? », in M.-C. BELLEAU et F. LACASSE (dir.), *Claire L’Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 721.

BEIGNIER (B.), **BLÉNY (C.)**, “L’impartialité du juge, entre apparence et réalité”, *D.*2001, *chron.*2427.

BEIGNIER (B.):

- “ Ordre public et compétence”, in: *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, PUSST, 1996, p. 100.

- « Avant propos », in *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010.

BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Revue française de théorie juridique*, 9, PUF, 1989, p. 51.

BELLAMY (M.), « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP* 1973, I, 2522.

BELLET (P.):

- « Le juge-arbitre », *Rev.arb.*, 1980, p.394.

- « Le juge et l'équité », in: *Études offertes à René Rodière*, Paris, Litec, 1981, p.9.

BENABENT (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP*, 1977, I, 2849.

BEN HADJ YAHIA (S.), « Des juridictions d'exception aux juridictions spécialisées, le sort », in : *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 77-79.

BESSON (A.), « Le Conseil supérieur de la magistrature », *D.* 1960, chron., p. 1.

BERETTA (F.) (dir.), BIANCHI (L.), FANTOLI (A.), LERNER (M.-P.), *Galilée en procès, Galilée réhabilité ?*, éd. Saint-Augustin, 2005, pp. 1 à 173

BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif ? », in *Le juge judiciaire*, Dalloz, 2016, p.20.

BIGOT de PREAMENEU (1747-1825), lors de la séance du 24 Ventôse, An XII.

BLAISE (H.), « Reçu pour solde de tout compte et transaction : bilan de trois ans de jurisprudence », *RJS* 5/91, p. 287.

BLÉRO (B) et MUNUNGU LUGUNGU (K.), « Le management de la justice : un défi à l'indépendance du juge ? in : *Revue de la faculté de droit et de criminologie de l'ULB*, pp. 19-322

BLERY (C.):

- « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1970? », *Histoire de la justice*, 1991, n°4, p.79.

- Qu'est-ce-que l'autorité de la chose jugée? Une question d'école?, *Procédures*, 2007, étude 11.

- « Concession des demandes et office du juge: une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès? », in: *Mélanges à la mémoire du Doyen Héron*, LGDJ, Lextenso, 2009, p.111.

- « Rapport introductif. La notion de spécialisation », in *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, p.13-22.

BLOCH (C.) et HILAIRE (J.), « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale*, colloque d'Orléans, PUF, t II, 1988, p.469

BLONDEL (P.):

-“Le juge et le droit”, in: *Cour de cassation, le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, Paris, la Documentation française, 1998, p.103.

-“Le fait, source de droit”, in: *Mélanges offerts à Pierre Drai, le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 203.

BIGOT (G.), « Le juge judiciaire, créateur de droit administratif », in *Le juge judiciaire*, Colloque organisé à l’Université Jean Moulin-Lyon 3, les 3-5 juin 2015, *Dalloz*, 2016, p. 5.

BOLARD (G.):

-“Les juges et les droits de la défense”, in: *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 49.

-“L’arbitraire du juge”, in: *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 225.

-“ Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henri Motulsky”, *JCP G* 1993, I, 3693.

- Les faits tires du dossier, in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 43.

- “L’office du juge et le rôle des parties: entre arbitraire et laxisme”, *JCP G*, I, 156.

- “Notre belle action en justice”, in: *Mélanges en l’honneur de Georges Wiederkehr, De Code en Code*, Dalloz, 2009, p. 17.

- “Le moyen contraire aux précédents écritures”, in: *Mélanges en l’honneur de Jean Buffet, La procédure dans tous ses états*, Montchrestien, 2004, p. 51.

BOLARD (G.), FLÉCHEUX (G.), “l’avocat, le juge et le droit”, *D.*1995, *chron.* 221.

BOLARD (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *J.C.P.*, 1993, *Doctrine*, 3693, pp. 329 et s.

BONNARD (R.), “La conception matérielle de la fonction juridictionnelle”, in: *Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz: Tops; Paris: E. Duchemin, 1977 (1ère édit. 1933), p.1.

BONNECHÈRE (M.), Les normes du droit du travail, l’ordre public social et le « principe de faveur », disponible sur <https://www.silogora.org/ordre-public-social-et-le-principe-de-faveur>. (Consulté le 12 juillet 2019).

BOUCOBZA (I.), « L’indépendance de la justice et l’indifférence des juristes français », in *Actes de la journée d’étude de l’Institut d’Études de Droit Public (IEDP)*, 19 novembre 2010, *ASPIRO SEDKY, G. DELMAS et S. ROBBE (dir.)*, p. 17.

BRAIBANT (G.), « Le Conseil d’État », in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, 140.

BRANDAC (M.), “ L’action en justice, droit fondamental”, in: *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 220o

BRÉCHON-MOULÈNES (C.), *L’impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature ?* : *Revue de Droit Public*, 1973, pp. 647.

BREDIN (J.-D.):

- “Qu’est-ce-que l’indépendance du juge?”, *Justices* 1996-3, p. 161.
- “L’amiable composition et le contrat”, *Rev. Arb.* 1984-2, p. 259.
- “Remarques sur la doctrine”, in: *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p.111.
- « La responsabilité des juges », in: *Académie des sciences morales et politiques*, séance du lundi 6 novembre 2006, p. 2.
- « Déontologie et responsabilité du juge », in: *Le service public*, O. Jacob, 1998, p. 168.

BRENNER (C.), “Pour un humanisme respectueux de l’autonomie processuelle”, in: *Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l’humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 175.

BRÉTON (J.-M.), « L’égalité et l’État de droit : statut et perception du juge de l’administration en Afrique noire francophone. Contribution à une réflexion transversale », in : *Le statut du juge en Afrique*, Actes de Deuxièmes journées scientifiques en Afrique du Réseau Droits Fondamentaux de l’Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/ AUF, 2000, pp.309-346.

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées », *Rép. Proc. Civ.* Dalloz, 1978

BOIGEOL (A.), « La formation des magistrats (De l’apprentissage sur le tas à l’école professionnelle) », in *Acte de la recherche en science sociale*, vol.76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p.51.

BON (P.), « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *D.* 2010, 2007-2017

BOSHAB (E.), “La misère de la justice et justice de la misère en République Démocratique du Congo”, *Revue de la Recherche Juridique*, 1998, 3, 1169.

BOUBLI (B.), « Le juge, la norme et le droit du travail », *Les sources du droit du travail*, (dir.) B.TEYSSIÉ, PUF, coll (Droit, éthique et société », 1998, p.36

BOULARBAH (H.), « Le juge ne doit pas statuer sur les demandes non reproduites dans les conclusions de synthèse », in : Centre de droit privé de l’ULB, disponible sur : www.procedurecivile.be/index.php ? (consulté le 23 décembre 2018).

BORÉ (J.) :

- « La Cour de cassation en l’an 2000 », *D.*1993, *Chr.*, p.133.
- « L’office du juge en première instance, en appel et en cassation », in : *L’avenir du procès civil. À propos des réformes de la justice civile. Réflexions prospectives et comparatives sur l’avenir du procès civil*, Colloque du droit processuel, du 21 février 2019, C. Chainais, X. Lagarde (coord.), *La Semaine juridique*, éd. gén., supplément au n° 14, 8 avril 2019, p.41.

BOYER (L.), “ La transaction”, *Répertoire Dalloz*, n° 2, 1989, n° 39, p. 2.

BOYER-CAPELLE (C.) et BONNETTE (Ch.), « Séparation des pouvoirs », in : *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, Loïc CADIET, Jean-Paul JEAN et Hélène PAULIAT (dir.), IRJS éd., 2014, p. 150.

BRAECKMAN (C.), « La RDC dépecée par ses voisins », *Le monde diplomatique*, octobre 1999, p.16-17.

BRAILLON (Ch.), “ Nouvelles perspectives sur le droit judiciaire du Congo belge et les acteurs de la justice coloniale: la procédure d’annulation des jugements indigènes”, in: *Droit et justice en Afrique coloniale, FUSL*, 2004, 628, p. 146.

BRITWUM AKUA (O.), “Le travail dans l’histoire Africaine tendances et formes d’organisation”, *deuxième forum de la rentrée de la CSI-Afrique Kisumu*, Kenya, janvier 2012.

BRUEL (A.), « La spécialisation : une nécessité vitale », *Journal du droit des jeunes*, 2004/3 (n°233), pp. 35-36.

BRUISSON (M.-C.), “Allocation du temps de travail des femmes au Sénégal-travaux domestiques et activités génératrices de revenus”, *CERDI, Études et Documents*, 2012.

BRUNET (P.), « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L’architecture du droit, Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Paris, Économica, 2006, pp.207-221., spéc. p.209.

BURGILIN (J.-F.), COULON (J.-M.), FRISON-ROCHE (M.-A.), “L’office de la procédure”, in: *Mélanges offerts à Pierre Drat, in le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 253.

BURGORGUE-LARSEN :

- « De l’internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l’attention de Bruno GENEVOIS », *Mél. en l’honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz-Sirey, 2009, pp. 95-130.

- « Le dialogue des juges. L’ère dialogue en question(s). De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p.771.

BUSSY (F.):

- “Nul ne peut être juge et partie”, *D.* 2004, p. 1745.

- “La notion de partie à l’instance en procédure civile”, *D.* 2003, p. 1376.

C

CABROL (V.), « La déontologie, l’impossible définition ? », *RRJ* 1/2004, p.563 et s.

CADIET (L.):

-“Le juge unique en question”, in Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), (dir.), *Les juges uniques dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, Dalloz, 1996, p.5.

- “Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français”, in: *Ritsumerkan Law Review*, n°28, 2011, pp. 147-167.
- “Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation”, in: *le droit de l’entreprise dans ses relations externes à la fin, du XXe siècle, Mélanges en l’honneur de Claude Champand*, Paris, Dalloz, 1997, p.123.
- “L’équité dans l’office du juge civil”, *Justices*, 1998, n°9, p.87.
- “Chronique de droit judiciaire privé”, *JCP* 1999, I, 130.
- “Les accords sur la jurisprudence dans le procès”, in: Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris Economica, 2001, p.34
- “ renouveler la parole du justiciable, la parole”, in: *L’écrit et l’image en justice- quelle procédure au XXI ème siècle?*, PULIM, 2010, p. 17.
- « L’office du juge au regards de l’instance en droit français », in : *L’office du juge. Étude de droit comparé*, sous la direction de C. CHAINAIS et al., Bruylant, 2018, pp.129-159, spéc. p.141.

CALVEZ (Y.), “Une réforme pour une inspection du travail plus efficace”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°4, avril 2014, pp. 229-235.

CAMPERNOLLE VAN (J.), « Les principes directeurs du procès civil », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire, t. II, Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 205, p. 23

CANNAC(Y.), « Que peut-on apprendre des autres modèles de responsabilité ? », in : *Les juges, un pouvoir irresponsable ?*, A. GARAPON (dir.), éd. Nicolas Philippe, 2003, p.163.

CANIVET (G.):

- “Le juge et l’autorité de marché”, *Rev. jur.com*, 1992, n°5, p.185.
- “La méthode jurisprudentielle à l’épreuve du juste et de l’injuste”, in Frison-Roche (M.-A.) et Boranès (W.), (dir.), *De l’injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p.101.
- “Du principe d’efficience en droit judiciaire privé”, in: *Mélanges offerts à Pierre Drai- Le juge entre deux millénaires*, Paris,, Dalloz, 2000, p.243.
- “Économie de la justice et procès équitable”, *JCP*, 2001, p. 361.
- « La responsabilité des juges : approche comparative », in : *Entretiens d’Aguesseau*, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, p. 35.
- « L’approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p. 951, spéc. 953.

CAPRASSE HANOTIAU (B.), “L’annulation des sentences arbitrales”, *Journal des tribunaux*, éd. Larcier, 2004, p. 418.

CARCASSONNE (G.), « Rapport introductif », in *L’indépendance de la justice*, Acte du deuxième congrès de l’Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l’usage du français, Dakar, 2007, p. 45.

CARMELYNCK (G.H.), « Le contrat de travail », in : *Traité de droit du travail*, Dalloz, t.1, 2^e éd. 1982, n° 624, p. 642.

CAUDAL (S.), “Les procédures contradictoires en dehors du contentieux”, *RFDA*, 2001, p.13.

CAYLA (O.), “Les deux figures du juge”, le débat, 1993, n°74, p.164.

CHAPPE (N.), DORIAT-DUBAN (M.), “La résolution des conflits individuels du travail”, *Revue d'économie politique*, 2008/4/(vol.113), Dalloz, pp. 547-568.

CHAINAIS (C.), « Rapport français. Les rôles respectifs des parties et du juge au regard de la matière litigieuse et du droit applicable au litige », in : *L'office du juge. Études de droit comparé*, C. Chainais, B. HESS, A. SALETTI, J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), éd. Bruylant, 2018, pp. 15-42, spéc. p. 15.

CHARMES (J.), “Les origines du concept de secteur informel et la récente définition de l'emploi informel”,

CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », Dalloz, 1960, *Chr.* 119.

CHAPUT (Y.), “L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés”, in Frison-Roche (M.-A.), dir., *le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995, p.93.

CHAUCHARD (J.-P.), LE CROM (J.-P.), « Les services entre droit civil et droit du travail », in : *Le mouvement social*, 2005/2, n° 211, pp. 51-65, n°6.

CHEVALLIER (J.):

- “Les interprètes du droit”, in Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir. ? *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p.259.

- “La mondialisation de l'État de droit”, in: *Mélanges Philippe Ardant-droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p.325.

- « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, Dalloz, 2015, p. 83.

- « Réflexions... » autour de l'idéologie de l'intérêt général, in : *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol.1, PUF, 1978, p. 12.

COHEN (C.), “L'Administration de la preuve en droit du travail”, *Gaz.Pal.* 1996, I, Doctrine. p.111.

COHEN-JONATHAN (G.), “ L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme”, *Petites affiches*, 28 nov. 2002, n° 238, p. 21.

CLAY (T.), “ L'arbitrage e droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélemy?”, *Dr.soc.* n° 64, 2010, p. 930, spec. 941.

COLIN (F.), “La responsabilité disciplinaire des juges”, in Institut des sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges: de l'irresponsabilité à la responsabilité?*, Aix en Provence, PUAM, 2000, p.69.

COMBACAU (J.), « Conclusions », in : *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2001, p. 419.

COMMARET (D.), « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », D. 1998, *Chron.* p. 262.

COULON (J.-M.):

- « Les solutions relatives à l'office du juge », in Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), *le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p.57.

- « L'effectivité de l'accès à la justice et le contrôle de la durée des procédures », in: *Mélanges en l'honneur de Jean Claude Soyer- L'honnête homme et le droit*, Paris, LGDJ, 2000, p.71.

- « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris Economica, 2001, p.133.

COULIBALY A. (A.), « La rénovation de la justice en Afrique: le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », *Revue juridique et politique*, 1999, pp. 50-66.

CORRIGNON-CARSIN (D.), « La transaction: Derniers développements jurisprudentiels », *RJS*, 6/96.

COSTA (J.-L.) :

- « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », in *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960, pp.261-286, spéc. p. 268.

- « La jurisprudence de la Chambre criminelle et l'élaboration d'un ordre public économique et social », In : *Mélanges en hommage à la mémoire de Maurice PATIN*, éd. Cujas, Paris, 1965, p. 66.

COSTA (J.-P.), « Le dialogue du juge avec lui-même », in : *Le dialogue des juges, Mélanges Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p.195.

CHARLIN (F.), « La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ? », p.2, disponible sur : www.halarchives-ouvertes.fr/hal-01927069/document, (consulté le 20 juillet 2019).

CHEVALLIER (J.) :

- « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in : *Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET*, Dalloz, 2015, p. 83.

- « Réflexions... » autour de l'idéologie de l'intérêt général, in : *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol.1, PUF, 1978, p. 12.

CHIREZ (A.), LABIGNETTE (J.), « La place du doute dans le contentieux de la relation de travail », *D.S.*1997, p.669.

CROZE (H.) JCP 2002, II. 10129.

COUTURIER (G.), « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, *Chr.* 151-158 et 222-228.

COUV RAT (P.), Giudicelli-Delage (G), « Conciliation et médiation judiciaire », *J.-cl.proc. civ. Fasc.* 180, 1997.

COZIAN (M.), « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *JCP* 1981, I, 3005

CZIMENT (S.), *Cameroon: A mixed jurisdiction? A critical examination of Cameroon's legal system through the perspective of the Nine interim conclusions of Worldwide mixed jurisdiction*, Easton-Weinman Center for Comparative Law, vol. 2, issue 2, Winter 2009.

D

DAIGRE (J.-J.), « La doctrine et la réforme de la procédure civile. À propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production force de pièces », *JCP* 1981, I, 3020.

DALLE (H.), « Juger plus et juger mieux », in Soulez Larivière (D.) et Dalle (H.), (dir.), *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002, p.231.

D'AMBRA (D.), « Publicité », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris PUF 2004, p. 1111 et s.

DAUBLER (W.), « Politiques jurisprudentielles en droit du travail ? Un point de vue allemand », in *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, Ph. AUVERGNON (dir.), Bordeaux, 2002, p.29 et s.

DAUCHEZ (C.), « regard historique sur l'accès au droit », in Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p.101.

DAVID (R.):

- « Arbitrage et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, n° 1, 1959, p. 14.

- « Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XXe siècle », in: *Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 218.

- « Les grands systèmes de droit contemporain », *D.* 10^e édition, p. 2.

- « Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative », in : *Revue internationale de droit comparé* vol. 2 N°2, Avril-Juin 1950, pp. 379-381.

DEBRUCHE (A.-F.), « Equity », *Paul-André Crépeau, Centre for Private and Comparative Law*, McGill Faculty of Law

DEBBASCH (Ch.), « L'indépendance de la justice », in: *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, au Carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 27.

DEGUERGUE (M.), Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats », in : *La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau*, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 novembre 2005, PULIM, 2005, p.92.

DESGORCES (R.), « Les armes du juge dans la protection des libertés fondamentales : le point de vue de la doctrine », G. ÉVEILLARD (dir.), in : *La guerre des juges aura-t-elle lieu ?- Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales*, 2016, p. 8, disponible sur : www.revuegeneraledudroit.eu (consulté le 17 avril 2019)

DE LEVAL (G.) :

- « Conclusions de synthèse et motivation de la décision », obs. sous *Liège*, 19 mars 2009, *J. L. M.*, 2009, p. 1667.
- « La triple mission du juge (belge) dans le procès civil », in : *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 249.

DELMAS-MARTY (M.) :

- « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.305-316
- « La mondialisation et montée en puissance des juges », in : *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice*, 2007, pp.95-114.

DELORS (J.), *Au-delà des illusions*, Esprit, p. 561, cité par H.-F. Koechlin, in : *Le droit de la formation continue*, préface de G. Lyon-Caen, LGDJ, 1978, p. 326.

DELPÉRÉE (F.), « Propos sur la justice, ici et là », in : *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, pp. 538-539.

DELPRAT (C.), “Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin: Les écarts entre un idéal et des attitudes”, in Poumaradère (J.) et Thomas (J.), dir.; *les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XVe au XVIIIe siècle*, Toulouse, Framespas, 1996, p.707.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), vice-président du Conseil d'État, « propos », in : *Rapport du Conseil d'État de 1999 sur l'intérêt général, Études et documents n°50*.

DEPREZ (J.), “Évolution et particularisme du droit du travail en AOF”. *Annales Africaines*, 1960.

DESDEVISES (Y.),

- “ Le particularisme de la procédure prud'homale, justices”, 1997, pp. 23-31.
- “ Les variations sur le fond en procédure civile”, in: *Études offertes à Henri Daniel COSNARD*, Economica, 1990, p. 325.

DESIRY (Y.), “Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile”, *D.1956*, chron. 145.

DIALLO (S.), « Profil national de droit du travail : cas du Sénégal », *Ressources documentaires de l'OIP*, à jour au 30 novembre 2006

DIDIER (J.-P.), **MERLIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, “ Le principe de l'égalité des armes”, *Revue de la recherche juridique*, 1993, p. 489.

DINTLHAC (J.-P.), « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », *Rapport annuel*, 2003, disponible sur www.courdecassation.fr

DION (N.), “Le juge et le désir du juste”, *D.1998*, chron. 195.

DJOUDI (J.), “Les nullités dans les relations individuelles de travail”, *Dalloz chroniques*, 1995, p.192.

DOCKÈS (E.), « Le stroboscope législatif », *Dr. Sc.* 2005, p.835.

DONIER (V.), LAPÉROU-SCHENEIDER (B.), “ Accès au juge: quelles évolutions? ”,- disponible-sur www.crjfc.univ.fcomte.fr/download/crjfc/document/accessjuge/acca-s-aujuge-pra-sensation-sept.-2011-1.pdf.

DOUCY (A.) & FELDHEIM (P.), “Problèmes du travail et politique sociale au Congo Belge”, *Bruxelles, Librairie encyclopédique*, 1952, 156p.

DRAGO (R.):

-“Le juge judiciaire, juge administrative”, *RFDA*, 1990, p.757.

DRAGO (G.), « avant propos », in : *L'Ordre public, Rapport 2013*, Cour de cassation, disponible sur : www.courdecassation.fr/IMG/cour_de_cassation/rapport_2013.pdf (consulté le 12 décembre 2018).

DRAI (P.),

-“Le monde des affaires et ses juges”, *Rev.juri. Comp.* , 1990, p. 329.

-“ Libre propos sur le médiateur judiciaire”, in: *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.123.

-“Le rôle et la place du juge en France aujourd’hui”, *RRJ*, 1991, 3, p.595.

-“Le délibéré et l’imagination du juge”, in: *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.107.

DUBOIS (B.), « Les prud’hommes et la discipline professionnelle au XXe siècle », in : *Études offertes à Renée MARTINAGE*, Lille, 2001.

DUBY (G.), “La justice et le juge aux temps féodaux”, in Centre de sciences politiques de l’institut d’études juridiques de Nice, *la justice*, Paris, PUF, 1961, p.215.

DUGUIT (L.),

-“L’acte administrative et l’acte juridictionnel”, *RDP*, 1906, p.413.

-“La fonction juridictionnelle”, *RDP*, 1922, p.165.

DUMOULIN (L.), “L’expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte”, *Droit et société*, 2000, n°44/55, p.199.

DUMONT (M.), “Le droit du travail dans tous ses secteurs”,

DUNES (A.), “La non-publication des décisions de justice”, *RIDC*, 1981, p. 757.

DUPEYROUX (O.), “La jurisprudence, source abusive de droit”, in: *Mélanges offertes à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, Tome 2, p. 349.

DUPICHOT (J.), L’adage “da mihi factum, dabo tibi jus”, in: *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 425.

DUPLÉ (N.), « Les menaces externes à l'indépendance de la justice. In *L'indépendance de la justice*, novembre 2007, Dakar, Sénégal, p. 91. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00498057> (consulté le 20 mai 2019).

DUPRE de BOULOIS (X.), «La notion de liberté et de droit fondamentaux en droit privé», *JCP G* 2007, I, 211.

DURAND (P.) :

- « Les sources du droit du travail en France », in : *Les sources du droit du travail*, sous la direction de G. BOLDT, P. DURAND, P. HORION, A. KAYSER, L. MENGONI, A.N. MOLENAAR, *Communauté européenne du charbon et de l'acier. Haute autorité, Coll. du droit du travail*, n°2, Le droit du travail dans la Communauté, Luxembourg, 1962, p. 101.
- « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945, p. 298

Du JARDIN (J.), « Avant-propos » in KUTY F., *Justice pénale et procès équitable*, éd. Larcier, 2006, p. IX.

DUVAL HAMEL (J.), « La gestionnarisation » de la justice, in : *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Colloque du 8 novembre 2010, organisé conjointement par le Centre de recherche sur la justice et le procès de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et le Centre Perelman de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, sous la direction B. FRYDMAN et E. JEULAND et al., Dalloz, 2011, pp. 131-140, spéc. 132.

E

EFTHYMOS (P.), « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque (Quelques éléments comparatifs) », *RIDC* 1987, p.705, cité par Y. STRICKLER, *op.cit.*, p.2.

ESMEIN (P.), « La jurisprudence et la loi », *RTD civ* ;,1952, p.15, *spéc.* p. 19.

EISENMAN (Ch.),

- “L'esprit des lois” et la séparation des pouvoirs”, in: *Mélanges R.Carré de Malberg, Vardus:Topos*, Paris: E. Duchemin, 1977 (1ère édition 1933), p.163.
- “La pensée constitutionnelle de Montesquieu”, in Institut de droit comparé, *la pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey, 1952, p.133.
- “La justice dans l'État”, in Centre de science politique de l'Institut d'études politiques juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p.11.
- « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *Mél. G.MARTY*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p.477

EMANE (A.), “Le droit du travail à la croisée des chemins: l'exemple du Gabon”, *Afrilex*, janvier 2000.

ÉPINEUSE (H.) (dir.), « Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe. Bilan et perspectives », *Rapport de l'IHEJ*, octobre 2008.

EUDIER (F.), “La nature du pouvoir du juge de rectifier le fondement juridique de la demande”, *D.* 1996, p. 247.

F

FABRE (M.):

- “Le sort du travailleur expatrié aux colonies. Des juges entre intransigeance et mansuétude”, in: *le juge et l’outre-mer. Les roches bleues de l’Empire colonial*, Lille Centre d’histoire judiciaire, 2004, (Histoire de la justice), pp.345-370.

- « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP, G.*, n° I, 347, 2001, p.1715

- « Le magistrat d’Outre-mer. L’aventure de la justice », extrait de l’ouvrage : *Le juge et l’Outre-mer : les roches bleues de l’Empire colonial*, éd. Centre d’histoire judiciaire, 2004, p. 73.

FAGET (J.), “L’accès au droit: logique de marché et enjeux sociaux”, *Droit et Société*, 1995, n°30-31, p.367.

FAU (G.), « La formation professionnelle des juges de paix », *Le pouvoir judiciaire*, 2 avril 1949, cité par BOIGEOL (A.), in « La formation des magistrats (De l’apprentissage sur le tas à l’école professionnelle) », *op.cit.*, p.57.

Fédération des entreprises Congolaises (FEC), “État des lieux de l’économie Congolaise”, 2007

FERRAND (F.), « Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n°2, pp. 345-369.

FEREJOHN (J.), *Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence*, 72 *S. CAL. L. REV.*, 353,374, 1999.

FENRICH (J.-M.), **GALIZZI (P.)**, **HIGGINS (T.)**, “The future of African Customary Law”, *Cambridge University Press*, 2011.

FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l’ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p.516.

FILLON (C.), **BONINCHI (M.)** **LECOMPTE (A.)** (dir.), « Devenir juge, pourquoi, comment ? », CEHJC, Mission de Recherche Droit et Justice, 2006

FINNIS (J.), *Introduction to PHILOSOPHY OF LAW: COLLECTION ESSAYS I*, 19 (2011), cité par William BAUDE & Stephen E. SACHS, in : *The Law of interpretation*, *op.cit.*, vol. 130, February, 2017, number 4.

FLECHEUX (G.), “Le droit d’être entendu”, in: *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 149.

FOMBAD (C.M.):

- *Some perspectives on the prospects for judicial independence in post-1990 African Constitution*, *The Denning Law Journal*, 2012.
- *Managing legal diversity: Cameroon bijuralism at a critical crossroads*, *General Law*, 19 March, 2016.

FONTBRESSIN de (P.), “La neutralité du juge, in: *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, in: *Actes du colloque Bordeaux, 29-20 sept. 2000*, Bruylant, 2001, p.79.

FORTIS (E.), SEGONDS (M.), « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *Revue de droit international du travail*, 7/8, 2012, p. 403.

FOUCHARD (Ph.), “L’arbitrage judiciaire”, in: *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.167.

FOULON (S.), “Négocié, prends l’oseille et tire-toi”, *Liaisons sociales*, nov. 1999, p. 29.

FOURRE (J.), “L’École Nationale de Droit et d’Administration du Congo-Léopoldville comparée aux Écoles d’Administration d’Afrique”, *Revue juridique et politique*, 19, 1965, pp.464-480.

FOYER (J.), « La justice : histoire d’un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n°16, pp. 17-29.

FRANÇOIS (G.), “ L’inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail”, *JCP E*, n° 8, 21 fév. 2013, p. 1127.

FRANCILLON (J.), préface de la thèse de S. Josserand, *L’impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1998

FRICERO-BERNARDINI (N.), “ Le droit au juge devant les juridictions civiles”, in: *Le droit au juge dans l’Union européenne*, J. RIDEAU (dir.), LGDJ, 2010, p. 13.

FRICERO (N.) :

- « *La garantie d’une bonne justice* », Droit et pratique de la procédure civile, S. GUINCHARD (dir.), Dalloz Action, n°2102, 2001/2002, pp. 473 et S.
- « Délai raisonnable », in L.CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 312 à 315

FRISON-ROCHE (M.-A.):

- “La philosophie du procès, propos introductive”, *APD*, 1995, Tome 39, p.19.
- “Application de la loi par le juge”, *J-Cl. Civ., art.5*, 1995.
- “Déni de justice et interprétation de la loi, par le juge”, *J.Cl. civ. Art.4*, 1996.
- “Principes et intendance dans l’accès au droit et l’accès à la justice”, *JCP* 1997, I, 4051.
- “L’impartialité du juge”, *D.*1999, *chron.* 53.
- “La responsabilité des magistrats: l’évolution d’une idée”, *JCP* 1999, I, 174.
- “L’erreur du juge”, *RDF Civ.*, 2001, p.819.
- “Le droit d’accès à la justice et au droit”, <https://mafr.fr/fr/article143-le-droit-daccess-a-la-justice-et-au-droit>.

- « Le modèle du bon juge Magnaud », in *De code en code, Mél. en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, Paris, 2009, pp.335-342, spéc. p.336.
- « Le droit à un tribunal impartial », in : *Libertés et droits fondamentaux*, Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.), 18^e éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 568.
- « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », in *La responsabilité des magistrats*, Entretiens d'Aguesseau, actes du colloque de Limoges, 2008, PULIM, pp. 229-239.

FROUIN (J.-Y.):

- «La preuve en droit du travail», *Semaine sociale Lamy*, 2006, n°1262 et 1263.
- “Le rôle du juge judiciaire confronté aux changements en cours du droit du travail”, Rapport au congrès européen de Séville, 2011.
- « L’office du juge en droit du travail », in « *l'intervention des juges dans les relations de travail* », Rencontre annuelle des juristes du travail, 8 décembre 2006, p. 2.

FRYDMAN (B.) :

- « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d’une justice universelle », article disponible sur www.philodroit.be/IMG/pdf/B_FRYDMAN_Conclusion_Le_dialogue_international_des_juges_30_mars_2007.pdf, (consulté le 21 août 2019).
- « Le management comme alternative à la procédure », in *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, pp. 101-110

G

GABORIAU di (S.), « L’École nationale de la magistrature, à travers un demi-siècle : les résultats, les défis, les perspectives », in *Revista trimestrale, Questione Giustizia, Formazione ed Europa : esperienze a confronto*, Fascicolo, 1/2016

GABRIEL (A.), “Le pouvoir d’appréciation du juge en droit du travail”, 2002

GALANTER (M.), “La justice ne se trouve pas seulement dans la décision des tribunaux”, in Cappelletti (M.), dir., *Accès à la justice et État providence*, Paris Economica, 1984, p.151.

GARAPON (A.):

- “L’idée de droit social: Georges Gurvitch”, in Bouretz (P.), *La force du droit-Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p.215.
- “Le juge et son éthique”, *Esprit*, octobre 1992, p.133.

GARDIES (J-L):

- “Ce que la raison doit au procès”, *APD* 1995, Tome 39, p. 39.
- « De la spécificité du dialogue à l’intérieur du droit », in *Archive de philosophie du droit, tome 29 Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Paris, Sirey, 1984, pp.169-174

GARNEAU (J.-P.), « Jalons pour une histoire des rapports entre justice et espaces publics », in *Justice est espaces publics en occident, du Moyen Âge à nos jours*, Presses de l’Université du Québec, 2014, p. 9.

GAUDEMET (J.), « *Dominium-imperium*, les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, p. 13.

GAUVARD (C.), “ Les juges devant le parlement de Paris aux XIVe et XVe siècles”, *Histoire de la justice*, 2000, n°12, p.25.

GAZZAMIGA (J.-L.), “Quid les avocats formaient les juristes et la doctrine”, *Droits*, 1994, n°20, p.31.

GELINEAU-LARRIVET (G.), “Quelques réflexions sur les conseils de prud’hommes et la procédure prud’homale”, in: *Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz 2000, p.343.

GHESTIN (J.), “Les données positives du droit”, *RTDCiv.*, 2002, p.11.

GICQUEL (J.), “Le conseil supérieur de la magistrature: une création continue de la République”, in: *Mélanges Philippe Ardant-Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris LGDJ, 1999, p.289.

GILLET (J.-L.), “le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée”, *Gaz.Pal.*, 10 sept.1996, doct.p.996.

GIRARDET (A.), « La réalité de l’indépendance judiciaire », disponible sur www.courdecassation.fr (consulté, le 20 avril 2019).

GIVERDON (C.), “Rédaction des jugements. Motifs et dispositifs”, *J.Cl.proc.civ.*, fasc. 508, 1997.

GÖ KHAN KOCER (Rüya) & Hayter (Susan), « *A comparative study of labour relations in Africa* », Amsterdam university, 2011.

GOYET (C.), “Remarques sur l’impartialité du tribunal”, *D.*2001, *chron.*328.

GRAFFIN (T.), “Le statut des magistrats devant le Conseil Constitutionnel: une défense discutable de l’unité du corps judiciaire au profit d’une exigence forte d’indépendance des magistrats”, *RDP*, 2001, p.831.

GRAHAM (T.), “L’inspection du travail dans les pays insuffisamment développés”, *Revue Internationale du Travail*, vol. LXIX, n°6, juin 1956.

GREVY (M.), “La procédure prud’homale applicable à la prise d’acte en quête de célérité”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°11-novembre 2014, pp.704-705.

GREWE (G.), « La circulation des droits fondamentaux ou l’impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.505-517.

GONIDEC (P.-F.):

- “Une mystique de l’égalité: le Code du travail des territoires d’outre-mer”, *Revue juridique et politique de l’union Française*, 1953.

- “Droit du travail métropolitain et droit du travail des TOM”, *Droit social*, 1958.

- "L'OIT et l'Afrique noire", *Recueil Penant* n°679, juin 1960, pp. 274-290.
- "La conférence africaine du travail", Paris, société des journaux et publications du Centre, 1954, 15p (extrait des Annales africaines, 1954).

GOUDAL (J.), *Les questions de travail dans les territoires sous mandat*, Paris, Pédone, 1928, 18p.

GOULD (J.-P.), "The Economics of Legal Conflicts", *Journal of Law Studies*, 1973, vol. 2, n° 2.

GRIDEL (J.-P.), "Les sources administratives du droit privé", *RRJ*, 1984, 314.

GUIHAL (D.), "L'immovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion", *RFDC*, 1995, p.795.

GUILLAUME (G.), « Le droit au juge : droit ou slogan ? », [www.https : //academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2011/10/21/le-droit-au-juge-ou-slogan/](https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2011/10/21/le-droit-au-juge-ou-slogan/).

GUILLOUD-COLLIAT (L.), « Le dialogue des juges dans l'Union européenne », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp.165-180.

GUINCHARD (S.):

- "Les modes alternatifs de règlement des différends", in: *Belles pages 35, le blog de Serge GUINCHARD*, p. 8.
- "Le procès équitable: droit fondamental ?", *AJDA*, 1998, n° spécial "droits fondamentaux", p.191.
- "Le procès équitable: garantie formelle ou substantiel", in: *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue?*, *Mélanges en l'Honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche (M.-A.), 1999, p.139.
- "L'avenir du juge", in: *Le droit privé Français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.171.
- "Le juge dans la cite", *JCP* 2002, 1, 137.
- « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Paris, LGDJ, 2004, p.97.
- « L'éthique du juge et responsabilité », in : Le blog de Serge GUINCHARD. *Vie et œuvre : du légalisme procédural à l'humanisme procédural*. https://sergeguinchard.blogspot.com/2017/05/belles-pages-7-le-juge-2-methodes_de-html (consulté le 10 février 2019).
- « Mondialisation et modélisation du droit du procès », in : *Belles pages 30*, <https://sergeguinchard.blogspot.com/2017/05/belles-pages-30-mondialisation-et.html> (consulté le 10 mars 2019).

GUIOMARD (Fr.):

- "Quelles réformes pour la justice sociale? Première partie: Les juridictions", *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°2-février 2014, pp.129-133.
- "Quelles réformes pour la justice sociale? Deuxième partie: Les procédures", *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°3-mars, 2014, pp.200-204.

- “Les conseils de prud’hommes, de l’élection à la désignation: un contrôle constitutionnel léger”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°3-mars 2015, pp.164-169.

GUILLIEN (R.), “Retour sur quelques sujets d’acte juridictionnel et de chose jugée”, in: *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p.117.

GUTMAN (D.), “Le jugement l’équité. Enjeux philosophiques”, *Histoire de la justice*, 1998, n°11, p.141

H

HALPERIN (J.-L.), « Le juge et le jugement en France à l’époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996, p. 233.

HARDY (G.), « La préparation sociale des jeunes gens qui se destinent à la colonisation : fonctionnaires et colons », *Chronique sociale de France*, 1931, p.470, .
<http://www.enm.justice.fr/=Histoire-ENM>, (consultation en ligne, le 18/02/2018)

HEBRAUD (P.):

-“Justice 59.1 -L’autorité judiciaire”, *D.*1959.

-“Justice 59.2 –La juridiction”, *D.*1959, *chron.*151.

-“Le juge et la jurisprudence”, in: *Mélanges offertes à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, p.329.

-“La vérité dans le procès et les pouvoirs d’office du juge”, *AUSST*, 1978, Tome 26, p. 378.

- « La vérité dans le procès et les pouvoirs d’office du juge », in : *Annales de l’Université des sciences sociales de Toulouse*, T. XXVI, 1978, p.389.

HENNEBERT (M.-A.), **DUPUIS (M.-J.)**, “Comprendre la conciliation dans les processus de négociation collective au Québec à travers le vécu d’acteurs syndicaux, p. 77 (disponible sur www.ramjam.ca/file.adm/sites/droitRAMJAM/Dernier_numero/RAMJAM_vol_N°5_Hennebert-Dupuis.pdf, (consulté le 15 mai 2018).

HERON (J.):

- “ Le juge unique et l’exécution en droit privé”, in Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, Dalloz, 1996, p.35.

- “L’infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, p. 1083.

- « L’ordre public dans le procès. Rapport français », in : *L’ordre public, travaux de l’Association Henri Capitant, Journées libanaises*, t.49 (1998), LGDJ 2001, pp. 943-959

HIGGINSON (J.), “*A working class in the making: Belgian colonial labor Policy, Private Enterprise, and the African Mineworker (1907-1951)*”, Madison university of Winsconsin Press, 1989 (sur la Belgique).

HILAIRE (J.):

-“Jugement et jurisprudence”, *APD*, 1995, Tome 39, p.181.

-“Le système juridique et l’avenir de son histoire”, in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p.813.

HORION (P.), « Les sources du droit du travail en Belgique », in : *Les sources du droit du travail*, sous la direction de G. BOLDT, P. DURAND, P. HORION, A. KAYSER, L.

MENGONI, A.N. MOLENAAR, *Communauté européenne du charbon et de l'acier. Haute autorité, Coll. du droit du travail*, n°2, Le droit du travail dans la Communauté, Luxembourg, 1962, pp. 65-96, spéc., 94.

HOURQUEBIE (F.) :

- « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », in *Les cahiers de la justice*, Dalloz, 2012/2 n° 2, pp. 41-61.

- « Le pouvoir juridictionnel et la Ve République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2003 », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 456.

HUGON (C.), “L'exécution des décisions de justice”, in Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 611.

HUSSON (L.), “Les trois dimensions de la motivation judiciaire”, in Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *la motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 69.

I

ISSA-SAYEGH (J.):

- “Questions impertinentes sur la création d'un droit social régional dans les États Africains de la zone franc. *Revue Afrilex* n°0 janvier 2000

ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 390, p. 163.

- “La mission de conciliation du président du tribunal du travail en matière de conflit individuel”, *Revue Sénégalaise de Droit*. n° 28 janvier-avril 1983, p.16.

IVAINER (T.), “ L'interprétation des faits en droit”, *JCP* 1986, I, 3235.

J

JACOB (R.):

- “Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XIIe siècle Européen)”, in Verdier (R.), *Le serment-signes et fonctions*, Paris, CNRS, 1991, Tome 1, p.439.

- “Le fondement symbolique de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiéval”, *Histoire de la justice*, 2005, n°12, p.7.

JACK (I.H.J.) Q.C., Sir, “ *The Fabric of English Civil Justice*”, The Hamlyn Trust, London, 1987, p. 20.

JACQUINOT (N.), « La spécialisation en contentieux administratif, remarques sur les juridictions administratives spécialisées », in : *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 81-106.

JARROSSON (Ch.):

- “ Les principes de la contradiction s'applique –t-il à la médiation?”, *RGDP* 1999, n°4, p.764.

- “Les concessions réciproques dans la transaction”, *D.* 1997, n°32, pp. 267-273.

- “ L’arbitrage interne. Le contrôle de la sentence”, in: *Conférence à la Cour de cassation*, le 14 juin 2002, *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, hors série, p. 1.
- « Les réflexions sur l’*imperium* », in : *Études offertes à Pierre Bellet*, LexisNexis, 1991, p. 277.

JEAN (J.-P.) et PAULIAT (H.), « L’administration de la justice en France et l’évaluation de sa qualité », *D.*, 2005, chron. P.598 et s.

JEAMMAUD (A.),

- “Le droit constitutionnel dans les relations de travail”, *AJDA* 1991,p.621.
- « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. Soc.* 1999, p.115.

JEAMMAUD (A.), SEVERIN (E.):

- “Retour sur une transaction en quête de stabilité”, *Dr. soc.* 1999, p. 351.
- “Évaluer le droit”, *D.*1992, *Chron.* 263.
- “Les produits juridiques de l’appareil judiciaire comme objet sociologique”, *Droit et Société*, 1993, n°25, p. 335.

JESTAZ (Ph.):

- “La jurisprudence, ombre portée du contentieux”, *D.*1989, *chron.*149.
- “Les frontières du droit et de la morale “, *RRJ*, 1983,2, p.334.
- “Pouvoir juridique et pouvoir moral”, *RTDCiv*, 1990, p.625.

JEULAND (E.):

- “ La place de l’écrit dans la procédure orale – La recherche de pistes pour améliorer la procédure orale”, in: *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, hors série.
- « Le renouveau du principe du juge naturel et l’industrialisation de la justice, in : *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, *op.cit.*, pp. 97-98.

JÈZE (G.), « Rapport à l’Institut international de droit public », *Annuaire de l’Institut*, 1929, p. 162

JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 439-475, spéc. p. 440.

JOSSERAND (L.), « Sur la reconstitution d’un droit de classe », *D.H.* 1937, *Chr.* 1

JOYE (J.-Fr.) et al. (dir.), *Où en est le management dans la fonction publique ? Enjeux théoriques, méthodes privées et recours d’expériences*, Actes du séminaire de Chambéry du 16 mars 2017, Université de Savoie Mont Blanc

JOXE (P.), « L’affaire d’Outreau et les enfants, in *Après-Demain* », (2010/3 n°15, NF), pp.12-15.

K

KALAY KISALA (P.), “ Les obligations de l’employeur en matière de sécurité de santé en République démocratique du Congo”, in *Droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique subsaharienne*, Ph. AUVERGNON (dir.), L’Harmattan, Paris, pp.123-142.

KAUFFMAN (O.):

- “L’Encyclopédie Juridique de l’Afrique et le droit social African”, *Verfassung und Recht in Übesee/Law and Politics in Africa, Asia and Latina America*, vol.17 n°4 (Quartel 1984), pp. 523-529.

- “Le droit social comparé”, E.J.C.L., volume 8, mars 2004.

KELSEN (H.), « Qu’est-ce-que la théorie pure du droit ? » in *Droit et société*, n°22, 1992. Transformations de l’État et changements juridiques : l’exemple de l’Amérique Latine., pp551-568, spéc. p.556.

KENFACK (P.-E.), “La modernisation du droit des risques professionnels au Cameroun”, in: *Droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique subsaharienne*, Ph. AUVERGNON (dir.), L’Harmattan, Paris, 2014, pp.37-57.

KENGO WA (D.), “Le magistrat et son statut”, *R.J.Z.*, Numéro spécial, 50e anniversaire, 1980.

KIRSCH (M.):

- “La législation du travail dans les États Africains et Malgaches d’expression française”, *la Documentation française; notes et études documentaires*, Septembre 1963.

- “L’évolution des tribunaux du travail”, *Revue Juridique et Politique d’outre-mer*, n°3, juillet-septembre 1960, pp. 334-370.

- “L’évolution du travail en Afrique”, Penant 1963.

- “Les juridictions du travail”, *recueil Penant*, n°651, juillet 1957, Doctrine, pp. 95-108.

- “Les tribunaux du travail en AOF”, *Revue Juridique et Politique d’outre-mer*, avril 1955.

- “Les aspects juridiques et pratiques du licenciement au Sénégal”, EDITM 1982.

KITAMURA (I.), “ L’avenir de la “justice conciliationnelle”, in: *l’avenir du droit-Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1998, p.507.

KOETTCHLITS (L.), “Contribution à l’étude des qualifications de travail de la main d’oeuvre indigène”, *Bulletin du Centre des problèmes sociaux indigènes*, n°10, Elisabethville, 1949.

KONDÉ (K.) et al., “ Demandes de justice et accès au droit en Guinée”, *Droit et société*, 2002/2 (n° 51-52), p. 387.

KLEIN (Th.), « La fonction de juge », in *Mélanges PETTITI*, Bruylant, 1998, p.507

KRAMER (P.), “La modernisation de la justice”, *RFAP*, 1991, n°57, p.69.

KRIEGK (J.-F.), “ La procédure civile revisitée au travers des principes généraux: La voie d’appel”, *Gaz.Pal.*, 8 novembre 1997, doct., p.1467.

RIEG (A.), *Jurisclasseur de droit civil*, art. 5, n° 35

L

LABORDE (J.-P.):

- “ Quels modes de règlement pour les litiges sociaux en France?”, in *Les juges et le droit social, interrogations et approche comparative*, Ph. AUVERGNON (dir.), Bordeaux, 2002, p. 149 et s.
- “Le droit social comparé ; pourquoi et comment?”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1994, 4 préc.

LAFAILLE (F.), « Le dialogue des juges ». À propos de l’ouvrage de Giuseppe de Vergottini, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65 n°4, 2013, pp. 969-972.

LACABARATS (A.), “Autorité de la chose jugée au civil: la concentration des moyens au cours d’une même instance et le droit d’accès au juge,” *Justice et cassation*, 2008, p.116.

LAMARQUE (J.), “Le procès du procès”, in *Études offertes à Jean-Marie Aubry*, Paris, Dalloz, 1992, p.149.

LAMY de (B.), « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », in *La qualité de la norme*, colloque du 13 novembre 2014, à l’Université de Bordeaux, *Mare et Martin*, 2016, p. 335.

LANDES (W.M.), “*An Economic Analysis of the Courts*”, *Journal of Law and Economics*, 1971, vol.14, n°1

LANDROUD (D.), “À propos des revirements de jurisprudence”, *JCP* 1982, I, 3093.

LANGLOIS (Ph.), “Les usages”, in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen – Les transformations du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1989, p. 285.

LAPEYRE (M.-P.), « Les syndicats dans la magistrature et le Conseil supérieur de la magistrature, entre corporatisme et influence politique », in *9^e Congrès français de droit constitutionnel*, Atelier D Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs, Lyon 2014.

LARGUIER (J. et A.M.), « Le délit d’entraves aux fonctions des représentants du personnel », *Dr. soc.*1967, pp. 550-573, spéc. p. 567

LARONZE (F.), “L’évitement du juge social”, R. QUENAUDION DE (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Perspectives internes et internationales, éd. A. Pédone, 2015, p.593.

LARRIEUR (J.), “ Les nouveaux moyens de prévus : pour ou contre l’identification des documents requis à des écrits sous seing privé”, *Cahiers Lamy Droit de l’informatique H*, 1988.

LAUZIÈRE (L.):

- “L’interprétation des lois”, article disponible sur www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/Lauziere_interpretation_des_lois_2012.pdf. (Consulté le 19 juillet 2019).
- « Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l’arrêt *R. c. Laba* », article disponible sur : www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_25/25-12-Lauziere.pdf (consulté le 22 juillet 2019).

LE BARS (Th.), « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », in : *L'avenir du procès civil. À propos des réformes de la justice civile. Réflexions prospectives et comparatives sur l'avenir du procès civil*, Colloque du droit processuel, du 21 février 2019, C. Chainais, X. LAGARDE (coord.), *La Semaine juridique*, éd. gén., supplément au n° 14, 8 avril 2019, p.24.

LEFORT (Ch.), « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justice et droit du procès*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 807 à 809.

LÉGER (Ph.), « Pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes et dialogue des juges nationaux et supra – nationaux », in *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, Ph. AUVERGNON (dir.), Bordeaux, 2002, pp.83 et s.

LE GALLOU (A.), “ Le juge et le droit: présentation de l'article 12 NCPC”, *Revue juridique de l'Ouest*, 1995, n° 4, pp. 477-499.

LEGRAND (C.), RANGEON (F.), VASSEUR (J.-F.), « Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général », p. 182, article disponible sur www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/11/legrand_al.pdf (consulté le 20 décembre 2018).

LEMOINE (E), “Les principes civilistes dans le contrat de travail”, *Petites affiches* 15 juin 2001, n° 119, p.8.

LENOBLE (J.):

- “Crise du juge et transformation nécessaire du droit”, in Lenoble (J.), *La crise du juge*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1996, p.139.

- « La crise du juge », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, n°2, avril-juin 1992, pp. 542-548.

LEROY (E.), *Les africains et l'institution de la justice*, Dalloz, Paris, 2004.

“L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone”, in: Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne des Études Africaines, vol. 9, n° 1, 1975, pp. 75-87.

LEROUX (G.), « La dignité humaine. Fondement et expérience : remarques sur l'exposé de Thomas De Koninck », in : *Éthique en éducation et en formation*, pp.22-29, spéc. p. 22 et 26.

LEVASSEUR (G.), « Droit social et droit pénal », in : *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, LGDJ, 1974, p. 317.

LHERMITE (P.), « La crise de la magistrature », *La Nouvelle Revue*, 1901, vol.4, pp.103-118

LIBCHABER (R.), « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », *Le titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE, G. KOUBI, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 143.

LIENHARD (A.) et KETTIGER (D.), « La justice entre le management et l'État de droit : résultats du projet de recherche « Fondement d'un bon management de la justice en Suisse »,

vers un management adéquat pour la justice », in : *Les Cahier de la justice*, 2018/1, n°1, pp. 163-181

LOCKE (J.), « (...) *the names of simple ideas, and those only, are incapable of being defined* », in : *An Essay concerning human understanding*, Book III, ch.4, para. 7, ed. by J.W. YOLTON, 19774, London, Dent, Everyman's Library, t. 2, p. 27

LOHOUES-OBLE (J.), "L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique", *RIDC*, 1999, pp. 543 et s.

LORVELLEC (L.), "Remarques sur le provisoire en droit privé", in: *Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz, Litec, 1983, p. 385.

LOSHAK (D.), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs », (en ligne), www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/32/daniele_lochak.pdf (consulté le 20 juillet 2019).

LUCHAIRE (Fr.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D. civ.*, 1982, pp. 245-328

LUDET (D.) :

- « Des questions en débat. Formation et responsabilité des magistrats quelles réformes ? », in *Cahiers français* n°334, La Documentation française, sept-oct., 2006.

- « L'administration de l'autorité judiciaire », in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, colloque organisé par la Cour de cassation au mois de mai 2016, à l'Assemblée nationale, p.55.

LYDON (G.), "Droit islamique et droits de la femme d'après les registres du Tribunal Musulman de Ndar", (Université Gaston Berger de Saint Louis), in: *Canadian Journal of African Studies* 41 (2) January 2007, pp.289-307.

LYON-CAEN (A.) :

- « Politique (s) jurisprudentielle (s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », in *Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, Ph. AUVERGNON (dir.), Bordeaux, 2002, pp. 21 et s.

- « En guise de conclusion: poursuivons le dialogue », in : *pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p.166.

LYON-CAEN (G.):

- "Le juge et l'entreprise", in: *Cour de Cassation, Soixantième anniversaire de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation*, Paris, La documentation française, 2000, p.89.

- « Les principes généraux du droit du travail », in *Études offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.35.

- « À propos du C.E., avis du 22 mars 1973, *Dr. Ouvr.* 1973, 190.

- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche) », *R.T. Civ.*, 1974, pp.229-248

M

MACHELON (J.-P.), « nomination des magistrats », in : *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions, actes du colloque organisé par la Cour de cassation les 25 et 26 mai 2016 à l'Assemblée nationale*, p. 30.

MAFFEI (P.), « Rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes », en ligne sur [www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul MAFFEI.pdf](http://www.ahjurisf.org/sites/default/files/Paul%20MAFFEI.pdf), (consulté le 10 juin 2019).

MAGENDIE (J.-C.) :

- « La magistrature au défi de l'impartialité », in : *Le juge et l'État*, L. GOLOVKO et B. MATHIEU (dir.), mare & martin, 2018, p. 179.
- « La responsabilité des magistrats, contribution à une réflexion apaisée », D., 2005, Doctr. 2414 et s.

MAGNIER (V.), « La notion de justice impartiale », *JCP G* 2000, I, 252.

MAGNON (X.), « L'expression de « dialogue des juges », peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », article disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725330/document>, (consulté le 21 août 2019).

MALAUURIE (Ph.):

- « Petite note sur le projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2008, I, 204.
- « La conclusion est le contraire même de l'idée de droit », Conclusion, in : « Le contrat, questions d'actualité », *Petites Affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 74 et s.

MAINGUENEAU (D.), « L'intégration des textes littéraires et des textes juridiques », in Amselek (P.), (dir.), *interprétation et droit*, PUA, Bruxelles, 1995, p.61.

MALAUURIE (Ph.), **AYNÈS (L.)** et **GAUTHIER (P.-Y.)**, « La transaction », *Répertoire du notariat, Défreinois*, 2010, n°5, pp. 543 et s.

MAQUET (J.), « Droit coutumier traditionnel et colonial en Afrique central », Bibliographie commentée, in: *Journal de la société des Africanistes* 1965, tome 35, fascicule 2, pp. 411-416.

MASTOR (W.), « Les juges anglo-saxons, spécialistes...du général », in : *La spécialisation des juges*, Acte du colloque de Toulouse 1 Capitole, 2010, pp. 213-222.

MATTHIEU (B.), « Le juge et la sécurité juridique » : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », D. 2004, n°23, p.1603.

MATTIJS (J.), « implications managériales de l'indépendance de la justice », in : *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz-Sirey, 2011.

MAUL (D.), « *Human Rights, development and Decolonisation* », *the International Labour Organization (1940-1970)* », Palgrave Macmillan, 2012, 432p.

MAUNIER (R.), *Les indigènes d'A.O.F. : Leur condition politique et économique*, Les éditions Domat-Montchrestien, 1938.

MAURICE (R.), « L'organisation de la justice au Congo Belge », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 5, n°1, janvier-mars, 1953, pp.97-112, spéc. p. 103.

MAURY (J.), “observations sur la jurisprudence en tant que source de droit”, in: *le droit privé Français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p.91.

MARIA (P.), Laxisme ou rigueur en matière d'évolution du litige?, *Gaz. Pal.* 1984, I, Chron. P. 251.

MARTIN (R.):

- “Le fait et le droit ou les parties et le juge”, *JCP*, 1974, I, 2625.
- “La saisine d'office du juge (essai sur sa signification)”, *JCP* 1973, IV, 6316.
- “De la contradiction à la vérité judiciaire”, *Gaz.Pal.* 30 avril 1981, *doct.* P.209.
- Le juge est-il obligé de qualifier ou requalifier?, *D.* 1994, p. 308.
- Les détournements de la procédure judiciaire, *RTD.Civ.* 2007, p. 723.
- « À la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, Chronique, LI, p. 312.

MAYER (P.), “Existe-t-il des normes individuelles? ”, in: *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 661.

MAZEAUD (A.) :

- « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr.soc.*2006, p.744.
- « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p.383.

MAZEAUD (L.), “ De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits”, *RTDCiv*, 1929, p.17.

MAZEAUD (D.):

- “Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, *Jurisque*, 1999, p. 603.
- “La confiance légitime et l'estoppel”, *RIDC*, 2006-2, p. 363.
- “Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique”, *Deffrénois*, 1998, p. 1137.

MBAYE (K.):

- “L'expérience Sénégalaise de la réforme du droit”, *Revue internationale du droit comparé*, année 1970, n°1, pp. 35-42
- “Le pouvoir judiciaire au Sénégal”, *Bulletin de la Commission Internationale des Juristes*, 1961, p.45.
- “Le droit africain, ses voies et ses vertus”, *Revue Sénégalaise de droit*, 1970.

MELONÉ (S.), “Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique: l'exemple du Cameroun”, *Revue Internationale de droit comparé*, 1986, vol. 8, n°2, p.-346.

MÉNARD (J.- Ch.), « Réflexions sur l'indépendance du juge judiciaire », *RRJ* 1/2004, pp. 327 et s.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976, p. 596, s. not. p. 606

METHY (C.), “Le juge entre prise à partie et récusation résistance et compromise dans l’ordonnance civile de 1667”, *Histoire de la justice*, 2000, n°12, p.91..

MEYER (P.), “Le droit d’arbitrage”, disponible sur: <http://www.ohada.com-droit-ohada/categorie/4/arbitrage.html> (consulté le 12 juin 2018).

MIGUET (J.), “Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit”, in: *Mélanges en l’honneur de Pierre Hebraud*, éd. Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

MINE (M.), “Discrimination (accès à la preuve): le rôle confirmé de l’inspecteur du travail devant le juge civil”, *Revue de Droit du Travail*, mars 2014, pp.188-190.

MINIATO (L.), “ L’évolution du rôle du juge de la mise en état”, in: *La spécialisation des juges*, Actes du colloque des 22 et 23 nov. 2010, organisé à l’Université de Toulouse 1 Capitole

MOHR (G.), « Publicité de la raison, droit et cosmopolitisme chez Kant », ENS éd., 2010, pp.213-244, disponible sur <http://www.openedition.org/6540> (consulté le 23 juin 2019).

MOLFESSIS (N.):

- « *Loi et jurisprudence* », *Pouvoirs*, 2008/3 (n°126), pp.87-100.

- MOLFESSIS (N.), préface, in : *Le Conseil supérieur de la magistrature*, M. LE POGAM, Lexis Nexis, 2014.

MONZEIN (P.), « Réflexions inutiles sur la création d’une École de la magistrature », *Le pouvoir judiciaire*, 10, mai 1956

MOREAU (M.-A.), « Brèves observations sur l’articulation normative en matière sociale », in : *pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Presses de l’université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 16.

MORVAN (P.), « En droit, la jurisprudence est une source de droit », *RRJ* 2001-1, n° 63, p. 107

MOULIN (E.), Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg”, *Droits*, 1995, n°22, p.127.

MOTULSKY (H.):

-“Le rôle respectif du juge et des parties dans l’allégation des faits”, Travaux et recherches de l’Institut de droit comparé de l’Université de Paris III et IV, Congrès internationaux de droit comparé, *Études de droit contemporains*, Paris, Sirey, 1959, Tome 2, p.355.

-“La cause de la demande dans la délimitation de l’office du juge”, *D.*1964, chron. 235.

- « L’office du juge et la loi étrangère », in : *Mélanges Maury*, 1960, I, n° 54, p. 337 et s.

- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Dalloz/ Sirey, t. II*, 1961, pp.175-200, n°29.
- Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile », p.98, n° 32.

MUIR WATT (H.), « Une perspective internationale privatiste ? », in : *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* », Bruxelles, Larcier, 2004, p. 266.

MUKADI (B.), *Les litiges individuels du travail. Chron.de jurisprudence (1980-1995)*, Collection, informations juridiques), Kinshasa, 1997.

N

NACHTERGAELE (E.), « Les réformes de la justice. « Thémis » : problèmes ou solution ? » », *Pyramides*, 2006, n°12, pp.5-6.

NADAL (J.-L.), in : discours prononcé le 7 janvier 2011, lors de l'audience solennelle de la rentrée judiciaire de la Cour de cassation, Rapport d'activités 2010, disponible sur : www.Courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/deuxieme_partie (consulté le 25 août 2018).

NEEF (L.), “Le règlement amiable des litiges”, in N. NABIL ANTAKI, Cowansville (Qc.), Y. BLAIS, 1998, p. 215.

NEWMAN (R.A.), “La nature de l'équité en “droit civil”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 16, n° 2, avril-juin, 1964, p. 289.

NIANG (M.B.), “Le règlement des litiges relatifs aux accidents du travail au Sénégal”, in: *Droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique subsaharienne*, Ph. AUVERGNON (dir.), L'Harmattan, Paris, pp.143-168.

NKOU MVONDO (P.), “La justice parallèle au Cameroun: la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État”, *Droit et société*, n° 51-52, 2002/2, p. 371.

NORMAND (J.):

- “Le juge et le fondement du litige”, in: *Mélanges offertes à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.
- “Le juge unique et l'urgence”, in Bolze (C.) et Pedrot (Ph.), (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, Dalloz, 1996, p.23.
- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in : *Mélanges R. Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, pp. 337 et s. spéc. n°4.
- « Principes directeurs du procès-office du juge », in : *Procédure civile, Juris Classeur*, 1995, fasc. 152, n° 11
- « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in CADIET (L.), et RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, pp. 159 à 184 (spéc. p. 159).

O

OLINGA (A.D.), « Les emprunts normatifs de la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricains de garantie des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, n°62, 2005, pp. 499-537.

OPPETIT (B.):

- “Les respectifs du juge et du techniques dans l’administration de la preuve en droit privé”, *in: 10e Colloque des Instituts d’Études judiciaires, les rôles respectifs du juge et du technicien dans l’administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976, p.53.

ORIANNE (P.), “Les standards et les pouvoirs du juge”, *RRJ*, 1988-4, p.1037.

OST (Fr.):

- “Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice”, *in Ost (F.), Van de Kerchove (M.), et Gérard (P.), (dir.), Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p.1.

- « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in BOURRETZ (P.), (dir.), La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, coll. Philosophie, 1991, pp.241-272.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, 596 pages

OST (F.), KERCHOVE VAN (M.), « Le juge entre ordre et désordre », *in : Mélanges Jacques Van Campennolle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 470.

OURLIAC (P.), “La puissance de juger : le poids de l’histoire”, *Droits*, 1989, n°9, p. 21.

P

PACTEAU (B.), « À propos du dialogue des juges en Europe », *in Les juges et le droit social, interrogations nationales et approche comparative*, Ph. AUVERGNON (dir.), Bordeaux, 2002, p. 79 et s.

PASQUIER (Th.), “Neutralité et impartialité devant le Conseil de prud’hommes”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°4-avril 2015, pp.275-278.

PASTOR VILANOVA (P.), « L’autorité du pouvoir judiciaire. La responsabilisation du pouvoir judiciaire : une responsabilité partagée entre le juge et l’État », *in Séminaire d’ouverture de l’année judiciaire, CEDH*, 26 janvier 2018

PELISSIER (J.), “Observations à propos de la notion de licenciement individuel”, *Études CAMERLYNCK*, Dalloz 1978, p.83 et s.

PFERSMANN (O.), Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, *in RIDC*, vol.53 N°2, Avril-juin 2001, pp. 275 -288.

PRADEL (J.) :

- « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 », *JCP* n° 14, 4 avril 2007, I 138.

PRÉTOT (X.):

- “Les bases constitutionnelles du droit social”. *D.S.* 1991, p.187.

- « Le juge administratif et le droit du travail », *Justices et travail*, n°7-8, oct.-déc. 1997, p. 41 et s. spéc.p.42.

-« De l'esprit des circulaires et instructions (...) et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS* 1997, n°6, p.415.

PERDIAU (A.), “Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité?”, *Gaz.Pal.*, 9 nov. 1996, Doct. p.1388.

PERROT (R.):

- “Le rôle du juge dans la société moderne”, *Gaz. Pal.*, 12 février 1977, doct. P.95.

- « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in : *La crise du juge*, J. LENOBLE (dir.), *Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, n°2, avril-juin 1992, pp. 542-548, spé. p. 544.

PETIT (V.), “L'interprétation des faits et l'interprétation du droit”, in Amselek (P.), (dir.), *Interprétation et droit*, Aix en Provence, PUAM, Bruxelles, Buylant, 1995, p.51.

PETIT (J.), “À propos de la théorie de la qualification: le juge et les qualifications légales”, in: *L'office du juge*, Colloque, Palais du Luxembourg, Paris, 29 et 30 septembre 2006, p. 71 (disponible sur www.senat.fr/colloque/office_du_juge/office_du_juge.html, (consulté le 15 mai 2017).

PETIT (F), “ Les problématiques du règlement amiable des différends sociaux en France”, in: *Le règlement amiable des différends sociaux. Étude juridique: France, Espagne, Québec*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 14.

PLUYETTE (G.), “La médiation judiciaire”, *Mélanges offertes à Pierre Drail- le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p.463.

POILLOT PERUZZETTO (S.), « Le droit social, vecteur du changement de paradigme du droit en Europe », in : *pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, Études coordonnées par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 24.

POGAM Le (M.), « Le Conseil supérieur de la Magistrature, au cœur du défi déontologique », *Recueil Dalloz*, 1^{er} juillet 2010, n°25, Chron. p.1581.

PONSARD (A.), “L'office du juge et l'application du droit étranger”, *Rev.Crit.DIP.*1990. 607.6.

PONTHOREAU (M.-C.), “Le droit compare en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique”, *R.I.D.C* 1-2005.

PORTA (J.), “ La compétence internationale à l’épreuve de la globalisation, à propos de l’affaire Comilog”, *Le Droit Ouvrier*, avril 2016, n° 813, p. 2.

PORTALIS (J.E.-M.):

- “ Discours préliminaire sur le projet de Code civil”, 1ère Pluviôse an IX.
- PORTALIS, *Rapport à la Chambre des pairs*, au nom de la commission spéciale chargée de l’examen du projet de loi sur l’organisation du tribunal de première instance de la Seine, cité par Marcel ROUSSELET, *Histoire de la magistrature*, Paris, Plon, 1957, t.1, pp.205-206

POSNER (R.A.), “ *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*”, *Journal of Legal Studies*, 1973, vol. n°2

POUGUÉ (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.),

- “Le difficile enracinement de la négociation en droit du travail Camerounais”, *Afrilex*, 2000.
- *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun*, tome 1, collection Droit-Economie-Gestion, PUC, 1988, p. 9.

POUGOUÉ (P.-G.), « Situation de travail et protection des travailleurs au Cameroun », Rapport définitif, BIT, (consulté le 30 mai 2019)..

Q

QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l’application par le Conseil d’Etat français de l’article 177 du traité de Rome) », in : *Mélanges en l’honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS*, LGDJ, 1974, p. 387.

R

RABAULT (H.), *Le problème de l’interprétation de la loi : la spécificité de l’herméneutique juridique*, in : *Le Portique*, 15/2005, en ligne sur <http://journals.openedition.org/leportique/587>, (consulté le 15 juillet 2019).

RASKIN (E.), L’oralité de la procédure battue en brèche ?, *Gazette du Palais* n° 13400, 8 octobre 2010, p. 1.

RACINE (J.-B.), “Les incertitudes de la transaction dite “homologue”, à propos de l’article 1141-4 du Nouveau code de procédure civile”, in: P.-Y. CHEVALLIER, Y. DESDEVISES, Ph. MELBRUN (dir.), *Les modes alternatifs de règlements des litiges, les voies nouvelles d’une autre justice*, La documentation française, p. 151.

RAYNAUD (P.):

- Procédure battue en brèche”, *Gaz Pal.* n° 13400, 8 oct. 2010, p. 1.
- “L’obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l’article 16”, in: *Mélanges offertes à Pierre Hebraud*, Toulouse, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1981, p.715.

REGAIRAZ (L.), « La conciliation du management et de la fonction publique par le cadre juridique », in : *Où en est le management dans la fonction publique ? Enjeux théoriques, méthodes privées et retours d'expériences*, Actes du séminaire de Chambéry du 16 mars 2017, sous la direction de J.-Fr. JOYE et al., Université Savoie Mont Blanc, 2017, p. 16.

REGOUT (M.), « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in : *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 207-208.

RÉMY (Ph.), « La part faite au juge », *Le Seuil « Pouvoirs »*, 2003/4 n°107, pp.22-36, spéc. 32.

RENOUX (T.S.):

-“Le droit au juge naturel, droit fondamental”, *RTD Civ.*, 1995, p.33.

-“De la parole de Dieu à la parole de justice: l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques”, *Droits*, 2002, n°36, p.3.

RENUCCI (F.), « L'inspection du travail et le droit en Afrique noire au XXe siècle », in : *les administrations coloniales*, Rennes, PUR, 2009, pp. 253-263.

RENET (Th.), « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'Ordre public à la fin du XXe siècle*, pp.43 et s. cité dans le *Rapport annuel* 2013 de la Cour de cassation, p. 95.

RIALS (S.), “L'office du juge”, *Droits*, 1989, n° 9, p.3.

RIDEAU (J.), “ Le droit au juge: conquête et instrument de l'État de droit”, in: *Le droit au juge dans l'Union européenne*, J. RIDEAU (dir.), LGDJ, 2010, p.4.

RIGAUX (Fr.) :

- « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », in : *Droit et Société*, 44, 1999, pp. 85-97, spéc. 86 et s.

RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 113 et s.

RIVIÈRE (M.-C.), “Le procès judiciaire”, *RIDE*, 1997-3, p. 263.

RIVERO (J.), “ Sanction juridictionnelle et règle de droit”, in: *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

RIVERO (J.), Préface à la thèse de STAVROS TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, thèse Université Paris II, LGDJ, 1991, p. XVI,

RIVERO (J.), « Idéologie et technique dans le droit des libertés publiques », 1978, in : *Doctrine*, LGDJ, 1980, t.1, p. 561.

ROBERT (A.), *Le droit du travail et la mentalité africaine*, Penant 1962, p.125.

ROBESPIERRE, séance du 18 novembre 1790, Archives parlementaires, 1ère série, t. XX, p. 516. , cité par Nicolas MOLFESSIS, in « *Loi et jurisprudence* », *op.cit.*

ROBIN-OLIVIER (S.) et RÉMY (P.), « Les migrations jurisprudentielles, facteur de développement du droit international du travail ? », dans *Justice et mondialisation en droit du travail*, pp. 65-99.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Le Seuil*, avril 2012, n°143, pp.89- 103. Article disponible sur <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-pages-89.htm> (consulté le 30 novembre 2018).

RODIÈRE (R.), « Introduction au droit comparé », *D.* 1979, p.33.

ROSOUX (G.), « La Cour constitutionnelle de Belgique », in : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°41, octobre 2013, article disponible sur : www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle (consulté le 29 novembre 2018).

ROULAND (N.), « Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité », 1991.

ROURE (S.), « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2006, n°68, pp.737 à 779.

ROUSSEAU (D.), « Le Président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire », *Le Pouvoir judiciaire*, n°41 (NF), janv.2017, p.18.

ROUSSEAU (D.), « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, p. 58.

ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1979

ROZÈS (S.), « Un profil nouveau pour les juges », in : *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 435.

RUELLAN (F.), « Les modes alternatifs de résolution des conflits: pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP* 1999, I, 135.

S

SAADA (E.), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèse* 2003/4 (n°53), pp. 4-24.

SAINT-JOUR (Y.):

- « La faute en droit du travail: l'échelle et l'escabeau », *Dalloz Sirey* 1990, chron., p.113.

- « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Études offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 231.

SALAS (D.), in : « Les enjeux de la formation des juges », entretien disponible sur www.Studylib.es/doc/les-enjeux-de-la-formation-des-juges. (Consulté le 31 juillet 2019).

SAMB (M.):

- “Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal”, *Afrilex*, n°0, janvier 2000
- “L'accès des justiciables à la justice au Sénégal”, *Revue africaine contemporaine*, 2014/2 (n°250), pp.82-83.
- « État des lieux de la justice au Sénégal, réflexions sur une gouvernance en crise », in : *Sénégal 2000-2012* (M. Diop), Karthala Paris, 2013, coll. Hommes et Sociétés, pp.207-246.

SAMB (T.), “Les conflits du travail à l'époque coloniale au Sénégal”, in: *Le juge et l'Outre-mer. Le Royaume d'Aïetès. Produire de l'ordre*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008 (Histoire de la justice), pp. 125-164.

SAUVÉ (J.-M.), “La place de l'oralité: support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative?”, in: *Entretiens d'Aguesseau*, Limoges, 7 mars 2008.

SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, Chron. 93

SAVATIER (J.):

- “L'irrecevabilité de l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressifs pour entrave à la liberté du travail”, *D.S.* 1981, p.147.
- “Le caractère illicite de l'occupation des locaux de travail par les grévistes et le juge compétent pour ordonner l'expulsion”, *D.S.* 1985, p.15.

SCHROMECK (O.), “ Quelques observations sur le principe du contradictoire”, in: *l'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.629.

Robert SCHERHR, « L'affaire d'Outreau and the Parliamentary Investigation Commission », in *the Wrongful Conviction blog*.

SECK OGO (P.), “L'application du droit par les tribunaux indigènes du Sénégal 1903-1912 à Travers l'exemple du délit de vol”, Université Gaston Berger de Saint Louis, 2001.

SEGUI DEGUI (R.), “codification et uniformisation du droit”, *Encyclopédie juridique de l'Afrique, NEA*, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982, p.453.

SEILFERT (A.), “Déjudiciarisation du droit du travail ? Une perspective d'Outre-Rhin”, *Revue de droit international du travail*, avril, 2019, p. 277.

STORME (M.), “Le droit judiciaire de diversitate unitas?”, *Justices*, 1997, n°7, p.69.

SEVERIN (E.):

- “Quelle réforme du contentieux prud'homal en appel?”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°12-décembre 2014, pp.771-773.
- “L'application du droit pénal dans les relations de travail, un traitement juridictionnel marginal”. *D.S.* 1994, p. 654.
- « Donner un sens aux litiges du travail », *Économie et institutions*, 9, 2006,. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/ei/393>, consulté le 05 juillet 2019

SHAVELL (S.), “Alternative Dispute Resolution: an Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 24, n°1

SERVANT (J.M.A.), « *Les devoirs d'un magistrat* », in : *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, prononcé au Parlement de Grenoble, pp. 1-28, spéc. p. 11.

SIDIBE OUMAROU (O.):

- “Réalités africaines et enjeux pour le droit du travail”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Bordeaux IV, 1999.
- “Quels modèles d’inspiration pour le droit du travail malien depuis le Code de 1952 ?” *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Bordeaux IV, 2005.
- “ Le droit malien de la santé et de la sécurité au travail à l’épreuve des réalités de l’économie informelle”, in *Droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique subsaharienne*, Ph. AUVERGNON (dir.), L’Harmattan, Paris, pp.191-214,

SILUÉ (N.) :

- “Droit du travail ivoirien et diversification des sources”, *Bulletin de droit comparé et de la sécurité sociale*, 2008.
- « Les risques professionnels en Côte d’Ivoire », in : *Droit de la santé et de la sécurité au travail en Afrique subsaharienne*, sous la direction de Ph. AUVERGNON, l’Harmattan, Paris, 2014, pp. 17-35, spéc. p.22.

SINAY (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, Chron. p. 85

SOHIER (J.),

- *Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumière du Congo et de Ruanda-Urundi jusqu’au 31 décembre 1953*, Bruxelles 1957, 975p.
- *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo Belge*, 2e édition Maison Fernand Larcier, Bruxelles, 1954.

STRLING SLIVER (J.), “*Equity of Arms and the Adversarial Process: A next Constitutional Right*”, *Winsconsin Law Review*, 1990, p. 44.

STRICKLER (Y.) :

- « L’office du juge et les principes, formation École nationale de la magistrature, 2012 », article disponible, sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512> (consulté le 19 juin 2019).
- « L’office du juge et les principes », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512>, (consulté le 20 juin 2018).

STIRN (B.), « juger de l’égalité en matière sociale : quels principes, quelles méthodes ? » In colloque organisé à l’Université Paris 1 le 30 novembre 2012, disponible sur www.Conseil.dEtat.fr/actualits/Discours-interventions/juger-de-l-egalite-en-matiere-sociale-quels-principes-quelles-methodes (consulté le 20 juin 2019).

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC.*, 2003, n°1, p. 59.

SUDRE (F.), « Convention européenne des droits de l’homme. Droits garantis. Droit à un procès équitable », *J.-Cl. Europe*, fasc. 6526, 2013, n°180.

SUPIOT (A.), « Pourquoi un droit du travail ? », in : *Dr. soc.*, n°6, juin 1990, p. 491.

SY (D.), “La condition du juge en Afrique : l’exemple du Sénégal”, *Afrilex*, n° 0, janvier 2000.

T

TAQUET (F.),

- “La transaction”, *Juris Classeur Travail*, 1998, p. 49.
- “Conditions de validité d’une transaction”, *JCP E* 1999, n° 46, p. 1833.

TARZIA (G.), “ Les pouvoirs d’office du juge civil en matière de preuve”, in *Nouveaux Juges, Nouveaux pouvoirs?*, *Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.469.

TÉPI (S.), “ L’inefficacité de la représentation des coutumes devant les juridictions de droit traditionnel au Cameroun”, p. 4. (Consulté en ligne, le 12 oct. 2018).

TELLIER (Fr.), “Le droit à l’épreuve de la société Raynaud Saleilles et l’idée du droit social”, *RHFDSJ*, 1999, n°20, p.147.

TERRÉ (Fr.):

- “Crise du juge et philosophie du droit : Synthèse et perspective”, in Lenoble (J.), (dir.), *La crise du juge*, Bruxelles: Bruylant, Paris, LGDJ, 1996, p.157.
- “Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier”, in TEYSSIER (B.), (dir.), *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, p.15.

TEYSSIÉ (B.):

- “Droit public et droit social : variation autour d’un thème”. *Dr. soc.* 1991, p.185.
- « Sur la sécurité juridique en droit du travail », colloque du 7 avril 2006, Laboratoire de droit social de Paris II, *Dr. soc.* pp. 703 et s.

THERY (P.), “ Les finalités du droit de la preuve”, in *La preuve*, *Droits*, n° 23, 1996, pp. 41-52.

THIEBAULT (H.), “L’employeur et le juge”, *Dr.soc.*, 1997, p.133.

THIREAU (J.-L.), “Le jurisconsulte”, *Droits*, 1994, n°20, p.21.

TIDMARSH (J.), “*The Future of Oral Arguments*”, vol. 48, *Loyola University Chicago Law School*, 475, 2016, p. 2.

TISSIER (A.), « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », *RTDCiv*, 1906

TISSOT DE (O.), “En guise de manifeste : le droit du travail, terre d’élection pour les droits de l’homme”, in: *Écrits en l’honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p.427

TRAVIER (B) & CROSS (R.), *Procédures*, n° 4, avril 2007, p. 6

TROPPER (M.):

- “Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?”, *Pouvoirs*, 1981, n°1, p.5.
- “Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges”, in: *Le nouveau Constitutionnalisme. Mélanges en l’honneur de Gérard Conac.*, Paris Economica, 2001, p.49.

- « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Revista opinão jurídica*, (consulté le 10 novembre 2018), p. 301-318, spéc.p.301.

TURPIN (D.), “L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle”, *AJDA*, 1983, p.653.

TULKENS (F.) et LOTARSKI (J.), « Mériter la confiance : un nouveau défi pour la justice », in : *Les juges un pouvoir irresponsable ?* A. GARAPON (dir.), éd. Nicolas Philippe, 2003, p. 208.

U

UNTERMAIER-KERLÉO (E.), « Le juge judiciaire : quel gardien de la liberté individuelle ? », in : *Le juge judiciaire*, Colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 3, 4 et 5 juin 2015, Dalloz 2016, p.19.

V

VAESSEN (V.), “Les législations sur le contrat de travail de 1910 et 1922 au Congo Belge: deux intentions et deux modes de décisions opposés”, *Revue belge de philosophie et d'histoire*, vol.79, n°79-4, 2001, pp.1213-1254.

VAISSIÈRE DE LA (F.), “Quelques réflexions simples sur le “juge unique””, *Gaz.Pal.*, 5 et 6 janvier 2000, doct. p. 86.

VAN COMPERNOLLE (J.) :

- « L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur les faits acquis de science personnelle », in : *L'office du juge. Étude de droit comparé*, sous la direction de C. CHAINAIS et al., Bruylant, 2018, pp. 71-78, spéc. p.72.

- « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, pp. 15-15.

VAN DROOGHENBROECK (J. F.), « Le juge, les parties, le fait et le droit », in : *Actualités en droit judiciaire* (G.DE LEVAL dir.), coll. CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 157

VANDERLINDEND (J.) :

- *Essai sur les juridictions de droit coutumier dans les territoires d'Afrique Centrale*, Bruxelles 1959, 218 pages (Nouvelle Série des Mémoires in-8, en science morale et politique de l'Académie royale des sciences col., t.20, fascicule 2).

- “Les droits africains entre positivisme et pluralisme”, *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, 4-6(2000), p.284.

- “Problèmes de l'enseignement du droit en République du Congo”, *Revue de l'Institut de Sociologie*, Bruxelles, 1965, pp.68-69.

- « Enseigner sans reproduire », in : *Le statut du juge en Afrique*, Actes de Deuxièmes journées scientifiques en Afrique du Réseau Droits Fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/ AUF, 2000, pp. 309-346.

VARAUT (J.-M.), « indépendance », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 622-623

VARGO (C.), “La nature de l’établissement judiciaire des faits”, *APD*, 1996, tome 40, p.397.

VERPEAUX (M.), “ la notion révolutionnaire de juridiction”, *Droits*, 1989, n°9, p. 33.

VIENNOIS (J.-P.), “L’amiable”, *RGDP*, n°4, p.471.

VIGNEAU (C.), “L’absence de mandat spécial de l’avocat en bureau de conciliation: la procédure prud’homale en voie de normalisation”, *Revue de Droit du Travail*, mensuel n°11-novembre 2014, pp.706-707.

VIGOUROUX (Ch.), « La formation des juges. L’École Nationale de la Magistrature (ENM) », *Après-demain*, 2010.3, n°15, NF, pp.31-35

VINCENT (J.), “Le juge unique dans le droit judiciaire français contemporain”, in: *Études offertes à Jacques Lambert*, Cujas, 1975, p.581.

W

WALTHER (R.) :

- « *Reports on Legal Education in Africa- République du Congo (Leopoldville)* », *Journal of African Law*, vol.6 (1962), 92-95, Cambridge University Press, July 28,2009

WAQUET (P.), “Le juge et l’entreprise”, *Dr. soc.*, 1996, p. 472.

WIEDERKEHR (G.), « Qu’est-ce qu’un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp.575-584., spéc. p. 575.

WILLEMEZ (L.), “Les prud’hommes et la fabrique du droit du travail: contribution à une sociologie des rôles judiciaires”, *Elsevier*, 2015.

WILLEMEZ (L.), « Genèse et transformation du droit du travail. Une perspective historique et sociologique », in : *Revue des Conditions de Travail, ANACT*, 2017, pp. 53-61, spéc. p. 55.

WILLIAMSON (O.E.), « The Economics of Governance: Framework and implications », in *Economics as a process : essays in the new institutional Economics*, Richard N. Langlois, éd. 1986, pp.171-202

Y

YANPELDA (V.), “Point d’interrogation sur le projet d’Acte uniforme OHADA relative au droit du travail”, in: *Lettre COMPTASEC*, 2013, p.5.

Z

ZAPATA (F.), “L’inspection du travail et le juge des référés”, Dr. soc., 1975, pp. 434-444.

IV. RAPPORTS ET AVIS INSTITUTIONNELS

COLLOQUE DES INSTITUTS D’ETUDES JUDICIAIRES, (10ème), *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l’administration de la prévue*, Paris, PUF, 1976

GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.), BERNABE (B.), KADRI (C.), *La prudence et l’autorité. L’office du juge au XXIe siècle*, Rapport de l’Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ), sur l’évolution de l’office du juge et son périmètre d’intervention, mai 2013.

LUART DU (R.), « *Rapport sur la formation des magistrats et des greffiers en chef à la gestion* », SENAT-FRANCE, session ordinaire de 2006-2007

MARSHAL (D.) :

- *Magistrat, président du groupe de travail relatif aux juridictions du XXIe siècle*, Rapport sur les juridictions du XXIe siècle, disponible sur le site de la Documentation-française,
- <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000861/>. Rapport en ligne sur www.dalloz-revues.fr
- « Les tribunaux à l’heure de la performance », in *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, op. cit., p.13.

MAGENDIE (J.-C.) :

- *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 2004, p.18.

Rapport annuel 2013, p.95. Disponible sur www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf, (consulté le 2 juillet 2019).

V. CODES

Code de procédure civile camerounais (du 16 déc. 1954), *Livre III*, “ Des arbitrages
Code civil
Code du travail
Code du Travail des territoires d’outre-mer
Code de procédure civile
Code Ohada

VI. LOIS

Cameroun:

Loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant Code du travail

Loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême

Loi n° 2006/15 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, modifiée par la Loi n° 2011/027 du 14 décembre 2011.

Congo (RDC):

Loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail

Loi n°016/2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail, consacre un Titre V « De l'arbitrage ».

Décret du 16 mars 1950, instituant l'inspection du travail au Congo belge.

Arrêté royal du 25 janvier 1952, modifié par un arrêté royal du 30 juin 1953 instituant une Commission de la main-d'œuvre et du travail indigènes relevant du ministère des colonies.

Guinée:

Loi n° L/2014/072/CNT du 10 janvier 2014 portant Code du travail

Loi L/95/021/CTRN du 6 juin 1995 portant Organisation de la justice

En République de Guinée, modifiée par la Loi L/98/014/AN du 16 juin 1998

Décret D/98/n°100/PRG/SGG du 16 juin 1998 portant Code de Procédure Civile, Économique et Administrative.

Décret D /2005/010/PRG/SGG du 1er mars 2005 portant application de la Loi Organique sur le statut de la magistrature.

Mali:

Loi n°92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail

Décret n°99-254 du 15 septembre 1999 portant Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale, modifié par le décret n° 09-220/P-RM du 11 mai 2009 (JO 2009-23).

Sénégal:

Loi n° 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du travail

Loi de base n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant Code pénal

Loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 portant Nouveau Code des Obligations Civiles et Commerciales

Loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur *l'arbitrage* ajoute un Livre VII à la Seconde partie du Code des obligations civile et commerciales

Loi n° 98.30 du 14 avril 1998 sur les contrats relatifs au règlement des litiges ainsi que le décret n°98-92 du 5 juin 1998

Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques au Sénégal

VII. CONVENTIONS INTERNATIONALES

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948

Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) signé à Lagos, le 28 mai 1975

Traité de la Communauté de l'Afrique de l'Est, signé à Arusha, le 30 novembre 1999

Traité de la Communauté du développement en Afrique Australe (SADC), signé à Windhoek, en août 1992

Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port Louis (Maurice), le 17 octobre 1993

Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, signé le 11 mars 1999, J.O. OHADA du 15 mai 1999.

Charte africaine des droits de l'homme et du peuple de juin 1981

Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

Index des décisions sans notes

1/ JURISPRUDENCE BELGE

Cass. belge, 13 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 67, n° 40.
Cass. belge, 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 881, *J.T.* 1971.
Cass. belge, 14 avril 1984, *Pas.*, I, 1984, n° 448, p. 932.
Cass. Belge, 9 mars 2009, *J.T.*, p. 392.
Cass. Belge, arrêt du 14 octobre 2003.
Cons. const. Belgique, arrêt 158/2010 du 22 décembre 2010.
Cass. Belge, Ferrera, Arrêt du 28 septembre 2006, n° C.02.05.0570.
Cass. belge, 18 novembre 2004, *J. T.*, 2005, p. 160.
Cass. belge, 5 octobre 1998, *J.T.*, 1999, p. 198.
Cass. belge, 2 janv. 2003, *Pas.*, 2003, p. 3.
Cass. belge, 21 oct. 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 196.
Cass. belge, 3 oct. 1949, *Pass.*, I, 239.
Cass. belge, 30 sept. 1997, *Pas.*, 1997, p. 916.

2/ JURISPRUDENCE CAMEROUNAISE

Cour Suprême, Chambre Judiciaire-Section Sociale, le 03 mai 2017, 106/soc.
Cour Suprême, Chambre judiciaire-Section Sociale, le 03 mai 2017, 107/soc.
Cour Suprême, Chambre judiciaire-Section Sociale, le 03 mai 2017, 108/soc.
Cour Suprême, Chambre judiciaire-Section Sociale, le 03 mai 2017, 90/soc.
Cour Suprême, Chambre judiciaire-Section Sociale, le 30 octobre 2006, 74.
Cour Suprême, Chambre Judiciaire-Section Sociale, le 16 octobre 2006, 67.
Cour suprême, 22 mai 1979, inédit.

3/ JURISPRUDENCE CONGOLAISE (RDC)

Cour Suprême de Justice, Section Judiciaire-Cassation-Matière de droit privé, *Arrêt* (R.C.2462), audience publique du 07 juin 2004.
Trib. 1^{ère} inst. Léo., RDC juin 1949, *R.J.C.B.*, 1950, p. 105.
C.A. Kin-Gombe, 10. 1947, *R.J.C.B.*, p. 114.
C.A. Kin-Gombe, 29 5 juin 1997, *RTA* 3397, V, II 2000, p. 265.
C.A. Kin-Gombe, 15 mars 1995, *Luvuki c/ Marsavco, sous RTA* 3133.
Cour sup. RDC, sect. Jud., 25 mars 1991, *Migros Comutiri c/ Kabemba*, *RC* 1524, in : *RDCDTSS* n°03/1997, p. 35, note MUKADI BONYI.
C.A. Léo., 27 août 1929, *Jur.col.*, 1930-1931, p. 230.
C.A. Kin-Gombe, 24 mai 2001, *Ntwa Alevuka c/ SEP Congo*, *RCA* 010/*RTA* 3780.
C.A. Lub., 23 mai 1980, *R.C.* 6097, inédit.
C.A. Léo., 27 oct. 1953, *G. C/E/, Rev. jur. Congo Belge*, n° 2, mars-avril, 1954, p. 65.
Cass. req., 20 avril 1857, *DP* 1857, I, p. 396.
C.A. Léo., 3 mars 1959, *P.C. c/ Colonie, Rev.jur. Congo Belge*, n° 1, 35^e année, 1959, p. 227.
C.A. d'Elisabethville, le 15 janv. 1957, *R.J.*, p. 5.
C.A. Mbuji mayi, *RTA* 133/136 du 29 oct. 2004, Hôpital général de référence Saint-Camille de Kabinda c/ Ngeleka, inédit.
C.A. Mbuji mayi, *RTA* 069 du 20 fév. 2002, Bracongo c/ Kabamba, inédit
Cour Suprême de justice, section judiciaire, à l'audience publique du 27 mars 2009, dans *l'affaire Djongaonya Dikoko c. La Sarl Cotonnière du Kassai et du Maniema*, arrêt (R.C.

2528), *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice, tome II*, années 2007-2009, pages 147 à 149.

4/ JURISPRUDENCE FRANÇAISE

a. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., 11 juil. 2001, req. n° 2001-450, Recueil, p. 82.

Cons. const., 17 janvier 1989, n°88-248, R, p.18.

Cons. const. du 13 janvier 2003, n°2002-465,V.

b. CONSEIL D'ÉTAT

CE. 4 octobre 1974, *Dame David*, Lebon, p. 464, et JCP, 1975, II, n°17967, note R. DRAGO.

CE 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière magistrats et autres*, décision n°s 406066, 406497, 406498, 407474, disponible sur www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes (consulté le 20 juin 2019).

C.E. 13 juillet 2006. www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2006-10096/dysfonctionnement-de-la-justice-dans-l-affaire-dite-d-Outreau (consulté le 10 mai 2019).

Cass. 2^e Civ., 19 juin 1983, n°81-15.962: *Juris Data* n°1983-700126; *Bull. Civ.*,II, n°10.

C.E., 16 fév. 2001 (*arrêt*), *Centre du château de Gléteins*

C.E., sect. 10 mai 1974, *aff. Denoyez et Chorques*, req. n° 88032. 88148

C.E., sect. 29 déc. 1997, *Commune de Gennevilliers*, req. n° 157 425, LeBon

C.E., ass. 3 juillet 1936, *aff. Bobard*, req. N°43239 43240.

C.E., 25 avril 1958, *Société des laboratoires Geigy*, Rec. 243

CE, 18 novembre 1964, *Sieur Rainaut*, *AJDA*, 1965, p.408

CE, 15 octobre 1954, *Bontemps*, Rec. 538.

CE, 9 décembre 1988, *Kessler*, R, 436

C.E. Ass., du 20 octobre 1989, n°108243, inédit.

C.E., avis du 22 mars 1973, *Dr. Ouvr.*, 1973, p.190.

C.E. arrêt du 8 juillet 1994, n°105471.

C.E. du 27 juillet 2001, n°227160

C.E., 24 février 1975, *Dulieu*, Rec. 152, *Rev. Adm.*, 1975.129

C.E., 8 avril 1961, *Houille*, Rec. 217, *A.J.D.A.*, 1961.562

C.E., 1^{er} juin 1956, *Leroux*, Rec. 697

C.E., 8 juin 1973, *dame Peynet*, Rec. 406, *Concl. Mme Grévisse*, *J.C.P.*, 1975 II., 17957, note Y. Saint-Jours.

C.E. Ass., 22 avril 1960, *Dame Legrand*; *Rec.*, p. 261.

C.E., 11 mars 1962, *Ville de Strasbourg*; *Rec.*, p. 194

C.E. Ass., 8 juin 1973, *Mme Peynet*; *Rec.*, p. 406. *JCP* 1975, II, 17957, note Y. SAINT-JOURS.

C.E. Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*; *Rec.*, p. 268.

CE du 22 décembre 1978, *l'affaire Cohn-Bendit* D. 1979. pp.155-161

c. COUR DE CASSATION

Chambre civile

Cass. civ., 22 juin 2004, n° 01-17.258, *Bull.* 2004, I, n°182, p. 151

Cass. civ. 1, 17 nov. 1993, *Bull.* 1993, I, n°326, p. 226.
Cass. civ., 3 janv. 1883, I, *Juris.* P.457.
Cass. civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, I, *Jur.*, p. 457.
Cass. civ., 3 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 130, p. 37.
Cass. civ., 4 fév. 1976, *Bull.* III, n° 50.
Cass. civ., 21 juil. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 420.
Cass. civ., 5 déc. 1887, *D.* 1888, I, 241.
Cass. civ., 15 avril 1872, in : *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, C. LUBERT, C. WANCAREGHEM, H. CAPITANT, Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, p. 156.
Cass. civ. , 18 janvier 1826, *Ville de Nantes c/ La dame Bien-Assis*, S. 1826. I. 267

1ère Chambre civile

Cass. civ 1^{ère}, 7 juil. 1987, n° 85, 18769, *Bull.* 1987, I, n°22°, p.162.
Cass. ch. Civ. 1^{ère} 29 mai 2001, *JCP* 2001, IV, 2341.
Cass. civ., 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull.* n° 157, p. 124.
Cass. 1^{ère} Ch. Civ., 17 déc. 2002, *JCP G* 2003.
Cass. civ. 1^{ère} ch., 13 mars 1957, *Bull.* I, n° 135.
Cass. civ. 1^{ère} ch., 10 oct. 2012, n° 11-20.299, inédit.
Cass. civ. 1^{ère} ch., 16 mars 1999, *D.* 1999, Jur. 497, note P. COURBE.
Cass. civ. 1^{ère} ch. , 19 déc. 2012, n° 11-10535, inédit
Cass. 1^{ère} ch. civ., 17 déc. 2008, n° 07-19915, inédit.
Cass. 1^{ère} ch. civ., 2 fév. 2012, n° 11-11084, inédit.
Cass. ch. 1^{ère} civ., 11 fév. 2015, n° 13-21478, inédit.
Cass. 1ère civ. 3 novembre 2004, n°03-14.760 : RJDA 4/05 n°486
Cass. 1^{ère} civ. 4 juin 2009, n°08-16.480 : RJDA 5/10 n°583
Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2019, n° 18-15.756, inédit.
Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, n° 91-14. 415, *Bull.* 1993, I, n° 14.
Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1957, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1957, p. 398
Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 2000, *Bull. civ.* I, n°97; *D.* 2003, 593, note Ch. ATTIAS
Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 2011, n°10-23288, *D.* 2011, 2483, p. 3040.
Cass. civ., 1^{re}, 1 fév. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 495

2e Chambre civile

Cass. 2ème ch. civ., 1^{er} septembre 2016, n°15-22915 (arrêt de principe), inédit.
Cass. 2^e ch. civ., 28 sept.embre 2017, n° 16-19.184, inédit.
Cass. 2^e ch. civ., 16 décembre 2010, n° 09-71.575, *Bull.* 2010, II, n° 212
Cass. ch. 2^e civ., 15 novembre 1995, *Bull.* 1995, II, n° 280
Cass. ch. 2^e civ., 27 septembre 2018, n° 17-21.833, inédit.
Cass. 2^e ch. civ., 29 novembre 1978, *Bull.* II, n° 252.
Cass. ch. civ. 2., 10 juillet 2003, *BICC*, n° 587.
Cass. ch. civ. 2., 10 juillet 2003, n° 01-16964, inédit.
Cass. ch. civ. 2^e, 30 septembre 1981, *Rev. Arb.*, 1982. 431
Cass. 2^e ch. civ., 18 février 2016, n° 14-29242, inédit.
Cass. civ. 2^e, 16 septembre 2003, *Bull. civ.* II, n° 260, p. 214.
Cass. civ. 2^e, 26 novembre 1998, *Bull. II*, n° 285, p. 171.
Cass. ch. 2^e civ., 7 octobre 2004, *Bull. 2004, II*, n° 447, p. 380.
Cass. civ. 2., 6 novembre 1974, *Bull. civ.*, II, n° 283.

Cass. civ. 2^{ème} du 20 octobre 2005, *Bull.* 2005, II, n°271, p.240
Cass. civ. 2^e, 10 juillet 1991, pourvoi n° 90-14.561, *Bull.* 1991, II, n° 216, p. 114.
Cass. civ. 2^e, 3 septembre 2015, pourvoi n° 14-19.919 inédit
Cass. civ. 2^e, 14 janvier 1981, *Bull. civ.* II, n°4
Cass. civ. 2e, 23 novembre 1956, inédit
Cass. civ. 2^e, 19 juin 1969, *Bull. civ.*, n°225
Cass. civ. 2^e, 9 septembre 2010, n° 09-11.481, inédit.

3e Chambre civile

Cass. 3^e ch. civ. 26 juin 1973, n° 72-12.489, inédit.
Cass. civ. 3^e, 2 octobre 2002, *Bull. civ. II*, n°250, D. 2003, 513.
Cass. civ. 3^e, 14 juin 2018, pourvoi n° 18-40.013, *Bull.* 2018, V, n° 198.
Cass. Civ. 3^e, 8 mars 2018, n° 17-10.970, inédit.
Cass. civ. 3^e, 22 mars 2018, n° 17-11. 050, inédit.

Chambre commerciale

Cass. com., 24 mars 2015, n° 13-22.597, *Bull.* 2015, IV, n°53
Cass. com., 22 nov. 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 320, p. 215.
Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18. 547, inédit.
Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, inédit.
Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12.187, inédit.
Cass. com., 6 déc. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 245.
Cass. com., 25 fév. 2003, n° 01-02913, *inédit*.

Chambres réunies

Cass. sect. réunies, 2 fév. 1808, in : *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2*, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, C. LUBERT, C. WANCAREGHEM, H. CAPITANT, Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, p. 153.

Chambre sociale

Cass. soc., 14 janv. 1997, *Liasons Sociales*, fév. 1997, n° 7613.
Cass. soc., 13 nov. 1986, *Cahiers prud'hommaux*, 1988, n° 6, p. 12.
Cass. soc., 15 oct. 1997, n° 95-41, 168, inédit.
Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull.* 1996, V, n° 248, p. 174.
Cass. soc., 14 déc. 1995, *Bull.* 1996, V, n° 347, p. 245.
Cass. soc., 1^{er} déc. 1982, *Musique Diffusion Française c/ Drozd*, inédit.
Cass. soc., 3 mai 1979, *Dr. soc.* 1980, p. 40.
Cass. soc., 12 fév. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 421.
Cass. soc., 19 mars 1980, *Bull.* V, n° 272.
Cass. soc., 11 oct. 1990, *Bull.* V, n° 472.
Cass. soc., 7 juil. 1995, *Dr.soc.* 1995, p. 936.
Cass. soc. 28 nov. 2000, *Bull.* V, n° 399.
Cass. soc., 15 oct. 2013, *Bull. civ. V*, n° 235.
Cass. soc., 21 janv. 1990, « *Parfums Marcl Rochas* », inédit.
Cass. soc., 22 juin 1977, *Bull. civ. V*, n° 421.
Cass. soc., 17 mars 1982, *Bull. civ. V*, n° 180.

Cass. soc., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* V, n° 627.
Cass. soc., 5 janv. 1984, *Bull. civ.* V, n° 6.
Cass. soc., 31 oct. 1989, *RJS* 12/89, n° 924.
Cass. soc., 29 mai 1996, *D.* 97, I, p. 49.
Cass. soc., 18 mai 1953, *D.* 1953, p.602, *Bull.* IV, n° 280.
Cass. soc., 16 fév. 1978, *Bull. civ.* V, n°118.
Cass. soc., 29 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 600.
Cass. soc., 24 nov. 1998, *RJS* 2/ 99, n° 197.
Cass. soc., 13 nov. 1959, *Bull.* IV, n° 1149.
Cass. soc., 20 fév. 1969, *Bull.* V, n° 130.
Cass. soc., 1^{er} déc. 1971, n° 70-13.065, inédit.
Cass. soc., 19 fév. 1997, *Bull. civ.* V, n° 74.
Cass. soc., 23 avril 1997, *RJS* 1997, n° 689.
Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 251.
Cass. soc., 3 juin 1981, *Bull.* V, n° 520.
Cass. soc., 2 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 155.
Cass. soc., 10 janv. 1995, *RJS* 2/ 95, n° 137.
Cass. soc., 8 déc. 1976, *Cahiers prud'homaux* 1977, p. 182.
Cass. soc., 5 mai 1965, *Bull. civ.* IV, n° 359.
Cass. soc., 29 mai 1986, *Mokrane c/ Sté Trouvé*, *Bull.* 1986, V, n° 264, p. 203.
Cass. soc., 22 mai 1977, *Bull. civ.* V, n° 421.
Cass. soc., 19 mai 1968, *Bull. civ.* V, 312.
Cass. soc. 13 nov. 1959, *JCP* 1960, II, 11450.
Cass. soc., 17 mars 1982, *Bull. civ.* V, n° 180.
Cass. soc., 27 janv. 1983, *Dr. soc.* 1985, p. 700.
Cass. soc., 21 nov. 1984, *Dr. soc.* 1985, p. 700
Cass. soc., 28 oct. 1992, *Bull. civ.* V, n° 520.
Cass. soc., 2 juil. 1991, *Cahiers des prud'hommes*, 1993, n° 3, p. 46.
Cass. soc., 20 déc. 1956, *JCP G* 1957, H 10090.
Cass. soc., 07 nov. 1973, *Bull. civ.* V, n° 555.
Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70156, inédit.
Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42551, inédit.
Cass. soc., 2 juil. 2014, *Molex* , n° 13-15.208, inédit.
Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 15-15.481, inédit.
Cass. soc., 28 janv. 2015, *aff. Comilog*, n° 13-22.994, inédit.
Cass. soc., 3 mai 2016, n° 869 FS, inédit.
Cass. soc., 7 juil. 1983, n° 81-40.191, *Bull.* 1983, V, n° 423.
Cass. soc., 30 juin 1993, n° 91- 44. 824, inédit.
Cass. soc., 17 déc. 2002, n° 00-42. 115, inédit.
Cass. soc., 5 déc. 1989, n° 86-44.301, inédit.
Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-18.873, inédit.
Cass. soc., 15 avril 2001, n° 00-42.200, inédit.
Cass. soc., 2 fév. 1992, n° 90-40.760, inédit.
Cass. soc., 9 mai 2012, n° 10-26. 497, inédit.
Cass. soc., 10 mai 2016, n° 14-26.700, inédit.
Cass. soc., 30 avril 1987, n° 84-42.370, inédit.
Cass. soc., 31 mai 1998, n° 95-42.086, inédit.
Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-40.557, inédit.
Cass. soc., 1^{er} mars 2000, *RJS* 4/00, n° 404.
Cass. soc., 16 nov. 1960, *Bull. civ.* IV, n° 1024.

Cass. soc., 18 mai 1953, *Gaz. Pal.* 1953, 2, p. 63.
Cass. soc., 6 déc. 1994, *Bull.* V, n° 328.
Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20004, *Bull.* V, n° 326.
Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-26.045, inédit.
Cass. soc., 6 nov. 1968, *Bull.* 1968, V, n° 486.
Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-45.479, *Bull.* V, 2005, n° 207.
Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 07-20.444, *Bull.* V, 2008, n° 161.
Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-45.331, *Bull.* V, 2007, n° 165.
Cass. soc., 16 fév. 1999, n° 98-81.621, *Bull.* 1999, n° 18.
Cass. soc., 23 fév. 2005, n° 02-40.913, *Bull.* 2005, V, n° 71
Cass. soc., 2 déc. 2008, n° 07-44.132, *Bull.* 2008, V, n° 243.
Cass. soc., 30 nov. 2011, *Bull.* V, n° 277.
Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20004, *Bull.* V, n° 326.
Cass. soc., 30 nov. 2011, inédit.
Cass. soc., 28 juin 1995, *Bull.* 1995, n° 93.
Cass. soc., 15 mai 1974, *Bull.* 1974, V, n° 297.
Cass. soc., 30 janv. 1991, *Sté Chemical Bank USA c/ Rousselet*, *RJS* 11/91.
Cass. soc., 30 janv. 1991, *Bernheim c/ Sarl Air Zaïre*, *RJS* 11/91.
Cass. soc., 6 fév. 2003, n° 11-117040, inédit.
Cass. soc., 3 novembre 2011, pourvoi n°10-18.036, *Bull.* 2011, V, n°247
Cass. soc., 20 décembre 2017, pourvoi n°16-12.569, inédit
Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n°99-42.942, *Bull.* 2001, V, n°291, p. 233.
Cass. soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull.* 2005, V, n°165.
Cass. soc. 12 février 2013, pourvoi n° 11-28. 649, *Bull.* 2013, V, n° 34.
Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124, inédit.
Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46499, inédit.
Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-26250, inédit.
Cass. soc., 11 décembre 2013, n°12-23687, inédit.
Cass. soc., 17 juil. 1997, n° 96-44.672, inédit.
Cass. soc., 10 juil. 1990, n° 87-40. 677, inédit.
Cass. soc., 25 oct. 1989, *Bull.* V, n° 618, 1989, p. 373.
Cass. soc., 4 janv. 2005, n° 03-16.486, inédit.
Cass. soc., 20 oct. 1953, *Bull.* IV, n° 32.
Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-45.444, *Bull.* V, n° 22.
Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-27.675, inédit.
Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, inédit.
Cass. soc., 31 oct. 2000, *Bull.* 2000, V, n° 356.
Cass. soc., 26 janv. 2016, 14-22.907, inédit.
Cass. soc., 13 mars 1991, *Bull. civ.* V, n° 136, p. 85.
Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43120, *Bull.* 1991, V, n° 519, p. 323.
Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull.* 2007.
Cass. soc., 29 septembre 1988, n° 85-44.362, *Bull. civ.* V, n°479 ; *Gaz. Pal.* 1989,I. Somm.161, obs. GUINCHARD et MOUSSA.
Cass. soc., 22 novembre 2000, *Cahier Soc. Barreau*, n°127, p.57, obs. F.-J. PANSIER.
Cass. soc., 19 juin 1986, *Bull. civ.* V, n°326.
Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 2013, n° 12-17882 et 29 oct. 2013, n° 12-22447, *D.* 2014, 308 obs. S.M.
Cass. soc., 19 décembre 2003, *Bull.*, V, 2003, n°321, p.323
Cass. soc., 4 février 2014, n°12-35333, inédit.
Cass. soc., 7 juin 1983, n°82-60262, inédit.

Cass. soc., 10 janvier 1989, n°88-60331, inédit.
Cass. soc., 27 mars 2007, n°05-41-921, inédit.
Cass. soc., 25 janvier 2017, n°14-26.07, inédit.
Cass. soc., 25 janvier 2017, n°15-21.352, inédit.
Cass. soc., 26 janvier 2017, n°15-27.365, inédit.
Cass. soc., 27 novembre 1958, *JCP*, 1959, II, 11143, note J. BRETHER de la 19GRESSAYE, D.1959, p.20, note R. LINDON, *Gr.arr.*, A.BRUN, n°74, p. 235
Cass. soc. 19 nov. 1996, *Dr. soc.* 1997, pp. 95-96, obs. G. COUTURIER
Cass. soc., 8 mai 1967, D. 1967, p. 230, note G. LYON-CAEN
Cass. soc., 1 fév. 2017, n° 15-24. 166, inédit.
Cass. soc., 22 sept. 2016, n° 15-14.005, inédit
Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444, *Bull.* 2016, n° 840, Soc. N°504
Cass. soc. Du 18 mars 2009, n° 07-44.185, *Bull.*2009, V, n°81
Cass. soc., 12 fév. 2013, n°12-15330, *Bull.* 2013, V, n° 35
Cass. soc. 30 oct. 2013, n° 12-22.962, *Bull.* 2013, V, n°256.
Cass. soc., 18 fév. 1998, n°96-40.219 et 96-40.557, *Bull.* 1998, V, n°89.
Cass. soc., 06 juillet 2015, n°15-11138, inédit
Cass. soc., 11 février 2009, n°071863 *JCP S* 2009, 1256, note E. JEANSEN.
Cass. soc., 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° s, 296-297, RJS 1996, n°1115
Cass. soc., 28 novembre 2012, n°11-17.501, inédit.
Cass., soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 15-13-098, inédit.
Cass. soc., 24 novembre 1993, pourvoi n° 90-41. 751, *Bull.* 1993, V, n° 283, p. 191.
Cass. soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 89-92. 206, *Bull.* 1992, V, n° 25, p. 16.
Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-21.113, *Bull.* 2012, V, n°325.

Chambre des requêtes

Cass. ch. req., 29 déc. 1862, *DP* 1862, I, p. 164.
Cass. req. 24 déc. 1900, *D.* 1901, I, *Jur.*, p. 135.
Cass. ch. req., 21 juin 1880, *DP* 1881, I, 108.

Chambre criminelle

Cass. crim. 26 août 1859, *S.* 1859, I, 973.
Cass. crim., 7 avril 1854, *D.* 1863, 5, 168
Cass. crim., 7 juin 1945, *D.* 1946, J, 149, note R. SAVATIER, *JCP* 1946
Cass. crim., 4 fév. 1992, *Bull.* n° 50.
Cass. crim. , 6 mai 1997, *Bull.* n° 170, *D.* 1998, p. 223, note A. CERF.
Cass. crim., 9 octobre 1958, *B. crim.* N°615, p. 1087 ; *D.* 1959, J, 68 ; *Dr. Ouv.* 1959.

Chambre mixte

Cass. ch. mixt., 12 fév. 1999, n° 96-17468, inédit.
Cass. ch. mixt., 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Bull.* 2014.
Cass. ch. mixt., 14 fév. 2003, n° 00-19.423, *Bull.* 2003.
Cass. ch. mixt., 7 juil. 2006, n° 03-20.026, inédit.
Cass. Ch. Mixte, du 24 mai 1975, n° 13-556, inédit.

Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén., 8 janv. 1993, n° 87-20036, inédit.

Cass. Ass. plén. 23 janvier 2004, n° 01-41.757, *Bull.civ. ass. plén.*, n° 2 et n° 3.

Cass. Ass.plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, *Bull.* 2000, A.P. n° 9, p.15.

d. TRIBUNAUX ET COURS D'APPELS

Tribunal correctionnel de Château-Thierry, le 4 mars 1898.

C.A. Grenoble, ch. Soc., 30 oct. 1986, *Juris Data*, n° 48060.

C.A. Paris, 11 juin 1975, *JCP G* 1976, II, 18357.

C.A. Paris, 28 nov. 1996, *Rev. Arb.* 1997, p. 381, note E. LOQUIN

C.A. Paris, 4 nov. 1997, *Rev. Arb.* 1998, p. 704, obs. Y. DERAIS.

C.A. Paris, 1^{ère} ch. civ., 28 fév. 1980, *Rev. Arb.*, 1980, 538.

C.A. Versailles, 13 juil. 1994, *Rev. Arb.* 1995.495.

e. TRIBUNAL DE CONFLITS

Tr.conf., 8 avril 1935, *Action Française*, n°00822, disponible sur : www.tribunal-conflits.fr (consulté le 02 mai 2018).

Tr. Conf., 18 décembre 1947, *Rec. Lebon*, p. 516 ; *JCP* 1948, n°4087, note G. Vedel.

Tr. Conf. 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911, www.conseil-etat.fr (consulté le 02 mai 2018).

5/ JURISPRUDENCE GUINEENNE

Cour Suprême, Chambre Civile, Pénale, Commerciale et Sociale, 24 mars 2006,09

Cour Suprême, Chambre Civile, Pénale, Commerciale et Sociale, 24 mars 2006, 20

6/ JURISPRUDENCE MALIENNE

Cour Suprême, Section Judiciaire, 06 avril 1998,61.

7/ JURISPRUDENCE SÉNÉGALAISE

Cour suprême, ch. civ. et com., 4 juin 2014, 59.

C.Cass. ch. soc., 25 déc. 2013, 55.

C.Cass. Ch. Soc., le 08 déc. 1992, *SOECO/SERTHELON*.

C. Cass. Ch. Soc., le 08 déc. 1992, *L. Mariko/Sotrac*.

C. Cass. Ch. Soc., le 13 janv. 1993, *J.A.Lopy/Shell Bel Air*.

C. Cass. Ch. Soc., le 23 déc. 1992, *Africauto/A.Drame*.

C. Cass. Ch. Soc., le 23 déc. 1992, *M.Floret / Drame*.

Trib. Travail Dakar, 16 avril 1963, T.P.O.M. n° 132 du 16 déc. 1963, p. 2930.

Trib. Travail Dakar, 18 mars 1982, T.P.O.M., n°571, p. 28.

C.A. Dakar, 25 avril 1984, T.P.O.M., n° 634, p. 440.

Trib. Travail Dakar, 17 juin 1982, T.P.O.M., n° 619, p. 74.

C.A. Dakar, 24 mars 1983, T.P.O.M., n° 642, p. 76.

Trib. Dakar, 31 janv. 1967, T.P.O.M., n° 235 ; du juin 1968, p. 5207.

C.A. Dakar, 8 fév. 1967, T.P.O.M., n° 242 du 2 oct. 1968, p. 5360.

Trib. Travail Dakar, 13 juil. 1963, PENANT n° 703, p. 2796.
Trib. Travail de Kaolack, 24 avril 1963, T.P.O.M., n° 129.
C.A. Dakar, 8 mars 1967, T.P.O.M., n° 240 du 2 sept. 1968, p. 5311.
Trib. Travail Dakar, 15 déc. 1966, T.P.O.M., n° 217 du 2 sept. 1967, p. 4806.
C.A. Dakar, 4 janv. 1974, T.P.O.M., n° 397 du 16 juin 1973, p. 246.
Trib. Travail Dakar, 23 mars 1964, T.P.O.M., n° 153 du 16 nov. 1964, p. 3397.
Trib. Travail Dakar, 20 fév. 1967, T.P.O.M., n° 228 du 16 fév. 1968, p. 5051.
Trib. Travail Dakar, jugement n° 555/42 du 14 juin 2017.
Cour suprême, déc. du 16 déc. 1997, inédit.
C. sup. du Sénégal, 2^e sect., n°15, 23 avril 1980, *Abdoulaye Barry c/Boulangerie de Médina*, cité in *Droit du travail sénégalais*, p.78.
C.A. Dakar, 8 avril 1964, Rec. Lég. Jurisp. 1964, CT., p.57 *Annales Africaines* 1978, p.198-1^o- *C. sup.*, 8 décembre 1971, Rec. ASERJ 1971, n°4, p. 93, cité in *Droit du travail sénégalais*, p.78.

8/ JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

CEDH, 21 fév. 1975, *arrêt Golder c/ Royaume – Uni*, du
CEDH, 28 mai 1985, *ASHINGDANIE, Série A*, n° 93, § 571
CEDH, 17 mars 2003, *AC Royaume- Uni*
CEDH, 31 mars 2011, n° 34658/07, *Chatellier c/ France*, JCP 2011, 735, note L.MILANO.
CEDH, 10 oct. 2013, C-37640/11, *Pompey c/ France*, Procédures 2013, n° 344, obs. N. FRICERO, p.237.
CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche, Série A*, n° 8
CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*
CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*, req. n° 2/1992/347/720, Série A, n° 262, § 63
CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V.C. Pays Bas*, req. n° 37/1992/382/460.
CEDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c/ France*, req. n° 13616/88.
CE, 30 juin 1959, *aff. Szwabowicz c/ Suède*, Annuaire II, p. 535.
CEDH, 6 mai 1985, Série A, n° 92.
CEDH, 11 janvier 2001, *Platakou c/ Grèce*, req. n° 38460/97.
CEDH, 14 décembre 1999, *Khalfaoui, JCP*, éd. G. 2000, I, p. 203, obs. F. SUDRE.
CEDH, 30 mars 1989, *Lamy c/ Belgique*, Série A, § 151.
CEDH, 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse*, Série A, § 107.
CEDH, 21 février 1975, *Golder*, Série A, n°18.
CEDH 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, série A, n°1.
CEDH 8 décembre 1983, *Pretto c/Italie*, série A, n°71, §27.
CEDH, 6 mai 1981, *Buchhloz c/ Allemagne*, Série A, n°42.
CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c/ Allemagne*, Série A, n°7.
CEDH 19 février 1991, *Adiletta c/Italie*, Série A, n°197-E et *Brigandi c/ Italie*, Série A, n°194-D : D. 1992, somm.333.
CEDH, *Aff. Garcia Ruiz c. Espagne*, GC n° 30544/95, 21 janvier 1999, § 26
CEDH, *Aff. Grande Chambre Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, 16 novembre 2010, § 97.
CEDH, *Georgiadis c. Grèce*, n° 21522/93, 29 mars 1997, § 42-43
CEDH, *Higgins c. France*, n°134/1996/753/952, 19 février 1998, § 42-43.
CEDH, du 24 juillet 2012, para 69., *Affaire Sarp Kuray c. Turquie*, §158.
CEDH : *Affaire Péllissier et Sassi c. France*, arrêt du 25 mars 1999, para 52, *CIADH*, *affaire Yvon Neptune c.Haïti* arrêt du 6 mars 2008, paras 102-109), §193
CEDH : *Affaire Dombo Beheer B.V. C. Pays bas*, arrêt du 27 octobre 1993, para33, §224.

CEDH : Affaire Lorenzetti C.Italie, arrêt du 10 avril 2012, para 27.
C.J.C.E., Costal/ENEL, 15 juillet 1964, C-6/64, in Recueil, 1964, I, p. 1141 et s.
CIJ, 20 novembre 1950, l’Affaire du droit d’asile (Colombie c. Pérou), Recueil 1959, p. 266.

9/ JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L’HOMME ET DU PEUPLE ET DE LA COUR DE JUSTICE DE LA CEDEAO

Cour ADHP, Affaire Actions pour la protection des droits de l’homme c. la République de Côte d’Ivoire, arrêt, 18 novembre 2016, requête n°001/2014, §95, §134, §148.
Cour ADHP, Affaire Mohamedi Abubakari c. la République-Unie de Tanzanie, arrêt, 3 janvier 2016, requête n°007/2013, §27.
Cour de justice de la CEDEAO, 18 nov. 2010, Aff.Hissène Habré c/ État du Sénégal, inédit

10/ JURISPRUDENCE CANADIENNE

C. supr. Can., 19 septembre 1985, (1985), 2 R.C.S. 673, aux pp. 685 et 687.
C. supr. Can. 16 septembre 1986, (1986) 2. R.C.S. 56, note p. 446.
Cour suprême du Canada (les qualités exigées du juge), in Association Canadienne des juges des Cours Québécoises, www.cscja-acjca.ca/role_of_judges.fr, (consultation en ligne en date du 12 fév. 2018 à 10.49).

11/ JURISPRUDENCE COMMON LAW ANGLAISE ET USA

Rochefoucauld v Boustead (1897) 1 Ch 196
All ER A33 and Lyus v Prowsa Development 1 WLR 1044
Leech v Schweder (1873) 9 LR App 463
Mareva Componia Naviera SA v International Bulkcarries SA (1975) 2 Lloyd’s Rep 509, (1980) All ER 2
Lee v Haley (1869) 5 LR Ch App 155
William v Staite (1979) Ch 291
Earl of Oxford’s Case (1615) 1 Rep Ch 1
Walch v Lonsdale (1882) 21 Ch D 9, pp. 14-15
Buttle v Saunders (1950) 2 All ER 193
Baker c. Carr, Cour suprême des Etats-Unis d’Amérique (1962), 369 US. 186, Opinion du Juge FRANKFURTER,

INDEX THÉMATIQUE DES NOTIONS

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Alternatives : 49
Accord d'amiable composition: 314, 324-331
Action en justice: 279- 287
Arbitrage: 138, 155 - 182
Adaptation de la norme applicable : 546
Appui sur des textes : 598
Acteurs du système : 688
Atouts et faiblesses : 721
Accroissement : 723
Attractivité de l'intervention du juge: 1156
Approche managériale : 1182
Accessoires de traitements : 1228

C

Comblement des déficits : 740
Conditions de transaction : 68,69, 70
Conditions spéciales : 90
Conciliation: 138 - 154
Conséquences de la transaction : 100
Co-emploi : 210
Conflits collectifs : 223
Contrôle:1028
Célérité : 480
CSM : 904
Cumul : 582
Centre de formation spécifique : 759

D

Détermination du juge compétent :190
Délimitation des litiges : 199
Délimitations des demandes : 297
Dialogue entre juges: 688 - 720
Dignité : 569, 511
Da mihi factum, dabo tibi jus:1057
Discipline : 943-959
Diversité des prévisions : 229

Déontologie : 878
Droits de la défense : 454
Difficultés : 655

E

Effet extinctif : 106
Egalité des armes: 437 - 453
Ecrit: 356 - 381
Engagement de l'action : 269
Évitement : 40, 45
Éviction relative du juge : 175
Enjeux: 156, 833, 1225
Enjeux du recrutement: 660
Ethique: v. *déontologie*
Évolution :16
Exclusion des conflits collectifs : 217

F

Fondamentaux (principes) : 401
Faits juridiques v. *litige* : 505
Formation: 660 - 663, 740, 759, 766
Fonction juridictionnelle
v. *fonctions du juge*.
Frontières de l'indépendance du juge : 855
Faits étrangers au litige : 1025
Facteurs d'évaluation : 1163

G

Garanties procédurales du droit au juge: 334, 432-436
V. *contradiction, égalité des armes* : 437
délai raisonnable: 495, 785
Garanties fonctionnelles : 403

H

Homologation judiciaire: 133
Harmonisation: 1229

I

Imperium : 1080
Intervention du juge: 658, 971, 976-987
Indépendance du juge: 789 - 791
Interprétation: 119, 123, 547-555, 564

Inamovibilité : 817
Intérêt général: 1131 - 1141
Intérêt du recours au juge : 297
IGSJ : 914

J

Juge de la mise en état : 396
Justice efficace (conditions): 416
Jurisprudence : 619
Juge et garanties procédurales : 344
Juge solution du litige : 505
Justice plus visible (cf. émergence) : 872
Jurisdiction: 1080

L

Litige : 505
v. Loyauté (principe de)
Limitations au droit à un juge : 420
Limites de la création jurisprudentielle : 604

M

Management de la justice: 1182
Médiation: 71, 138
Modes classiques de saisine : 290
Moyens et enjeux du procès : 465
Mise en état: 388 - 400
Mise à écart : 512
Mutuelle : 1234

N

NGP : 1199-1201
Normes étatiques : 533
Norme la plus favorable : 523
Non-immixtion : 988
Nouvelle gestion publique : 1199-1206

O

Ordre public: 1099 - 1130
Oralité: 351, 382 à 387

Obligations: 785, 1013
Organes de renseignement : 903
Office du juge : 1064-1079

P

Problématique : 36
Previsions: 38
Prescriptions: 38
Procès équitable: 404
Publicité du procès: 467- 479, 874
Principes :

- *v. Contradictoire:* 459
- *v. Célérité:* 480-488

Principe généraux du droit international : 542
Prise en compte des formations suivies : 779

Q

Questions récurrentes: 655

R

Recours au juge : 40, 188
Respect des garanties procédurales : 432
Règle de droit jurisprudentielle : 582
Responsabilité: 929
Recrutement: 667 - 687
Revalorisation: 1149 – 1153
Reconnaissance : 1210

S

Systèmes de selection: 664
Spécialisation: 261, 721 - 739

T

Tas (apprentissage): 743

Traitements dus: 1210-1212
Traitement juridictionnel du litige: 340
Transaction: 53 – 137

U

Unité du litige (principe de)

v. *litige*

V

Variations du droit procédural : 348

Vérification de la légalité de la norme: 513

Vices du consentement

v. *accord des parties*.

Voies d'améliorations : 658

TABLE DES MATIÈRES

Table des abréviations utilisées.....	I
Sommaire.....	III
INTRODUCTION.....	13
§. 1. – Précisions notionnelles.....	19
§. 2. – Précautions méthodologiques.....	27
§. 3. – Plan.....	28
 PARTIE 1	
LES PRÉVISIONS ET PRÉSCRIPTIONS GÉNÉRALES	29
TITRE 1. LES VOIES D'ÉVITEMENTS ET DE RECOURS AU JUGE.....	31
Chapitre 1. - Les alternatives aux recours au juge.....	37
Section 1. – La transaction, choix idéal pour les parties.....	38
§1. – Les conditions et les effets du mécanisme transactionnel.....	44
A. – Les conditions générales de validité de la transaction... ..	45
1. – Les impératifs liés au consentement des parties... ..	46
2. – Les conditions spéciales à appliquer.....	54
B. – Les conséquences de la transaction.....	58
1. Les effets à l'égard des parties.....	58
a. La mise en oeuvre de l'effet extinctif.....	61
b. La portée de l'effet extinctif.....	63
c. Conséquences de l'effet déclaratif.....	64
2. Les effets à l'égard des tiers.....	65
§ 2. – L'exclusion de principe mais relative du juge.....	65
A. – L'interprétation par le juge saisi.....	66
B. – L'exigence d'homologation judiciaire.....	73
Section 2. – La conciliation, la médiation et l'arbitrage.....	75
§1. – Les hypothèses de conciliation et de médiation.....	75
A. – Des similarités de domaines d'application.....	76
B. – L'impossible fusion des mécanismes.....	80
§ 2. – Les enjeux du litige et le recours à l'arbitrage.....	82
A. – Une solution peu connue des justiciables.....	83
B. – L'éviction relative du juge.....	91
Conclusion du Chapitre 1	95
Chapitre 2. – Le choix du recours au juge.....	97
Section 1. – La détermination du juge compétent.....	98
§1. – La délimitation des litiges concernés.....	100
A. – La nécessité d'une relation subordonnée.....	101
B. – L'exclusion des conflits collectifs.....	107

§1. – La possibilité de mise à l'écart de la norme invoquée.....	221
A. – La vérification de la légalité de la norme.....	221
B. – La priorisation de la norme la plus favorable au travailleur.....	225
§2. – L'adaptation de la norme applicable à l'espèce.....	233
A. – L'interprétation nécessaire au regard de l'espèce.....	234
B. – L'interprétation de la norme au regard du contexte.....	240
Section 2. – L'élaboration d'une règle de droit jurisprudentielle.....	247
§1. Les conditions et modalités d'affirmation d'une jurisprudence.....	248
A. – Le cumul nécessaire des différents critères.....	248
B. – L'appui sur des textes ou des principes généraux du droit.....	253
§2. – Les limites de la création jurisprudentielles.....	256
A. – L'exclusion d'une solution en opportunité ou en équité.....	256
B. – La jurisprudence: autorité ou source de droit précaire?	261
Conclusion du Chapitre 2.....	273
Conclusion du Titre 2.....	275
Conclusion de la Partie 1.....	277

PARTIE 2

DIFFICULTÉS ET QUESTIONS RÉCURRENTES.....279

TITRE 1. – LES VOIES D'AMÉLIORATIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE.	281
Chapitre 1. – Les enjeux du recrutement et la formation.....	283
Section 1. – Les systèmes de sélection en cause.....	284
§1. – Les limites du modèle du recrutement classique.....	285
A. – La nécessité d'équilibrer les modes du recrutement.....	286
B. – Le besoin du dialogue entre juges et les acteurs du système.....	293
§2. – Les atouts et les faiblesses d'une spécialisation des juges.....	304
A. – Un moyen d'accroissement de l'autorité de l'office du juge.....	305
B. – L'adaptation, risque d'isolement aux généralités professionnelles.....	308
Section 2. – Le comblement des déficits de formation.....	312
§1. – L'obligation d'une formation initiale commune.....	313
A. – L'impasse de l'apprentissage sur le tas.....	313
B. – L'intérêt d'un Centre de formation spécifique.....	320
§2. – Le développement impératif de la formation continue.....	323
A. – Le caractère et les conditions d'une véritable formation.....	324
B. – La prise en compte des formations suivies.....	328
Conclusion du Chapitre 1.....	331

Chapitre 2. – Le respect des garanties et obligations du juge.....	333
Section 1. – Les interrogations sur l’indépendance et la responsabilité.....	334
§1. – L’indépendance, un principe accordé et réaffirmé.....	334
A. – Le juge, bénéficiaire d’un statut particulier.....	335
B. – La garantie spécifique assurée par le Conseil supérieur de la magistrature.....	345
§2. – Les limites et enjeux de l’indépendance du juge.....	351
A. – L’impérative indépendance du juge.....	352
B. – Les frontières de l’indépendance du juge.....	358
Section 2. – L’émergence d’une justice plus visible.....	364
§1. – La publicité des décisions du CSM.....	365
A. – L’émergence d’une déontologie efficace.....	366
B. – L’autonomie des organes de renseignement.....	373
1. – Le Conseil supérieur de la magistrature “CSM”.....	374
2. – L’inspection générale des services judiciaires “IGSJ”.....	379
§2. Les conséquences de la saisine du CSM.....	381
A. – La mise en jeu de la responsabilité du juge.....	382
B. – Le régime disciplinaire applicable au juge.....	386
1. – La procédure disciplinaire, le fait de l’autorité hiérarchique.....	392
2. – La procédure disciplinaire, le fait des justiciables.....	393
Conclusion du Chapitre 2.....	395
Conclusion du Titre 1.....	397

TITRE 2. – L’INTERVENTION DU JUGE, ENTRE INCERTITUDE ET ESPOIR.....399

Chapitre 1. – L’intervention du juge en discussion.....	401
Section 1. – L’intervention du juge à la croisée du refus et de l’attente.....	405
§1. – Le concept moderne de non-immixtion, un paradoxe.....	405
A. – La prohibition des arrêts civils, l’élargissement du contrôle, une rénovation.....	406
B. – L’obligation d’appliquer la loi : une source de tension pour l’intervention du juge.....	414
§2. – L’interdiction de fonder sa décision sur des faits étrangers au litige.....	419
A- Le débat autour du contrôle et de l’encadrement de la règle.....	421
B- Les tempéraments à la règle d’interdiction.....	428
Section 2. – La conception actuelle de l’office du juge.....	431
§1. – La pluralité des attributions normatives du juge.....	432
A. – La redéfinition de l’office du juge.....	434
B. – L’ <i>imperium</i> et <i>jursidictio</i> : un ordre juridique libéral.....	439
§2. – L’ordre public en tant que critère de défense de l’intérêt général.....	445
A. – Le juge, gardien des libertés fondamentales.....	446
B. – Le juge, protecteur de l’intérêt général.....	459
Conclusion du Chapitre 1.....	465

Chapitre 2. – La revalorisation de l’intervention du juge.....	469
Section 1. – La nécessité de restaurer l’attractivité de l’intervention du juge.....	471
§1. – Les facteurs d’évaluation de l’attractivité de l’intervention du juge dans les litiges individuels du travail.....	473
A. La nécessité de reconnaissance de plus d’indépendance.....	474
B. La nécessité d’inciter à plus de responsabilités du juge.....	477
§2. – L’approche managériale, moyen de moderniser l’intervention juridictionnelle?...482	
A. – Les intérêts et objectifs de la transposition.....	482
1. – Les avantages du recours à la technique managériale.....	483
a- La nouvelle gestion publique: une justification d’efficacité.....	490
b- La nouvelle gestion publique: un moyen de professionnalisation de l’intervention du juge.....	492
2.– La limitation de la technique managériale dans l’intervention du juge.....	493
B. – Les impacts obtenus: la performance dans l’intervention du juge.....	494
Section 2. – La reconnaissance de traitements acceptables	496
§1. –L’application effective des traitements dus au juge.....	497
A. – La mise en place d’un cadre indiciaire soutenu.....	497
B. – Les enjeux des conditions générales du travail.....	502
§2. – Le recours aux accessoires de traitements: une mesure de correction.....	503
A– L’harmonisation des indemnités: l’approche communautaire.....	504
B - L’émergence de la mutuelle de santé: une solution médiane et de survie.....	506
Conclusion du Chapitre 2.....	511
Conclusion du Titre 2 de la deuxième partie.....	515
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	517
BIBLIOGRAPHIE.....	521
INDEX DES DECISIONS.....	583
INDEX THÉMATIQUE DES NOTIONS.....	593
TABLE DES MATIÈRES.....	597

RÉSUMÉ

Les fonctions du juge dans les cinq pays d'Afrique étudiés ayant en partage l'usage du français sont rendues possibles par la reconnaissance d'un statut particulier, lequel permet au juge de trancher, notamment, les litiges individuels du travail qui lui sont proposés, et de rendre, plus généralement, des décisions. En pratique, toutefois, certains facteurs rendent pour le moins difficile l'intervention du juge. Quels sont les raisons, les causes d'un tel constat ? La réponse à cette question suppose une réflexion à partir d'une analyse approfondie et comparée des législations en vigueur dans les cinq pays étudiés à savoir: le Cameroun, le Congo-RDC, la Guinée, le Mali et le Sénégal. Les systèmes juridiques de ces pays connaissent des points de similarité mais aussi des divergences du fait, notamment, de leurs histoires coloniales. En effet, quand bien même, la transposition du modèle du "juge et de ses fonctions" a su s'imposer et a fait disparaître les juridictions coutumières, elle n'en continue pas moins à poser des difficultés, notamment dans le traitement des litiges individuels du travail. En dépit de caractéristiques supposées « communes », les modes d'organisation et d'administration judiciaires des cinq pays varient fortement. Plus fondamentalement encore, l'approche comparative permet de souligner combien les réalités socioculturelles continuent d'influencer l'orientation et la mise en œuvre des fonctions du juge, notamment lorsqu'il intervient dans les litiges individuels du travail.

MOTS CLEFS :

Juge-Jugement-Formation-Recrutement-Célérité-Litiges individuels du travail-Ordre public-Indépendance -Intérêt général-Interprétation-Spécialité-Transaction-Règlement à l'amiable.

ABSTRACT

The functions of judge in the five Africa French speaking countries studied are made possible by the recognition of a special status, which allows judge to decide, especially in the individual labour disputes that are referred to his office, and generally by delivering judgments. In practice, however, certain factors make it difficult to perform the Judge's duties. What the reasons and causes of such a finding are? The answer to such a question requires a reflection through and comparative analysis of the laws in force in five countries, which deserve special attention: Cameroon, Congo-DRC, Guinea, Mali and Senegal. A study of Judge's in these countries shows that their legal systems are experiencing points of similarity but also divergences due, especially to their colonial histories. Indeed, even if the transposition of the model of the "Judge and his functions" has been imposed and has eliminated customary Courts, it continues to pose difficulties especially in treatment of individual labour disputes. Despite the supposed "common" characteristics, the ways of organising judicial administration vary widely in the five countries. More fundamentally, the comparative approach emphasizes how socio-cultural realities continue to influence the direction and implementation of functions of the Judge, especially when intervening in individual labour disputes.

Keywords:

Judge-Judgment-Training-Recruitment-Celerity-Employment-Individual-Dispute-Public-order-Independence-General Interest-Interpretation-Specialty-Alternative Dispute Resolution.

Unité de recherche

COMPTRASEC-UMR 5114-CNRS

16, avenue Léon DUGUIT, CS 50057-33608 PESSAC